FORO AMMINISTRATIVO C.D.S.
Anno III Fasc. 9 - 2004

Antonio Leo Tarasco

LA FUNZIONE CONSULTIVA E LA PROPONIBILITÀ DELL'INCIDENTE DI COSTITUZIONALITÀ: LA CORTE COSTITUZIONALE SI PRONUNCIA SULLA NATURA DEL RICORSO STRAORDINARIO

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

254 - 21 luglio 2004 — *Pres.* Zagrebelsky — *Est.* Amirante — G.V. — INPDAP — Gestione autonoma ENPAS di Salerno (*).

[4080/12] Impiego pubblico - Indennità di buonuscita - Domanda di riliquidazione con l'inclusione dell'indennità integrativa speciale - Termine per la presentazione - Decorrenza dalla data fissata dalla legge anziché dalla comunicazione dell'onere di presentare la domanda - Assunta disparità di trattamento in relazione alla diversa attitudine dei destinatari alla cura dei propri interessi, incidenza sulla tutela giurisdizionale, lesione del principio di imparzialità della pubblica amministrazione - Questione sollevata da organo non giurisdizionale - Inammissibilità della questione.

(Cost., art. 3, 24 e 97; l. 29 gennaio 1994 n. 87, art. 3 comma 2).

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 2, l. 29 gennaio 1994 n. 87, sollevata, in riferimento agli art. 3, 24 e 97, cost., dalla seconda sezione consultiva del Consiglio di Stato, nella parte in cui non prevede che il termine per presentare la domanda di riliquidazione dell'indennità di fine rapporto, con l'inclusione nella base di calcolo dell'indennità integrativa speciale, decorra dalla comunicazione dell'onere di presentare la domanda, anziché dalla data fissata dalla legge stessa, in quanto trattasi di questione sollevata da organo non giurisdizionale, non rilevando in contrario che la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia ritenuto legittima la rimessione di questione pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato investito in sede consultiva nell'ambito del procedimento derivante da ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, poiché detto riconoscimento non è avvenuto ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, né potendosi attribuire valore di precedente alle sentenze ammissive di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità, giacché, a prescindere dalle differenze tra funzione di controllo della Corte dei conti e funzione consultiva del Consiglio di Stato, quelle pronunce sono state motivate anzitutto dall'esigenza di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che altrimenti ad esso sfuggirebbero ed essendo la legittimazione limitata alle sole violazioni dell'art. 81, cost., e dovendosi ribadire la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (C. cost. n. 78 del 1966, n. 31 del 1975, n. 226 del 1976, n. 298 del 1986, n. 384 del 1991, n. 168 del 1992, n. 25 del 1993, n. 56 e 301 del 2001).

[4080/12] La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario.

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2004. — 2. Le motivazioni della Corte. — 3. In particolare, la funzione giurisdizionale della Corte dei conti. — 4. Il contrasto con i precedenti della giurisprudenza costituzionale. — 5. La legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE. — 6. Il «giusto processo» nel ricorso straordinario? — 6.1. *Segue*: Sulla distinzione tra funzione giurisdizionale e garanzie giudiziarie. — 7. Ulteriori argomenti in favore della natura giurisdizionale del ricorso straordinario. — 8. Conclusioni.

1. *La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2004.*

Con la sentenza n. 254 del 21 luglio 2004, la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 2, l. 29 gennaio 1994 n. 87, sollevata dalla II sezione consultiva del Consiglio di Stato nella formulazione del parere obbligatorio nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato (Cons. St., sez. II, ord. 27 marzo 2002 n. 534/01; di identico contenuto è anche l'ordinanza, della stessa sezione, 26 marzo 2003 n. 2898/02) (1).

La Consulta nega, così, che il procedimento consultivo (2) che si svolge

(1) Cons. St., sez. II, 27 marzo 2002 n. 534 del 2001 e 26 marzo 2003 n. 2898 del 2002, in questa *Rivista*, 2003, 3866, con nota di A.L. TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato, ivi,* 3874 ss., pubblicata successivamente altresì in *www.giustizia-amministrativa.it.* Anche se non formulato sotto forma di ordinanza di rimessione alla Corte, sembra implicitamente sostenere la tesi positiva anche Cons. St., sez. III, 9 dicembre 2003 n. 750 del 2003, in questa *Rivista*, 2003, 3864, in cui i giudici di Palazzo Spada dichiarano manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, d.lg. 19 marzo 2001 n. 69, in tema di corso superiore presso la polizia tributaria, con riferimento agli art. 3 e 97, cost.

(2) Sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, oltre agli scritti che saranno più avanti citati nel testo, v. i richiami dottrinali contenuti in A. L. TARASCO, *La funzione consultiva*, cit., 3874, cit., *sub* nt. 2.

dinanzi al Consiglio di Stato abbia natura giurisdizionale, escludendo, di conseguenza, ch'esso possa consentire la deferibilità della questione di legittimità costituzionale in qualità di giudice *a quo*.

La decisione costituzionale in commento non convince non solo per l'esito decisionale ma anche per il percorso logico-giuridico seguito. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte si limita ad analizzare taluni profili del ricorso straordinario ma trascura di dire una parola chiara intorno alla natura giuridica della corrispondente attività consultiva resa dal Consiglio di Stato. Richiama, sì, propri precedenti intorno alla natura amministrativa (e non giurisdizionale) del ricorso straordinario (C. cost. 13 marzo 2001 n. 56 e 25 luglio 2001 n. 301) (3) ma non affronta *ex professo* l'argomento, limitandosi a neutralizzare talune delle censure mosse dal Consiglio di Stato, e trascurandone delle altre.

Così ragionando, la Consulta non dedica particolare approfondimento ai singoli motivi contenuti nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 534/01, ed affida sinteticamente a quattro argomenti il giudizio di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla II sezione consultiva del Consiglio di Stato: *a)* non esperibilità del giudizio di ottemperanza avverso i decreti decisori del ricorso straordinario, *b)* non vincolatività del parere del Consiglio di Stato rispetto al decreto del Presidente della Repubblica finale, che può discostarsene previa deliberazione del Consiglio dei ministri; *c)* irrilevanza del precedente relativo alla Corte dei conti, costituito da C. cost. 18 novembre 1976 n. 226 (4); *d)* autonomia del giudizio di costituzionalità (e dei suoi presupposti) rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.

2. *Le motivazioni della Corte.*

Per sostenere il proprio assunto, la Corte si avvale, *ex pluribus*, delle argomentazioni contenute in Cass., sez. un., 18 dicembre 2001 n. 15978 (5), che

(3) Rispettivamente, in *Giur. it.*, 2002, 231 e in *Giur. cost.*, 2001, fasc. 4.

(4) C. cost. 18 novembre 1976 n. 226, in *Giur. cost. Rep.*, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, 1976-1977, 540, nonché in *Giur. cost.*, 1976, I, 1985, con note di G. AMATO, *Il parlamento e le sue corti*, e di R. CHIEPPA, *Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte dei conti*, ivi, 2010.

(5) In *Foro it.*, 2002, I, 2448, che ha trovato pronta adesione in *Cons. St.*, sez. IV, 5 luglio 2002 n. 3699, in questa *Rivista*, 2002, 1640; Cons. rg. sic. 7 novembre 2002 n. 604, *ivi*, 2002, 3021; Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2003 n. 456, in *Cons. St.*, 2003, I, 125. Per una ricostruzione della problematica *de qua*, cfr. L. BUSICO, *L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti decisori del Capo dello Stato decisori dei ricorsi straordinari*, in questa *Rivista*, 2003, 1467 ss.

La Cass., sez. un., 18 dicembre 2001 n. 15978, in *Riv. amm. R.I.*, 2002, 229, con nota di I. CACCIAVILLANI, ripristina il tradizionale orientamento giurisprudenziale negativo, inaugurato dapprima da Cass. 2 ottobre 1953 n. 3141, in *Foro it.*, 1953, I, 1577, e quindi confermato da Cons. St., sez. V, 9 luglio 1954 n. 724, in *Cons. St.*, 1954, I, 704. Il costante insegnamento della giurisprudenza amministrativa (v., ad esempio, oltre a Cons. St. n. 724 del 1954, cit., Id., sez. IV, 27 maggio 1964 n. 440, in *Cons. St.*, 1964, I, 1048; TAR Lazio, sez. I, 14 febbraio 1979 n. 151, in *I TAR*, 1979, I, 761; Id., sez. III, 6 marzo 1985 n. 234, *ivi*, 1985, I, 1155; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 1987 n. 577, in questa *Rivista*, 1987, I, 2562; TAR Umbria, 29 febbraio 1988 n. 61, *ivi*, 1988, I, 3332; TAR Puglia, Bari, sez. II, 28 febbraio 1997 n. 217, *ivi*, 1997, I, 3239; Cons. St., sez. IV, 2 luglio 1998 n. 1098, in *Cons. St.*, 1998, I, 1128; Id., sez. VI, 10 febbraio 1999 n. 146, in questa *Rivista*, 1999, I, 388), era stato contraddetto da tre pronunce di Palazzo Spada (Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2000 n. 6695, in *Cons. St.*, 2000, I, 2649; Id., 20 dicembre 2000 n. 6843, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800;

ha dichiarato inammissibile il giudizio di ottemperanza avverso i decreti decisori dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Il richiamo a tale precedente da parte della Corte costituzionale non appare particolarmente significativo sotto il profilo metodologico: così facendo, la Consulta mostra di avvalorare la propria decisione mediante l'autorevolezza notoriamente riconosciuta al precedente delle sezioni unite della Cassazione, evitando, però, di entrare *in medias res*, pronunciandosi definitivamente nel merito. Anche perché la conclusione della Corte di cassazione circa la inesperibilità del giudizio di ottemperanza presuppone già risolta in senso negativo la questione della natura non giurisdizionale ma meramente amministrativa del d.P.R. con cui si conclude il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Al contrario, se la Consulta avesse diversamente opinato rispetto alla Suprema Corte, ben avrebbe potuto, argomentando, discostarsi da quel precedente che — tecnicamente — non era ad essa opponibile (6).

Maggiore fondamento contenutistico e metodologico possiede l'argomento secondo cui il *decisum* del Consiglio di Stato non ha i caratteri vincolanti di una sentenza, stante il potere del ministro di sollecitare la deliberazione del Consiglio dei ministri al fine di discostarsi dal parere obbligatorio reso dal Consiglio di Stato (ai sensi dell'art. 14, d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199). Se questo dato costituisce indubbiamente un elemento atipico nella morfologia delle pronunce giurisdizionali, nondimeno esso non sembra insuperabile, visto che la natura giurisdizionale è stata riconosciuta ad organi che presentano prevalente natura amministrativa e più d'un carattere atipico rispetto ai tradizionali organi giurisdizionali: anche la Corte dei conti, in sede di esame preventivo degli atti del Governo, pure legittimata a sollevare incidente di costituzionalità (a partire da C. cost. 18 novembre 1976 n. 226) (7), può rifiutare il visto per la registrazione; ma il rifiuto di questo non è determinante per il Governo che può ordinare con deliberazione del Consiglio dei ministri la registrazione con riserva dell'atto normativo governativo sottoposto all'esame.

Inoltre, deve osservarsi che — accanto al dato per cui tale potere viene rarissimamente esercitato — esso non si presta, a tacer d'altro, a negare la qualità giurisdizionale *de qua*, considerato che, di norma, il parere licenziato dal Consiglio di Stato «esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana». Esso «è parte integrante di un procedimento che è l'unico che possa consentire, in quella sede, la risoluzione del con-

ID., sez. V, 22 novembre 2001 n. 5934, *ivi*, 2001, I, 2501), con cui i supremi giudici amministrativi avevano ammesso il giudizio di ottemperanza avverso il decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

(6) *Ad adiuvandum*, deve rammentarsi che non mancano recenti pronunce delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato che mostrano di smentire l'assunto della Corte di cassazione: v., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2004 n. 2098, in questa *Rivista*, 2004, 1075, che — pur se *incidenter tantum* — ha ritenuto che sul decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato si formi il giudicato; ciò che era stato smentito da Cass., sez. un., n. 15978 del 2001, cit., oltre che, in seguito, da Cons. rg. sic. 7 novembre 2002 n. 604, in questa *Rivista*, 2002, 3021.

(7) C. cost. 18 novembre 1976 n. 226, in *Giur. cost. Rep.*, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, 1976-1977, 540, nonché in *Giur. cost.*, 1976, I, 1985, con note di G. AMATO, *Il parlamento e le sue corti*) e di R. CHIEPPA, *Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte dei conti*, ivi, 2010.

flitto tra un singolo e la pubblica amministrazione» (8). Anzi, la necessità della delibera del Consiglio dei ministri per disattendere il parere del Consiglio di Stato (9) potrebbe confermare, *a contrario*, il carattere determinante di quest'ultimo e, nel contempo, la peculiarità del ricorso straordinario i cui caratteri sostanzialmente giurisdizionali non vengono posti in crisi dalla contraria (ed eventuale) deliberazione governativa, ma solo qualificati in un modo speciale.

Il carattere determinante del parere del Consiglio di Stato è stato colto già da tempo dalla giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, che ha riconosciuto come «la competenza in capo al Presidente della Repubblica dell'atto decisorio ha, ormai, carattere formale e giustificazione meramente storica» (10), recependo quanto deciso nella sostanza dal supremo organo consultivo in sede di licenziamento del parere.

3. *In particolare, la funzione giurisdizionale della Corte dei conti.*

Quanto detto può essere ulteriormente confortato accennando ai caratteri del «giudizio» che si svolge davanti alla Corte dei conti in sede di parere di legittimità degli atti normativi.

Se nel precedente n. 226 del 1976 la Consulta ha riconosciuto alla Corte dei conti la legittimazione a sollevare l'incidente di costituzionalità in sede di controllo preventivo di legittimità degli atti normativi, non si comprende come la Corte non abbia saputo (o voluto?) conciliare tale principio con il quesito posto nelle ordinanze del Consiglio di Stato. Il richiamo alla pronuncia del 1976, che in sé ben potrebbe fondare un'estensione analogica del principio anche nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato, viene sminuito dalla Consulta sulla base dell'argomento per cui quella decisione fu «motivat[a] anzitutto dall'esigenza di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che altrimenti ad esso sfuggirebbero».

Al contrario, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella decisione n. 254 del 2004, il riconoscimento della natura giurisdizionale della Corte dei conti non fu motivato esclusivamente dall'esigenza sostanziale di «ammettere al sindacato» costituzionale «leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (C. cost. n. 226 del 1976). Tale ragione non ha da sola costituito il movente della pronuncia positiva della Consulta, testimoniando unicamente l'utilità dell'effetto di siffatta conclusione processuale.

La vicenda giudiziaria del 1976 che ha portato al riconoscimento della natura giurisdizionale della Corte dei conti in sede di esame preventivo di legittimità degli atti normativi è paradigmatica dell'astratta possibilità di considerare come giurisdizionale la funzione obiettivamente svolta al di là del fatto che, soggettivamente, quell'organo non sia qualificabile come giurisdizionale in senso stretto (11).

Infatti, nel 1976 la Consulta fondò il proprio convincimento sulla base dell'individuazione nel giudizio preventivo di legittimità della Corte dei conti dei tratti tipici della funzione giurisdizionale piuttosto che amministrativa, pur ammettendo espressamente che «il procedimento svolgentesi davanti alla sezione di controllo non è un giudizio in senso tecnico-processuale».

Non meno apprezzabile fu lo sforzo interpretativo nel rinvenire i singoli elementi da cui trarsi il riconoscimento della natura giurisdizionale della funzione svolta dalla Corte dei conti: il contraddittorio, ad esempio, fu dedotto semplicemente dall'esistenza della dialettica tra l'autorità che ha emanato l'atto e il magistrato che svolge funzioni di controllo nella fase istruttoria (che infatti può deferire la pronuncia alla sezione di controllo nel caso in cui ritenga di negare l'apposizione del visto). Allo stesso modo, l'obbligo costituzionale di motivare il disposto degli atti giurisdizionali (art. 111 comma 6, cost.) fu individuato, sempre nella C. cost. n. 226 del 1976, nell'obbligo di motivare «sobriamente» la deliberazione della sezione, da depositarsi, poi, entro un certo termine perentorio.

4. *Il contrasto con i precedenti della giurisprudenza costituzionale.*

L'orientamento restrittivo seguito dalla Corte nella pronuncia n. 254 del 2004 che si annota non appare in armonia con altri precedenti in materia della giurisprudenza costituzionale. Alcune pronunce risalenti agli anni Sessanta (trattasi di C. cost. n. 165 del 1963, n. 121 del 1966, n. 142 e n. 143 del 1968), ad esempio, hanno affermato la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questione di costituzionalità nel corso del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali e statali, pur essendo tale giudizio disciplinato nell'allora vigente r.d. 12 luglio 1934 n. 1214 chiaramente nella parte relativa alle attribuzioni amministrative e non giurisdizionali.

(8) C. giust. CE 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, Garofalo c. Ministero sanità e Unità sanitaria locale n. 58 di Palermo, in questa *Rivista*, 1997, 2615, con nota di G.B. GOLETTI, *L'art. 177 del trattato CE e la sua applicabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 145, con nota di M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari* e in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 699 ss., con nota di M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica «fuzzy» della Corte di giustizia.*

(9) Deliberazione del Consiglio dei ministri che — se mancante — vizia insanabilmente il decreto decisorio finale: Cons. St., sez. IV, 30 marzo 2000 n. 1814, in *Cons. St.*, 2000, I, 707.

(10) Cons. St., comm. spec., 3 maggio 1991 n. 16, in *Foro it.*, 1992, III, 384 ss. Secondo il citato parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 16/91, nel complesso, il ricorso straordinario presenta «rilevanti parallelismi e raccordi con la giurisdizione: carattere contenzioso del procedimento, alternatività, possibilità di trasposizione in sede giurisdizionale, oppugnabilità della decisione per vizi di forma o di procedimento, revocazione, contraddittorio». Nello stesso senso è il parere del Consiglio di Stato, sez. III, 9 gennaio 2003 n. 366-3600/02.

(11) Di ciò il Consiglio di Stato ha mostrato consapevolezza da più di un decennio, statuendo come il ricorso straordinario possa definirsi esercizio della funzione giurisdizionale in quanto tendente alla «applicazione del diritto oggettivo a garanzia della legalità complessiva dell'azione amministrativa e a soddisfazione di un superiore interesse generale» (Cons. St., comm. spec. n. 16/1991, cit., 393).

In dottrina, sulla sufficienza del solo elemento oggettivo per affermare l'esercizio della funzione giurisdizionale, al di là della qualificazione soggettiva dell'organo come giurisdizionale in senso stretto, cfr. V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice a quo nel giudizio incidentale di costituzionalità della legge (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in *Giur. it.*, 1968, 232 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*[2], Padova, II, 1974, 44; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*[9], Padova, II, 1976, 1384. Su posizioni critiche è, invece, L. ELIA, *Manifesta irrilevanza della quaestio o carenza del giudice a quo?*, in *Giur. cost.*, 1968, 2355 ss. nonché ID., *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 789. In giurisprudenza, si consultino C. cost. 2 luglio 1966 n. 83, in *Giust. civ.*, 1966, III, 214; Id. 5 novembre 1996 n. 387, in *Foro it.*, 1997, I, 7.

In generale, poi, pari legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale è stata riconosciuta anche al giudice dell'esecuzione immobiliare esattoriale (C. cost. n. 83 del 1966); al giudice dell'esecuzione penale; al giudice di sorveglianza; alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura; ai commissari regionali per la liquidazione degli usi civici; agli intendenti di finanza; alla commissione dei ricorsi in materia di brevetti; ai consigli comunali in sede di contenzioso elettorale; ai comandanti di porto; ai consigli di prefettura e alle giunte provinciali amministrative nell'esercizio di funzioni giurisdizionali, nonché — almeno in una prima fase — alle commissioni per i tributi erariali e locali.

In tutti questi casi è evidente che non ci si trova dinanzi ad un organo giurisdizionale in senso tecnico; ma non è meno vero che tali organi svolgono una oggettiva funzione giurisdizionale che ha indotto la Consulta a riconoscerne la legittimazione nel giudizio costituzionale.

Ai precedenti citati si è aggiunta, di recente, anche la C. cost. 28 novembre 2001 n. 376 (12) (confermata, poi, da C. cost. 15 gennaio 2003 n. 11) (13), con cui la Consulta ha esteso il concetto di giurisdizione fino a ricomprendervi anche i collegi arbitrali, che sono stati conseguenzialmente ritenuti legittimati a sollevare incidente di costituzionalità. La motivazione addotta dalla Corte, perfettamente estensibile pure al procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato, consiste nel dato per cui l'arbitrato è «un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie del contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria», con la conseguenza che il giudizio che ivi si sviluppa «non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili» (14).

Le medesime ragioni appaiono riscontrabili anche nel parere obbligatorio reso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato. E' per questo che con la sentenza n. 254 del 2004 sembra che si sia persa un'occasione importante per ampliare la tutela offerta al ricorrente che — come noto — può prediligere il ricorso straordinario non solo per la gratuità dello stesso ma altresì per i più lunghi termini per l'impugnativa, nonostante la «consumazione» — consapevole — di un grado di giudizio, concludendosi con decreto del Presidente della Repubblica non ulteriormente impugnabile in via giurisdizionale se non per vizi di forma e di procedura.

5. *La legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.*

Tra le motivazioni di C. cost. n. 254 del 2004 vi è anche il riferimento al precedente del 1997, in cui la Corte di giustizia CE ha riconosciuto — nella sostanza — al ricorso straordinario al Capo dello Stato natura giurisdizionale in funzione della esperibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (15).

(12) C. cost. 28 novembre 2001 n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, 2883 ss., con nota adesiva di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, e commentata, altresì, da F.P. LUISO, *ivi*, 2002, II, 60 ss.; F. AULETTA, *ivi*, 2002, II, 62 ss.; B. CAPPONI, *ivi*, 2002, II, 64 ss.

(13) C. cost. 15 gennaio 2003 n. 11, in *Giust. civ.*, 2003, 872.

(14) C. cost. n. 376 del 2001, cit., 2884.

(15) Trattasi di C. giust. CE 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, cit.,

Tuttavia, la legittimazione riconosciuta dalla Corte di giustizia CE alle sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di rinvio pregiudiziale viene considerata dalla Consulta non probante della sua «autentica» natura giurisdizionale, considerata l'autonomia esistente tra giudizio incidentale di costituzionalità e rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria.

L'affermazione circa l'autonomia esistente tra i due giudizi non può che condividersi. Già la Suprema Corte, a sezioni unite, con la sentenza n. 15978 del 2001 ha ritenuto che la nozione comunitaria di giurisdizione non sia coincidente con quella ricavabile dal diritto interno, derivando, la prima, «esclusivamente dalle norme di diritto comunitario [...]. Tra le due nozioni non vi è quindi necessaria coincidenza, come è confermato dalla circostanza che talvolta la Corte di giustizia ha attribuito natura giurisdizionale anche ad organi ai quali detto carattere non era riconosciuto dai rispettivi diritti nazionale» (16). Analoghe considerazioni sono svolte dalla dottrina, secondo cui la nozione di giurisdizione rilevante per il rinvio pregiudiziale è strettamente comunitaria, con la conseguenza che «può anche non corrispondere alla qualificazione che ne abbia dato l'ordinamento dello Stato membro; essa va dunque definita, così come la sua sussistenza determinata, dalla Corte di giustizia» (17).

Tuttavia, nonostante la fondatezza di tali osservazioni giurisprudenziali e dottrinali, va comunque rilevato che le argomentazioni su cui si è fondato quel rilievo della Corte di giustizia CE si basano su un complesso di elementi oggettivamente valutabili anche nel diritto interno, e di cui non può disconoscersi l'utilità nella presente ricostruzione.

Nel 1997, infatti, la Corte di giustizia CE motivò la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva ad attivare il rinvio pregiudiziale attraverso argomenti di cui non può disconoscersi l'attualità e la fondatezza, come: 1) l'alternatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato rispetto all'impugnativa giurisdizionale; 2) l'identità delle condizioni di esperibilità, dell'oggetto (annullamento di un atto) e dei motivi su cui può fondarsi tanto il ricorso straordinario quanto l'impugnativa giurisdizionale; 3) il carattere imparziale ed indipendente dell'organo chiamato a pronunciarsi; 4) la garanzia del contraddittorio assicurata alle parti.

Se è difficilmente negabile che i caratteri *sub* n. 1) e 2) contribuiscano a qualificare in senso giurisprudenziale la funzione svolta dal Consiglio di Stato

confermativa di C. giust. CE 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, in *Foro it.* 1997, IV, 361, con richiami ed osservazioni di A. BARONE (nonché in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 139, con nota di E. CHITI, *Nuovi sviluppi del concetto di giurisdizione* ex *art. 177 del Trattato)*. Nello stesso filone può pure collocarsi, con riguardo alla corrispondente fattispecie prevista dall'ordinamento olandese, C. giust. CE 27 novembre 1973, causa 36/73, Nederlandse Spoorwegen, in *Foro it.*, 1974, IV, 91. Accogliendo (implicitamente) le conclusioni dell'avv. gen. Mayras, la Corte ha ritenuto legittimato a sottoporre quesiti pregiudiziali *ex* art. 177, il Consiglio di Stato olandese chiamato ad emettere un parere non vincolante nel quadro di un procedimento di impugnazione di atti amministrativi destinato a concludersi con la decisione della Corona. Per la qualificazione come giurisdizione nazionale dell'ufficio delle aggiudicazioni degli appalti del Tirolo, ai sensi dell'art. 177 (ora 234) del Trattato CE, v. C. giust. CE 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger GmbH c. Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, in *Foro it.*, 1999, IV, 121. Sull'argomento, v. pure A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1997, 3 ss.

(16) Cass., sez. un., n. 15978 del 2001, cit.

(17) G. TESAURO, *Diritto comunitario*^{2}, Padova, 2001, 264.

quando formula il parere che sarà (sostanzialmente) recepito nel d.P.R. decisorio, i punti n. 3 e 4) devono essere ulteriormente approfonditi.

6. *Il «giusto processo» nel ricorso straordinario?*

Se «giudice» è, anche ove decida in sede consultiva e non giurisdizionale, il Consiglio di Stato non può non possedere gli attributi di terzietà ed imparzialità che la Costituzione impone a ciascun giudice, *ex* art. 101, cost.

Tuttavia, tali caratteri potrebbero essere posti in dubbio proprio dal fatto che la decisione sostanziale del ricorso straordinario non proviene dal Consiglio di Stato nella sua composizione giurisdizionale ma in quella consultiva, cioè in veste di consulente dell'amministrazione. Ciò che sembrerebbe stridere notevolmente con la necessità (processuale) di una distanza del giudice dalle parti processuali.

A fugare i sospetti, però, contribuisce l'elaborazione teorica sulla funzione consultiva svolta dal Consiglio di Stato. La giurisprudenza amministrativa insegna che è necessario distinguere tra consulenza resa nell'interesse dello Stato-apparato ovvero dello Stato-ordinamento: alla prima soccorre l'Avvocatura dello Stato, mentre alla seconda, appunto, partecipano le prime tre sezioni del Consiglio di Stato, ivi compresa la sezione consultiva per gli atti normativi istituita con la l. n. 127 del 1997.

Se l'Avvocatura erariale è preposta istituzionalmente a supportare le scelte decisionali delle amministrazioni «nell'interesse non dell'ordinamento generale ma dell'amministrazione assistita», il Consiglio di Stato, invece, formula il proprio parere «in stretta e rigorosa interpretazione della legge» e «su questioni di larga massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicarsi» (18).

Attraverso la propria consulenza di legittimità e/o di merito, il Consiglio di Stato non partecipa allo svolgersi dell'azione amministrativa, come l'Avvocatura dello Stato, ma si qualifica quale «organo ausiliario del Governo in una particolare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà, mediante la quale la funzione consultiva concorre insieme a quella giurisdizionale a realizzare la giustizia nell'amministrazione» (19).

Da tale distinzione discende, altresì, come logico corollario, una sensibile riduzione degli schemi di atti governativi sottoponibili all'esame di Palazzo Spada, dal momento che siffatta consulenza «non può essere attivata, neppure con riguardo a quella facoltativa, da una mera pretesa dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, dovrà esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo» (20).

(18) Cons. St., sez. II, 25 settembre 2002 n. 2994/02. La posizione di autonomia, indipendenza e terzietà con cui si svolge l'attività consultiva del Consiglio di Stato viene costantemente stigmatizzata nella giurisprudenza amministrativa: v., ad esempio, Cons. St., sez. II, 15 maggio 2002 n. 1248/02, in Cons. St., 2002, I, 1832; Id., sez. I, 28 giugno 2000 n. 576/00, in *Foro it.*, 2002, III, 452, con nota di A. Sorgato; Id. 19 aprile 2000 n. 269/2000, in *Cons. St.*, 2000, I, 1945; Id., sez. II, n. 118/02 del 2002; Id., ad. gen. 24 aprile 1980 n. 30, in *Riv. amm. R.I.*, 1981, 760.

(19) Cons. St., sez. II, 12 novembre 2003 n. 1855/03, in questa *Rivista*, 2003, 3420. Analoghe affermazioni sono contenute in Cons. St., sez. I, 28 giugno 2000 n. 576, in *Cons. St.*, 2001, 2206.

(20) Cons. St., sez. II, n. 2994/02, cit. Nel parere di Cons. St. n. 1855/03, cit., è stata riconosciuta la legittimazione a richiedere la consulenza facoltativa del Consiglio di Stato anche all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, pur se — nella specie — si è rilevata l'anomalia di una richiesta consultiva proveniente proprio da quell'autorità che nella l. n. 109 del 1994 è concepita come il massimo organo consultivo nella materia dei lavori pubblici (conformemente, v. comunque Cons. St., comm. spec., 5 marzo 2001 n. 1285/00, in *Cons. St.*, 2001, I, 1943; Id., ad. gen., 12 luglio 1999 n. 10).

È costante la preoccupazione del Consiglio di Stato per assicurare il rispetto dell'imparzialità e della terzietà negli affari consultivi sottoposti al suo esame. Ne è conferma quella giurisprudenza che dichiara inammissibile una richiesta di parere da parte dell'amministrazione pubblica «quando essa vada ad incidere, direttamente od indirettamente, su un contenzioso in atto o *in fieri*, poiché in tali casi l'esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite ingerenze e sovrapposizioni, che arrecherebbero una ferita al principio di imparzialità del giudice e di parità di situazione fra le parti, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall'art. 111 comma 2, cost., come novellato dalla l. cost. n. 2 del 1999» (21).

La garanzia di imparzialità e terzietà dei magistrati impegnati negli affari consultivi può trovare fondamento, inoltre, nell'unitarietà delle funzioni consultive e giurisdizionali svolte dal Consiglio di Stato. Ritenendo fondata su basi comuni tanto la funzione giurisdizionale che consultiva, ne deriva che entrambe partecipano delle medesime garanzie. Il comune denominatore può essere individuato nel dato per cui, in sede consultiva, il Consiglio di Stato «compie in via preventiva una funzione di giustizia amministrativa mentre in sede giurisdizionale, oltre alla restaurazione dell'interesse del privato leso, viene compiuta anche un'opera di consulenza (in favore) della pubblica amministrazione, dovendo le decisioni costituire una guida di quest'ultima per casi simili» (22). In pratica, come evidenziato dalla dottrina, «consultazione e giurisdizione hanno una base comune e finalità tutt'altro che separate, in quanto attraverso il loro svolgimento, un unico organo ad altissimo livello ha la possibilità di guardare e di seguire l'attività amministrativa prima e dopo il suo svolgimento, in modo che la p.a. possa sentirsi contemporaneamente sorretta e vigilata» (23).

Di tal guisa, la differenza tra funzione consultiva e giurisdizionale consisterebbe non nella natura giuridica dell'attività svolta (che resta unitaria) ma esclusivamente nelle modalità con cui si esercita il sindacato sull'atto amministrativo: quest'ultimo può svolgersi sia in forma preventiva «con la forma e l'efficacia del parere», che repressiva, «con la forma e l'efficacia della de-

(21) Cons. St. n. 1855/03, cit. Nello stesso senso, Cons. St., sez. II, 13 marzo 2003 n. 82/99; Id. n. 2994/02, cit.; Id. 9 aprile 1997 n. 129, in *Cons. St.*, 1998, 152.

(22) Cons. St., ad. gen., 23 novembre 1967 n. 1237, in *Cons. St.*, 1967, I, 2349 e Id. 24 aprile 1980 n. 30/80, *ivi*, 1981, I, 947. Sul problema della *concentrazione* in capo al Consiglio di Stato delle funzioni giurisdizionali e consultive, v. G. Roehrssen, *Consiglio di Stato e tribunali amministrativi regionali*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 434 ss.; L. Ammannati, *Consiglio di Stato e la lenta definizione della sua identità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1993, 379 ss.; G. Corso, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. Cassese, Milano, 1997, 21 ss.; F. Patroni Griffi, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata, ivi*, 105 ss.; S. Raimondi, *Contro la giurisdizione unica e contro la separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale, ivi*, 77 ss.; C. Taglienti, *La giurisdizione amministrativa nelle prospettive di riforma costituzionale: l'attività consultiva, i lavori della "bicamerale", il pubblico ministero*, in *Cons. St.*, 1997, 1506 ss.

(23) G. Roehrssen, *I 150 anni del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 1981, 2226 ss., 2234.

cisione. Queste due manifestazioni si integrano e si completano a vicenda e non si saprebbe dire quale sia più necessaria. L'opportunità che talè sindacato sia per l'intero esercitato dal medesimo organo risulta da questa sua intrinseca unità» (24).

Se unitaria è la funzione consultiva e giurisdizionale, e se analoghe sono le garanzie di imparzialità e terzietà dell'organo giudicante che vi è impegnato, *a fortiori* quest'ultime devono ritenersi sussistenti ove il Consiglio di Stato esprima il proprio motivato parere nello specifico ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Pur se attraverso una formale consulenza resa in favore del Capo dello Stato, nel decidere (nella sostanza) il ricorso straordinario, il Consiglio di Stato rappresenta un «giudice» non sospetto — almeno *iuris tantum* — di condividere interessi con l'amministrazione resistente, concorrendo, invece — insieme alle sezioni giurisdizionali — a realizzare il principio della giustizia nell'amministrazione.

Ciò che suggerisce maggiori riserve riguarda, peraltro, non già la terzietà ed imparzialità, come visto, ma la garanzia del contraddittorio tra le parti, principio, quest'ultimo, recentemente rafforzato dalla costituzionalizzazione (del canone) del giusto processo di cui all'art. 111 comma 2, cost.

Infatti, come sottolineato dal Consiglio di Stato, la richiesta del ricorrente di essere ascoltato personalmente davanti al Consiglio di Stato, in sede consultiva, dopo aver proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, «non può essere assecondata, ponendosi in aperto contrasto con le vigenti disposizioni di cui all'art. 49 comma 1, r.d. n. 444 del 1942» (25), secondo cui «gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti».

Per sostenere ulteriormente la legittimità della richiesta del ricorrente di essere ascoltato personalmente in sede di ricorso straordinario, il Consiglio di Stato ha escluso che possa richiamarsi il principio di buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: 1) perché l'interessato può fare ampiamente presenti le proprie ragioni mediante il ricorso (nel quale prospetta le censure del caso integrabili, oltretutto, anche con motivi aggiunti); 2) perché non è sostenibile che il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, reso a fini esclusivamente giustiziali, possa configurarsi come atto che di per sé rechi «pregiudizio» ad un soggetto amministrato. Diversamente opinando, secondo i giudici di Palazzo Spada, la preventiva audizione dell'interessato sarebbe, a rigore, necessaria soltanto se l'organo consultivo si orientasse in senso negativo, rispetto alle pretese dell'interessato, il che, come è evidente, non sarebbe in alcun modo determinabile in un momento antecedente a quello della concreta espressione del parere (26).

Oltre che sull'effettivo rispetto del principio del contraddittorio, similmente

(24) Santi Romano, *Le funzioni e il carattere del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, I, Roma, 1932, 26 ss. Sulla distinzione tra le diverse tipologie di pareri che il Consiglio di Stato può rendere nell'esercizio della funzione consultiva, in relazione ai diversi effetti che i pareri stessi possono produrre sull'amministrazione, sui cittadini o sui rapporti tra amministrazione e cittadini, cfr. A. Pajno, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, in *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di G. Paleologo, Milano, 1998.

(25) Cons. St., sez. III, n. 366-3600/02, cit.

(26) Cons. St., sez. III, n. 366-3600/02, cit.

potrebbero avanzarsi dubbi sul fatto che, configurandolo come perfettamente alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale, il ricorso straordinario difetta comunque del secondo grado di giudizio (stante l'impugnabilità del decreto del Presidente della Repubblica finale per soli motivi formali e procedurali). Così ragionando, lo svolgimento in un unico grado del ricorso straordinario colloca quest'ultimo in posizione anomala rispetto ai procedimenti giurisdizionali amministrativi ed ordinari, oltre alla massima parte di quelli svolgentisi davanti a giudici speciali, tutti caratterizzati dal doppio grado di giudizio (ancorché, quest'ultimo, non sia espressamente configurato nell'ordinamento come inderogabile principio costituzionale) (27). In sintesi, ipotizzando che abbia natura giurisdizionale, se da un lato il ricorso straordinario al Capo dello Stato appare caratterizzato da imparzialità di giudizio, dall'altro sembrano presentarsi con intensità minore rispetto altre «ordinarie» azioni giurisdizionali sia la garanzia del contraddittorio che quella del doppio grado di giudizio (sebbene quest'ultimo non sia espressamente costituzionalizzato).

6.1. Segue*: Sulla distinzione tra funzione giurisdizionale e garanzie giudiziarie*.

Ad ogni modo, pur prescindendo da tali considerazioni, un profilo che deve essere chiarito consiste nella distinzione tra qualificazione giurisdizionale della funzione svolta dal Consiglio di Stato in sede consultiva e caratteri di terzietà ed imparzialità dello stesso «giudice».

Infatti, il riconoscimento ad un organo formalmente amministrativo della funzione giurisdizionale obiettivamente svolta non dipende strettamente dall'individuazione in quel «giudice» anche degli attributi di terzietà ed imparzialità che la Costituzione assegna al magistrato, *ex* art. 111 comma 2, cost., ovvero dalle garanzie di dialettica processuale invocate nel giudizio: un conto è qualificare la natura giuridica della funzione svolta, altro è, invece, verificare se — quella stessa funzione — partecipa delle garanzie che l'ordinamento riconnette ad essa.

Tale considerazione può essere confortata da quanto già rilevato dalla Corte costituzionale nel 1976, a proposito delle funzioni giurisdizionali svolte da organi amministrativi: in alcune ipotesi, «taluno dei predetti giudici speciali è stato poi colpito da pronuncia di incostituzionalità, perché, proprio in quanto giudice, sprovvisto delle necessarie garanzie di indipendenza e di terzietà; altre volte, la proponibilità della questione è stata negata anche ad autorità istituzionalmente giurisdizionali, quando ad esse non spettavano poteri decisori» (28).

Coeteris paribus, si può senz'altro opinare se ed in quale misura il procedimento svolgentesi in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato sia assistito dalle garanzie del giusto processo di cui all'art. 111, cost.; ma pur discutendo intorno alla sussistenza di tali caratteri, non si può, per ciò solo, negare pure che quell'organo, nel caso concreto, svolga, per ipotesi, una funzione propriamente giurisdizionale.

(27) Sulle impugnazioni amministrative, G. Leone, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, 1988; sul principio del doppio grado di giudizio, in part., Id., *op. ult. cit.*, 13 ss., e bibliografia ivi citata. Sul tema, v., inoltre, C.E. Gallo, *Appello nel processo amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 315 ss.; Id., *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983.

(28) Così, in motivazione, C. cost. n. 226 del 1976.

7. Ulteriori argomenti in favore della natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

In favore della tesi della natura giurisdizionale del ricorso straordinario e della sua sostanziale equivalenza rispetto all'impugnativa giurisdizionale milita un ulteriore argomento frutto della riforma introdotta con la l. 21 luglio 2000 n. 205. L'art. 3 comma 4, l. n. 205 del 2000, ha introdotto il potere del ricorrente di domandare la sospensione cautelare del provvedimento amministrativo impugnato attraverso il ricorso straordinario al Capo dello Stato, alla stessa stregua di quanto disposto dall'art. 21 comma 8, l. TAR. Precisamente, la sospensione viene disposta con atto motivato del Ministero competente, su conforme parere del Consiglio di Stato, e su richiesta del ricorrente, ove quest'ultimo alleghi «danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto» (29).

Tale innovazione normativa — benché non menzionata nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 534 del 2001 né nella C. cost. n. 254 del 2004 — sembra avere ulteriormente avvalorato la tesi della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, estendendo a questo un istituto, quello della sospensiva, notoriamente caratterizzante il ricorso giurisdizionale e geneticamente funzionale alla tutela interinale della posizione giuridica vantata dal ricorrente. Tale estensione non avrebbe avuto alcuna ragion d'essere se non vi fosse stata alla base della scelta normativa la consapevolezza della identità di funzioni tra le due tipologie di ricorso (30).

Tali considerazioni possono essere confortate, altresì, da alcuni profili che tradizionalmente caratterizzano l'istituto e che — per quanto puntualmente esaminate nelle ordinanze di rimessione del Consiglio di Stato n. 534 del 2001 e n. 2898 del 2002 — vengono (scientemente?) ignorati dalla Corte, contribuendo ad inficiare la validità delle motivazioni della decisione n. 254 del 2004.

Infatti, nelle ordinanze di rimessione di cui ai pareri n. 534 del 2001 e n. 2898 del 2002, i giudici di Palazzo Spada motivano la tesi della qualità sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario anche in considerazione della: 1) revocabilità del susseguente decreto decisorio del Capo dello Stato per il quale il parere stesso è stato richiesto, *ex* art. 395, c.p.c. (richiamato dall'art. 15, d.P.R. n. 1199 del 1971) (31); 2) possibilità di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario a seguito dell'opposizione del controinteressato (art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971); 3) impugnabilità della decisione finale per vizi di forma o di procedimento (32). Ma su tali argomenti la Corte costituzionale omette qualsiasi analisi, seppur sommaria, limitandosi a contestare la validità degli altri argomenti evidenziati nell'ordinanza di rimessione.

L'approfondimento di tali profili da parte della Consulta sarebbe stato di notevole interesse, dal momento che, ad esempio, la trasponibilità del ricorso straordinario in sede giurisdizionale (art. 10 comma 1, d.P.R. n. 1199 del 1971) evidenzia sia l'alternatività del ricorso straordinario rispetto a quello ordinario che, nel contempo, l'identità di funzioni esercitate, con l'unica differenza, a mio avviso, della garanzia del doppio grado di giudizio sussistente nel solo ricorso giurisdizionale amministrativo (33). Ma scelta la strada del ricorso straordinario, al di là della non impugnabilità per vizi di merito del decreto decisorio finale (emesso con decreto del Presidente della Repubblica), stante la suddetta alternatività, non è dato rinvenire limiti ulteriori alla tutela delle posizioni fat-

(29) Per una prima applicazione giurisprudenziale del disposto di cui all'art. 3 comma 4, l. n. 205 del 2000, v. Cons. St., sez. II, 12 marzo 2003 n. 2590/02/s, 4150/02/s, in questa *Rivista*, 2003, 1156.

(30) L'estensione dell'istituto della sospensiva si deve anzitutto a Cons. St., comm. spec., n. 16/1991, cit., part. 389-390, secondo cui «è il principio di eguaglianza ad imporre» di non ridurre il ricorso straordinario «a rimedio imperfetto, e di mero rinforzo, rispetto a quello cui è alternativo. L'alternatività invero si contrappone alla sussidiarietà e postula la parità delle opportunità». L'estensione dell'istituto, avvenuta in via giurisprudenziale in assenza di un espresso dato normativo, non è «frutto di un unilaterale favor per il ricorrente, ma è piuttosto un'equilibrata applicazione di superiori regole di parità di trattamento tra ricorrenti nei vari rimedi da un lato, dall'altro di economia dei mezzi e di effettività e non contraddizione dell'ordinamento (il quale non potrebbe tollerare l'incoerenza dell'offerta di un rimedio poi, per sua stessa volontà, di fatto vanificabile). In altri termini la potestà di sospensione dell'atto impugnato è coessenziale ad ogni articolazione (dunque: anche al ricorso straordinario) di giustizia amministrativa in un sistema di diritto amministrativo incentrato sull'imperatività, e dunque sull'immediata e incondizionata efficacia del provvedimento dell'autorità» (Cons. St., comm. spec., n. 16/1991, cit., 389-390).

(31) Sulla tematica, sia consentito rinviare, da buon ultimo, a quanto indicato in A. L. TARASCO, *Revocazione per errore di fatto del decreto decisorio del Capo dello Stato: un'interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2003, 3118 ss., ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

(32) La giurisdizionalità del procedimento del ricorso straordinario è stata già riconosciuta in altri interventi dal Consiglio di Stato, che ha rimarcato come esso presenti «rilevanti parallelismi e raccordi con la giurisdizione: carattere contenzioso del procedimento, alternatività, possibilità di trasposizione in sede giurisdizionale, oppugnabilità della decisione per vizi di forma o di procedimento, revocazione, contraddittorio» (Cons. St., comm. spec. n. 16/1991, cit., 384 ss.). Di recente, analoghe considerazioni sono svolte nel parere n. 366-3600/02 del 9 gennaio 2003, cit., dove la III sezione osserva che il procedimento relativo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur avendo natura amministrativa, si qualifica come alternativo al ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo «e riprende, quindi, taluni caratteri propri di quest'ultimo», quali l'impulso di parte e la natura assolutamente imparziale dell'organo consultivo che deve pronunciarsi sulle censure di legittimità prospettate dalla parte interessata. Ne deriva che «una simile connotazione del parere sul ricorso straordinario comporta, pertanto, indubitabilmente, un carattere di terzietà di tali pronunce, parificabili, sotto tale profilo, a quelle emesse in sede giurisdizionale». Sui caratteri giurisdizionali del ricorso straordinario, cfr. altresì C. cost. 31 dicembre 1986 n. 298, in questa *Rivista*, 1987, 869; Id. n. 31 del 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 1336; Id. 29 luglio 1982 n. 148, in questa *Rivista*, 1983, I, 1, con nota di P. G. LIGNANI e V. LANDI, *ivi*, 280 ss.

Tuttavia, è opportuno precisare che nonostante i molti tratti in comune, l'assimilazione tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario non è piena, atteso che lo stesso Consiglio di Stato ha più volte escluso l'esperibilità del ricorso al Capo dello Stato avverso il diniego di esibizione di atti e documenti amministrativi. A tale conclusione si è addivenuti considerando il carattere d'urgenza del ricorso per l'accesso (mal conciliabile sia con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario che con la mancanza di termini prefissati al Consiglio di Stato e al Capo dello Stato per la definizione delle controversie) e la necessità che il giudice sia dotato del potere di ordinare un *facere* all'amministrazione (*id est*, l'esibizione degli atti), potere che non è consentito nel ricorso straordinario in quanto normale giudizio annullatorio: così, Cons. St., sez. III, 16 dicembre 2003 n. 746/03, in questa *Rivista*, 2003, 3866. Negli stessi termini, Id., sez. I, 29 marzo 2000 n. 189/00; Id. 15 novembre 2000 n. 977/00; Id., sez. II, 18 giugno 1997 n. 521/97, in *Foro it.*, 1999, III, 314; Id., sez. III, 9 giugno 1998 n. 32/98, in *Cons. St.*, 1999, I, 1049.

(33) Viceversa, secondo Cass., sez. un., 15978 del 2001, cit., la trasponibilità del ricorso straordinario in sede giurisdizionale a cura dei controinteressati non avvalorerebbe ma attenuerebbe il principio di alternatività, testimoniando «la preferenza espressa dal legislatore per il rimedio giurisdizionale».

te valere dal ricorrente: nell'applicazione del diritto cui è tenuto il Consiglio di Stato nella formulazione del parere, sarebbe contrario al principio della difesa giurisdizionale, *ex* art. 3 e 24, cost., consentire in un caso l'applicazione di norme sospette di incostituzionalità. Tanto più che l'applicazione di una norma costituzionale (fino a contraria pronuncia) o sospetta di incostituzionalità verrebbe a dipendere, in ultima analisi, dalla decisione del controinteressato, che con la propria opposizione può determinare l'effetto della trasposizione del ricorso straordinario nella sede giurisdizionale (art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971) (34). In siffatto sistema, ciò che viene menomata è la posizione del cittadino-ricorrente, a tutto vantaggio di una presunta tenuta del sistema teorico complessivo della giustizia amministrativa che vede nelle sole sezioni giurisdizionali il monopolio delle funzioni tipicamente giurisdizionali.

Il problema nodale del ricorso straordinario non risolto dalla Consulta consiste nella impossibilità di non applicare normative sospette d'incostituzionalità di cui comunque deve tenersi conto nel giudizio del caso concreto sottoposto per il parere al Consiglio di Stato. Infatti, la stroncatura della Consulta determina, come logico corollario, l'inevitabile applicazione di una normativa di dubbia costituzionalità ove essa venga in rilievo nel caso concreto.

8. *Conclusioni.*

In pratica, ciò che risalta dalla decisione n. 254 del 2004 è il fatto che la Corte costituzionale non affronta *ex professo* il problema fondamentale posto dal Consiglio di Stato, ossia la natura giurisdizionale delle sezioni consultive in sede di emissione del parere obbligatorio sul ricorso straordinario: alcuni argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato vengono frettolosamente rigettati, mentre altri, senza una particolare ragione, sono completamente tralasciati.

La logica entro cui si muove la Consulta sembra essere di stampo formalistico, più attenta a mantenere l'astratta coerenza del sistema che a trovare soluzioni in favore della effettiva tutela giurisdizionale del ricorrente. La Corte non sembra aver colto il fatto che il ricorso straordinario, nato come strumento di giustizia imperniato sulla grazia del re e sul potere a questo riconosciuto di decidere anche in modo difforme rispetto a quanto «suggerito» dal Consiglio del regno, si presenta, oggi, come un istituto alternativo rispetto all'impugnativa giurisdizionale, fondato su garanzie e procedure tipiche del processo amministrativo, come il principio del contraddittorio (pur se con le riserve sopra espresse), la revocazione del provvedimento decisorio, il carattere imparziale ed indipendente dell'organo che formula il parere, la medesimezza delle condizioni di esperibilità, dell'oggetto e dei motivi su cui si fonda il ricorso straordinario alla stessa stregua del ricorso giurisdizionale.

Se questi sono i presupposti, dovrebbe essere considerato anacronistico il potere del ministro proponente di discostarsi dalla formulazione del parere del Consiglio di Stato attraverso la sollecitazione politica della delibera del Consiglio dei ministri. È il residuo del carattere «politico» e di «grazia» del ricorso straordinario a non apparire conforme al nuovo ordinamento costituzionale ed ai connessi principi della piena tutelabilità giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, *ex* art. 24, cost.

ANTONIO LEO TARASCO.

(34) In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. VI, 27 maggio 1988 n. 725, in questa *Rivista*, 1988, 1431; Id., sez. II, 6 febbraio 1985 n. 298, in *Informazione previd.*, 1986, 543; Id., sez. IV, 21 luglio 1997 n. 725, in questa *Rivista*, 1997, 1947; Id., sez. IV, 11 luglio 1984 n. 539, *ivi*, 1984, 1426; Id., sez. VI, 18 marzo 1994 n. 374, *ivi*, 1994, 561; Id., sez. IV, 28 aprile 1986 n. 299, *ivi*, 1986, 659, con nota di G. VACIRCHIA, *Decisione del ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale del controinteressato pretermesso, ivi*, 1743.