

La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo "giudice a quo"!

di Erik Furno*

(5 gennaio 2015)

Con la sentenza n. 73 del 2 aprile 2014¹, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8², del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104³, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione, dalla prima Sezione consultiva del Consiglio di Stato⁴, che aveva dubitato dei limiti posti dal nuovo codice del processo amministrativo all'ambito di operatività dell'istituto del ricorso straordinario, ammesso unicamente per le controversie devolute al giudice amministrativo.

Secondo la Sezione consultiva remittente, la legge di delega n. 69 del 2009, nell'innovare profondamente la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato⁵ e consentendo che in tale sede potessero essere sollevate questioni di legittimità costituzionale, aveva esaltato la caratterizzazione giurisdizionale del ricorso straordinario e fatto venir meno la sua natura incerta o ibrida, a metà strada tra il ricorso amministrativo e quello giurisdizionale⁶, per

¹ Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73, Pres. Silvestri, Red. Cassese, in *Giur. cost.*, n. 2/2014, 1469.

² L'art.7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, dispone che "il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa".

³ Trattasi, come noto, del nuovo codice del processo amministrativo, adottato in attuazione dell'art.44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo.

⁴ Cons. St., Sez. I, Ord. 20 maggio 2013, n. 2402, affare n. 2986/2011, iscritta al n. 269 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 51, prima serie speciale, dell'anno 2013.

⁵ L'art.69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante «disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», ha aggiunto al testo dell'art.13, primo comma, alinea, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, il seguente disposto: «Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati».

Il secondo comma dell'art.69 ha disposto l'aggiunta al primo periodo del primo comma dell'art.14 del medesimo d.P.R. n. 1199/1971 delle parole «conforme al parere del Consiglio di Stato» e la soppressione del secondo periodo del primo comma dello stesso articolo, nonché l'abrogazione del secondo comma, così eliminando la possibilità del ministero competente, originariamente prevista, di discostarsi dal parere obbligatorio del Consiglio di Stato, previa sottoposizione della difforme proposta al Consiglio dei ministri.

⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, II, 1338-1339.

fargli assumere natura di rimedio giustiziale⁷ ed attrarlo nell'area della c.d. giurisdizionalità⁸. Per i giudici di palazzo Spada, però, la restrizione alle sole controversie amministrative del ricorso straordinario, per il passato indifferente al riparto di giurisdizione in virtù di una risalente tradizione interpretativa consolidatasi *praeter legem*⁹ e da sempre ascritto al novero dei ricorsi amministrativi, sarebbe intervenuta in assenza di ogni esplicito riferimento nella legge di delega e, nello specifico, in una materia estranea all'oggetto della delega, sì da far dubitare della legittimità costituzionale della norma delegata.

Con la sentenza n. 73/2014 la Corte delle leggi, da un lato, riconosce che il procedimento consultivo dinanzi al Consiglio di Stato ha ormai acquisito natura sostanzialmente giurisdizionale, trasformando l'antico ricorso amministrativo in un rimedio *giustiziale*, dall'altro, nega che la norma censurata si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «*riassetto del processo amministrativo*», attribuita al governo dall'art. 44 della legge n. 69

⁷ Non a caso la rubrica dell'art. 69 reca il titolo «rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione». Sul concetto di amministrazione giustiziale, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 139; E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova 1986; T. ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. St.*, 1986, II, 1383; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano 1991; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2000, II, 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in *AA.VV., Manuale di Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO e F. G. SCOCA, vol. II, Bologna 2005, 407 ss., nonché Id., *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, n. 4/2004, 691 ss.; M. CALABRO', *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino 2012; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, V ed., Torino 2013, 609 ss.; E. CASETTA, *I ricorsi amministrativi*, in Id. (a cura di F. FRACCHIA), *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed., Torino 2014, 991 ss. .

⁸ La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario era già stata prospettata sia dalla giurisprudenza ordinaria (Cass., Sez. un. 28 gennaio 2011, n. 2065, Sez. un. 19 dicembre 2012, n. 23464, e Sez. un. 6 settembre 2013, n. 20569), che da quella amministrativa (Cons. St., Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; Ad. Plen. 5 giugno 2012, n. 18, e, seppur con alcuni distinguo, Sez. riunite, 7 maggio 2012, n. 2131, nonché Ad. Plen. 6 maggio 2013, nn. 9 e 10), oltre ad essere stata recepita dal nuovo codice del processo amministrativo, su cui P. QUINTO, *Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it, 2010. Per l'uso di tale termine v. la lunga motivazione di Cass., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20054.

⁹ Così la stessa Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, punto 3.2 in diritto.

del 2009¹⁰, per cui dichiara non fondata nel merito la relativa questione di legittimità costituzionale.

In disparte i rilievi avverso il recepimento da parte della Corte costituzionale, in virtù della dottrina del c.d. diritto vivente¹¹, della teoria “sostanzialistica “ già affermata dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato ai massimi livelli¹², la decisione si segnala, in particolare, per la riconosciuta legittimazione delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario, a sollevare l'incidente di costituzionalità.

L'ampliamento a tale organo dell'accesso incidentale, che segna una decisa apertura della stessa giurisprudenza costituzionale, rappresenta uno degli snodi più significativi, se non il principale portato accanto a quello della sostanziale giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, della sentenza n. 73 del 2014.

E' noto che l'art. 1 della legge costituzionale dispone che «la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione»¹³.

A sua volta, l'art. 23 della legge n. 87 del 1953¹⁴ dispone che «nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza ...».

¹⁰ L'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, disponeva :«Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

I decreti legislativi di cui al comma 1 (...) si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi: (...) b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1)riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni...».

¹¹ Secondo S. BARTOLE, *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, 477-478, «per quanto riguarda l'interpretazione della legge la Corte ha dovuto con il tempo adattarsi ad una ridefinizione dei suoi poteri interpretativi in nome della dottrina del diritto vivente, per cui essa è tenuta ad interpretare la legge in conformità degli orientamenti prevalenti dei giudici speciali ed ordinari».

¹² V. le critiche di F. G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, e di A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri “decisori”. La decostituzionalizzazione dell'art.137 Cost.*, in *Giur. cost.*, n. 2/2014, rispettivamente 1476 e 1481; F. GAFFURI, *La Consulta afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. app.*, n. 7/2014, 759, nonché, se si vuole, E. FURNO, *La Corte costituzionale suggella la c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con una decisione che apre nuovi interrogativi*, in www.giustamm.it, ottobre 2014, ed in *Il nuovo dir. amm.*, n. 6/2014, a cui sia consentito rinviare.

¹³ Art.1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1.

¹⁴ Art.23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Infine, l'art.1 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale individua nel «giudice, individuale o collegiale, davanti al quale pende la causa» il soggetto legittimato a promuovere il giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Dal tenore di tali disposizioni sembrerebbe ammissibile, in linea generale, la questione di legittimità costituzionale sulla base del concorso di entrambi i presupposti (giudizio ed autorità giurisdizionale), anche se nel corso del tempo gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale non sempre sono stati univoci e concordi¹⁵, dato che un'interpretazione rigida e letterale avrebbe finito col comportare l'esclusione dal controllo di costituzionalità di aree rilevanti dell'ordinamento legislativo¹⁶.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, dopo alcune significative aperture¹⁷, che avevano lasciato intravedere il possibile uso alternativo del criterio oggettivo e di quello soggettivo, si è cristallizzata, pur nelle sue oscillazioni, in un indirizzo meno elastico, che precludeva agli organi giurisdizionali di rivolgersi alla Corte nel caso che l'attività da essi esercitata fosse di natura amministrativa¹⁸.

Di tale indirizzo più rigoroso ne è emblematica espressione, per l'appunto, la promovibilità da parte del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario della questione di legittimità costituzionale, avendo la Corte delle leggi da sempre escluso la natura giurisdizionale di tale rimedio.

A partire, infatti, dalla sentenza n. 1 del 1964¹⁹, con cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art.34 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054²⁰, in quanto il ricorso straordinario non assicurava ai controinteressati la tutela giurisdizionale,

¹⁵ Per una rassegna delle soluzioni interpretative adottate, volta per volta, dalla Consulta sulla nozione di giudice e giudizio a quo, v. S. PANIZZA, *L'autorità giudiziaria*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 85 ss.; C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo fra indici di esercizio della giurisdizione e domande di giustizia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 838 ss., e A. ODDI, *La nozione di «giudice a quo»*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 28 ss.

¹⁶ M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit., 11 ss., specie 13, che richiama l'insegnamento sempre valido di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, IV ed., Padova 1984, 267 ss.

¹⁷ Corte cost., 2 luglio 1966, n. 83 (la c.d. sentenza Mortati) e Corte cost., 5 novembre 1996, n. 387, secondo cui «il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico». Nello stesso senso, Corte cost., 18 novembre 1976, n. 226 (la c.d. sentenza Crisafulli).

¹⁸ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2014, 201 ss., specie 203-204.

¹⁹ Corte cost., 1 febbraio 1964, n. 1.

²⁰ Trattasi del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

così implicitamente affermandone la natura amministrativa, i giudici delle leggi hanno a più riprese negato la natura giurisdizionale di tale rimedio.

Con la decisione n. 31 del 1975²¹, resa peraltro in sede di conflitto di attribuzione, la Corte riconosceva espressamente la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in quanto *“rimedio singolare, anomalo, alternativo al ricorso giurisdizionale, (...) caratterizzato da uno speciale procedimento contenzioso sui generis, con limitato contraddittorio, che si svolge interamente a livello governativo, e si conclude con un decreto del Capo dello Stato, - atto ministeriale, non di prerogativa - di cui il Ministro proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma la responsabilità politica e giuridica”*²².

Il tutto era ribadito anche da Corte cost. 29 luglio 1982, n. 148, che dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi primo ed ultimo, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, nella parte in cui non equiparava ai controinteressati l'amministrazione, diversa dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario, per richiedere che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale (primo comma) ovvero per la preclusione dell'impugnazione avverso la decisione di accoglimento del ricorso straordinario, per effetto del mancato esercizio di tale facoltà di trasposizione del gravame in sede giurisdizionale (ultimo comma).

Anche con le successive ordinanze nn. 56 e 301 del 2001²³ la Corte confermava la propria ormai consolidata giurisprudenza sulla natura amministrativa della funzione esercitata a seguito della proposizione dei ricorsi amministrativi, ivi compreso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, di cui ribadiva la caratterizzazione atipica di rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale.

Ma è soprattutto con la sentenza n. 298 del 1986²⁴, nota per il suggestivo richiamo, in essa racchiuso, alla figura dell'«ircocervo»²⁵ giuridico, che la Corte prendeva posizione sulla natura del ricorso straordinario, nel tentativo di mediare e comporre l'anima giurisdizionale del gravame con l'origine amministrativa del rimedio, nato come ricorso in via «graziosa» al Re²⁶.

²¹ Corte cost., 25 febbraio 1975, n. 31.

²² Punto 2 del Cons. dir.

²³ Ordinanze n. 56 del 13 marzo 2001 e n. 301 del 25 luglio 2001.

²⁴ Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 298 (c.d. sentenza Baldassarre).

²⁵ Espressione adoperata da Benedetto Croce per descrivere criticamente la natura ibrida del liberal-socialismo. Al riguardo v. N. BOBBIO, *Tradizione ed eredità del liberalsocialismo*, in M. BOVERO, V. M. MURA, F. SBARBERI (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Roma 1994, 154.

²⁶ Per una ricostruzione storica dell'istituto, v. U. BORSI, *Sui ricorsi amministrativi al re al momento della proclamazione della Repubblica e sui ricorsi analoghi eventualmente istituibili*, in *L'amministrazione italiana*, 1946, 168 ss.; V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.; M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1959, 10 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1997, 421 ss.

La Corte delle leggi, pur ribadendo l'atipicità e la «specialità» di tale rimedio, riconosceva che «*il carattere amministrativo del procedimento risulta tuttavia temperato dall'esigenza derivante dal fatto che si è pur sempre in presenza di un meccanismo di risoluzione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi e, soprattutto, in considerazione*»²⁷ della sua alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale.

A giudizio della Corte, tali caratteristiche «*non sono tali da far tramutare il ricorso straordinario in un procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale e, quindi, in una dichiarazione del diritto diretta a far stato fra le parti e pronunciata da un organo istituzionalmente imparziale*»²⁸, in quanto la complessiva disciplina legislativa del procedimento mancava di alcune fondamentali caratteristiche delle attività giurisdizionali (la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente).

Al riguardo i giudici costituzionali richiamavano i «*sostanziali parallelismi e i sicuri raccordi*» con l'attività giurisdizionale, stabiliti dalla legislazione e dalla giurisprudenza, onde rendere il ricorso straordinario compatibile con l'art.113 Cost.²⁹, ricordando, secondo la precedente decisione n. 148/1982, «*la facoltà dei privati (...) di chiedere in limine litis la trasportazione della controversia nella sede giurisdizionale*³⁰ e quella di impugnare presso il giudice amministrativo la decisione del ricorso per vizi di forma e di procedimento, nonché l'estensione allo stesso ricorso straordinario del rimedio della revocazione³¹ e dell'azione giudiziaria di fronte al giudice ordinario»³².

Tutto ciò non era, però, ritenuto sufficiente dai giudici costituzionali, allo stato della legislazione allora vigente,³³ a trasformare quello che resta «*un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso degli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di irocervo giuridico*»³⁴.

Quindi, se il ricorso straordinario non poteva essere (all'epoca) assimilato ad un istituto *tout court* giurisdizionale, d'altro canto esso «*si armonizza(va) perfettamente con le forme di garanzia rappresentate dai principi costituzionali vigenti sulle attività amministrative,*

²⁷ Punto 2 del Cons. dir.

²⁸ Punto 2 del Cons. dir.

²⁹ V. il precedente costituito da Corte cost., 2 luglio 1966, n. 76, che rinviene la compatibilità del ricorso straordinario con l'art.113 Cost. proprio nel principio di alternatività, che si esplica in una scelta autonoma ed in una valutazione di convenienza del ricorrente tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario, che prevede un termine più lungo per il gravame, di regola maggiore economicità e si svolge in un unico grado sulla base del consenso delle parti.

³⁰ Art.10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

³¹ Art.15 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

³² Punto 2 del Cons. dir.

³³ C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo fra indici di esercizio della giurisdizione e domande di giustizia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, cit., 851-853.

³⁴ Punto 2 del Cons. dir.

attività fra le quali indubbiamente rientra, seppure in una posizione del tutto peculiare, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»³⁵.

Trattasi, concludeva la Corte, di «*uno strumento aggiuntivo, rispetto a quelli ordinari, di tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, la cui adeguata protezione rappresenta un valore altrettanto primario*»³⁶.

Come rilevato da attenta dottrina, risultava allora evidente lo sforzo della Corte costituzionale di adeguarsi alla complessa e spesso non omogenea realtà ordinamentale storicamente esistente, onde affermare di volta in volta, anche se in modo frammentario e poco sistematico, il principio di costituzionalità, senza precludersi la possibilità per il futuro di rispondere a nuove e particolari istanze di giustizia costituzionale³⁷.

Ma è solo con la criticata sentenza n. 254 del 2004³⁸ e con le successive ordinanze nn. 357 e 392 del 2004³⁹ che la Corte affrontava per la prima volta l'ammissibilità di una questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato nell'ambito della procedura di espressione del parere su ricorso al Capo dello Stato, per pervenire ad una declaratoria di inammissibilità del relativo incidente in quanto sollevato da un organo ritenuto non giurisdizionale.

Con la sentenza n. 254 del 21 luglio 2004, infatti, la Corte costituzionale dichiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art.3, comma 2, della legge 29 gennaio 1994, n. 87⁴⁰, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione, dalla seconda Sezione del Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto da una ex dipendente avverso il

³⁵ Punto 3 del Cons. dir.

³⁶ Punto 4 del Cons. dir.

³⁷ A. A. ROMANO, *Autorità giurisdizionale e instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 317 ss., specie 322, ritiene la Corte orientata ad adeguarsi al dato ordinamentale, piuttosto che tesa a costruire una figura unitaria di giudice a quo quale potere-autorità giurisdizionale remittente.

³⁸ Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, con note critiche di M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2004, 2249 ss., A. POZZI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali*, in *Rass. Cons. St.*, 2005, I, 589; N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 779 ss.;

A. L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. Cds.*, n. 9/2004, 2461 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2005, 652 ss.

³⁹ Ordinanza n. 357 del 25 novembre 2004 e ordinanza n. 392 del 17 dicembre 2004, con nota di N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2004, 2149 ss., che argomenta come dalla definizione della natura del rimedio in esame dipenda l'operatività di quegli istituti, che presuppongono la «giurisdizionalità» del procedimento e l'idoneità della decisione ad imporsi come giudicato (esperibilità del giudizio di ottemperanza, ricorso per cassazione, sospensione del processo in caso di pregiudizialità anche costituzionale).

⁴⁰ Legge 29 gennaio 1994, n. 87, recante «Norme relative al computo dell'indennità integrativa speciale nella determinazione della buonuscita dei pubblici dipendenti».

provvedimento, emesso dall'INPDAP di Salerno, di diniego del diritto al computo dell'indennità integrativa speciale ai fini dell'indennità di buonuscita.

Tale decisione era tutta incentrata sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato, atteso che⁴¹ l'art.14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabiliva che, ove il ministro competente intendesse proporre al Presidente della Repubblica una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, doveva sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale.

Eppure, ai limitati fini della legittimazione a promuovere da parte delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato l'incidente di costituzionalità, i tempi erano ormai maturi.

Il compito di "apripista" spettava, infatti, alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, che, in una nota decisione del 1997, riconosceva che «*il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art.177 del Trattato*»: e ciò in base al rilievo che «*la consultazione del Consiglio di Stato è obbligatoria e che il suo parere, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana*»⁴².

Per la giurisprudenza comunitaria, infatti, era possibile rinvenire nel Consiglio di Stato in sede consultiva, allorché decide un ricorso straordinario, tutti quei requisiti ritenuti necessari affinché un soggetto possa costituire "una giurisdizione nazionale" e, di conseguenza, adire la Corte stessa ai sensi dell'art.177 (ora art. 267 TFUE, già art. 234 TCE) del Trattato CE.

In particolare, la Corte comunitaria individuava la «giurisdizionalità» alla stregua di alcuni indici rivelatori, ritenuti necessari per sollevare la c.d."pregiudiziale comunitaria", quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, la sua indipendenza, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l'applicazione di norme giuridiche in posizione d'indipendenza e l'alternatività del rimedio rispetto alla tutela in sede giurisdizionale⁴³.

Non a caso, da tempo autorevole dottrina sosteneva che, ai fini della proponibilità della questione di legittimità in via incidentale, fosse sufficiente *una qualunque autorità che eserciti una funzione qualificabile come giurisdizionale*, sia pure sotto il profilo formale e

⁴¹ Si legge *ad finem* del punto 3 in diritto che «*questa conclusione è ineludibile*».

⁴² Corte giust. CE, Sez. V, 16 ottobre 1997, *Garofalo ed altri c/ Ministero della Sanità*, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, con note di G.B. GOLETTI, *L'art.177 del trattato CE e la sua applicabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 145; M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 147 ss.; M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. e app.*, 1998, 442 ss.; M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica «fuzzy» della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, 699 ss.; O. FIUMARA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nella CE*, in *Rass. Avv. Stato*, 1998, 47 ss.

⁴³ Per una critica a tale orientamento comunitario, ritenuto ininfluenza per l'ordinamento nazionale, G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, 2003, 4147 ss., specie 4180.

procedurale⁴⁴, ed auspicava l'ampliamento della legittimazione al Consiglio di Stato in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

D'altronde, la stessa Corte costituzionale aveva riconosciuto, seppur ai limitati fini della proposizione della questione incidentale⁴⁵, la legittimazione quale giudice a quo ad altri organi che presentavano prevalente natura amministrativa, quali, di volta in volta, la Corte dei conti in sede di controllo preventivo degli atti del governo⁴⁶ ed in sede di giudizio di parificazione⁴⁷, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura⁴⁸, i Commissari per la liquidazione degli usi civici⁴⁹, il Consiglio nazionale forense in sede disciplinare⁵⁰, le Commissioni tributarie⁵¹, le Commissioni dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio brevetti e marchi⁵² ed i collegi arbitrali negli arbitrati rituali⁵³.

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1970-1984; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. SILVESTRI, XIII ed., Milano 2013, 492; M. BELLETTI, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova 2007, 421.

⁴⁵ Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, 51, la dottrina giurisprudenziale dei c.d. "limitati fini" «impone al giudice delle leggi di considerare legittimato l'accesso da parte di organi e nel corso di procedimenti, la cui natura di giudici e giudizio può non essere cristallina, sul presupposto di dare effettività al principio di costituzionalità e di sottoporre al controllo di legittimità leggi, che altrimenti più difficilmente verrebbero sindacate».

⁴⁶ Corte cost., 18 novembre 1976, n. 226 (Rel. Crisafulli), che giustifica il riconoscimento di tale legittimazione con l'esigenza sostanziale di ammettere al sindacato di costituzionalità «leggi che (...) più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte», atteso che la funzione di controllo della Corte dei conti «è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa» (punto 3 del Cons. dir.).

V. i commenti di G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti*, in *Giur. cost.*, 1976, 1985 ss., e di F. GABRIELE, *La sezione di controllo della corte dei conti quale giudice "a quo" e l'obbligo di copertura della spesa nelle leggi di delegazione*, in *Giur. it.*, 1977, n. 6, 1025 ss. Per S. PERGAMENO, *Funzione di controllo della Corte dei conti e instaurazione del processo di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1976, 2031 ss., è possibile rinvenire in tale decisione una sorta di decalogo («analogia del controllo della Corte dei conti con l'attività giurisdizionale, posizione neutrale del magistrato addetto al controllo, garanzia di mera legalità della funzione di controllo della Corte dei conti») della legittimazione a ricorrere per questioni di costituzionalità nei casi dubbi da parte di "giudici" e nel corso di "giudizi", riferibile anche ad altri possibili remittenti. V. altresì le sentenze nn. 384/1991 e 168/1992.

⁴⁷ Corte cost., 19 dicembre 1963, n. 165; 30 dicembre 1968, n. 142, e 14 giugno 1995, n. 244.

⁴⁸ Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12, nonché le sentt. nn. 196 e 289 del 1992 e l'ord. n. 356/2007.

⁴⁹ Corte cost., 15 luglio 1959, n. 43; Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46 e 21 novembre 1997, n. 345, nonché l'ord. n. 17/1999.

⁵⁰ Corte cost., 6 luglio 1970, n. 114 e 11 giugno 2001, n. 189.

⁵¹ Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 287, 3 agosto 1975, n. 215, e l'ord. 5 luglio 2002, n. 322.

⁵² Corte cost., 27 giugno 1958, n. 42; Corte cost., 10 maggio 1995, n. 158; Corte cost., 24 giugno 2002, n. 271, e 29 luglio 2005, n. 345.

⁵³ Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, con note di R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere(della Corte): notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, in

Trattasi, com'è evidente, di organi, che, pur non potendosi qualificare come organi giurisdizionali in senso tecnico, comunque svolgevano una oggettiva funzione giurisdizionale, tale da aver indotto la Consulta a riconoscerne la legittimazione quali soggetti remittenti nel giudizio costituzionale, anche se non sono mancati i dubbi di attenta dottrina in ordine alla sussistenza ed alla consistenza dei relativi «poteri decisori»⁵⁴.

In sintesi, i requisiti soggettivi ed oggettivi della giurisdizione sono stati rinvenuti dalla Consulta in «ogni organo, anche non incardinato in un ordine giurisdizionale, il quale, secondo l'ordinamento: 1)risulti legittimato a decidere definitivamente (ovvero *in via ultimale*) sull'interpretazione/applicazione di una norma; 2) sia in posizione di radicale «terzietà»; 3) giudichi nel *contraddittorio* con gli interessati»⁵⁵.

Nei precedenti sopra riportati i giudici costituzionali avevano, infatti, privilegiato, anche alternativamente, una nozione “funzionale” e “sostanziale” di “giudice” e di “giudizio”, includendo nel primo caso figure di natura non giurisdizionale (profilo soggettivo) ed equiparando a “giudizi” procedimenti, che formalmente non lo erano (profilo oggettivo)⁵⁶.

Quindi, l'analisi della giurisprudenza costituzionale, che riteneva sufficiente l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, da parte di organi pur estranei all'apparato giurisdizionale vero e proprio⁵⁷, deponeva nel senso di prefigurare, già prima della legge n. 69/2009, il Consiglio di Stato in sede consultiva, quale possibile “organo a quo”, sotto il profilo oggettivo.

A ciò si aggiunga che anche sotto il profilo soggettivo il Consiglio di Stato, che decideva il ricorso in sede consultiva con un parere obbligatorio (anche se potenzialmente non

Giur. cost., 2001, 3747 ss.; R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, 2887 ss., e, se si vuole, E. FURNO, *Corte costituzionale ed arbitrati: un nuovo “giudice a quo”?*, in *Giur. it.*, 2004, n. 2, 437 ss.

⁵⁴ R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino 2002, 36 ss.

⁵⁵ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 133.

⁵⁶ Aderiscono alla tesi estensiva della sufficienza del solo parametro oggettivo 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, IV, 232 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova 1974, 44; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., vol. II, Padova 1976, 1384-1385.

⁵⁷ V. la cit. Corte cost., 2 luglio 1966, n. 83 (Rel. Mortati). Con tale decisione la Corte, oltre ad enunciare la regola dell'alternatività fra requisiti soggettivo ed oggettivo, offre una generosa interpretazione sia dell'*autorità giurisdizionale*, comprendendovi “*organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione super partes*”, che di *giudizio*, riferito a “*procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale*” (punto 1 del Cons. dir.).

vincolante), era comunque un “giudice”, attesa la sua posizione costituzionale di giudice speciale dell’amministrazione⁵⁸.

Nonostante ciò, i giudici costituzionali, nel precedente arresto del 2004⁵⁹, avevano negato la legittimazione all’accesso al Consiglio di Stato in sede consultiva, ritenuto organo non giurisdizionale, ponendo a base della loro decisione proprio il diniego dell’esperibilità del giudizio di ottemperanza ai decreti emessi a seguito di ricorso straordinario⁶⁰ e la carenza di definitività del relativo parere, all’epoca obbligatorio, ma non ancora vincolante⁶¹.

Erano questi i nodi, cioè la impossibilità di esecuzione tramite il rimedio dell’ottemperanza e la teorica possibilità di discostarsi dal parere decisorio per rimettere la questione al Consiglio dei ministri, organo squisitamente politico, che costituivano per la Corte delle leggi un ostacolo insormontabile al riconoscimento della legittimazione di Palazzo Spada quale giudice a quo nel ricorso straordinario⁶².

In tale contesto si inseriva il legislatore del 2009, che, rendendo vincolante il parere espresso dai giudici di Palazzo Spada nel ricorso straordinario e, quindi, del tutto definitiva

⁵⁸ Sulla dualità del Consiglio di Stato nelle sue funzioni consultive e giurisdizionali v. M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell’organo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1371 ss.; G. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma 1981, 1287 ss.; A. L. TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, n. 12, 3874 ss.

⁵⁹ V. la cit. Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, che negava rilevanza al proprio precedente, con cui era stata ammessa la sindacabilità della q.l.c. sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo— in virtù della esigenza “*di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che ad esso altrimenti sfuggirebbero*”—, ma soprattutto aveva ritenuto non vincolante il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario da parte della Corte di giustizia europea “*ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, retto da norme e principi su cui la Corte di giustizia della CE, nella sentenza indicata, non ha avuto modo di pronunciarsi*” (punto 3 del Cons. dir.).

⁶⁰ All’epoca confermato dalle Sezioni unite della Cassazione n. 15978 del 18 dicembre 2001, che avevano annullato, ai sensi dell’art.111, ultimo comma, Cost., Cons. St. n. 6695/2000, che aveva a sua volta pronunciato in sede di ottemperanza per l’esecuzione di provvedimento emesso a seguito di ricorso straordinario, atteso che esso, per la sua natura di rimedio amministrativo, non può essere assimilato alle sentenze passate in giudicato.

⁶¹ Secondo Corte cost. n. 254/2004, «*questa conclusione è ineludibile qualora si noti che l’art.14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l’affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest’ultimo, per la natura dell’organo da cui promana, all’evidenza non giurisdizionale*» (parte finale del punto 3 del Considerato in diritto).

⁶² A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, cit., 103 ss. *Contra*, A. L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell’incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, reperibile anche su www.giustizia-amministrativa.it.

la decisione contenuta nel parere, a conferma della natura dichiarativa del giudizio finale⁶³, rimuoveva, quasi in via di interpretazione autentica⁶⁴, il principale ostacolo al riconoscimento dalla legittimazione del Consiglio di Stato quale giudice a quo in sede di ricorso straordinario.

L'impossibilità di "superare" il parere del Consiglio di Stato, che diventava così il fulcro della decisione finale, destinata ad essere solo formalmente emanata con decreto dal Presidente della Repubblica, consente ora alla Corte costituzionale di risolvere i problemi connessi alla imparzialità dell'organo giudicante, ormai definitivamente separato dall'organo politico⁶⁵, e di abbandonare la propria precedente giurisprudenza.

Infatti, è proprio tale revisione «la chiave che consente di spalancare, anche per il rimedio straordinario, le porte del cielo⁶⁶», avendo il legislatore riconosciuto al Consiglio di Stato in sede consultiva, stante l'intangibilità del parere reso, la facoltà di sollevare incidenti di costituzionalità⁶⁷.

⁶³ Attribuisce alla decisione finale che conclude il procedimento valore di atto meramente dichiarativo di un giudizio Cass., Sez. unite, 28 gennaio 2011, n. 2065, che tuttavia conferma la natura non giurisdizionale del rimedio in esame.

⁶⁴ Secondo L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, la revisione del 2009, «con una vera e propria interpretazione autentica dell'articolo 23 della legge n. 87 del 1953, ha confermato l'originaria natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica».

⁶⁵ Secondo Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254, il ricorso straordinario "rientrava indubbiamente tra quelli amministrativi(...) Questa conclusione è ineludibile qualora si noti che l'art.14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale"(ad finem del punto 3 del Considerato in diritto).

⁶⁶ Così F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, II ed., Roma 2012, 107, parafrasando l'espressione di M. ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3757 ss., in adesione a Corte cost. n. 376/2001.

⁶⁷ Per i dubbi di incostituzionalità della nuova disciplina per violazione, tra l'altro, della riserva di legge costituzionale in materia ex art.137 Cost., F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.giustamm.it, F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. Cds.*, 2009, 1606 ss. e N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art.69 l. 69/2009)*, in www.giustamm.it, nonché in giurisprudenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104. Secondo tale dottrina, l'art. 69 della legge n. 69/2009 sarebbe in contrasto con l'art. 137, comma 1, Cost., che pone una riserva di legge su condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia. In senso opposto, L. PLATANIA, *Ancora sulla "natura" del ricorso straordinario alla luce della l. n. 69/2009*, in www.forumcostituzionale.it, 2: «Ove si potesse riconoscere al Consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario la qualifica di giudice

Per concludere sul punto, la Corte costituzionale, prendendo atto del radicale mutamento legislativo che ha giurisdizionalizzato il ricorso straordinario⁶⁸ e dei *revirements* giurisprudenziali, riconosce, ai fini della proposizione della questione di legittimità costituzionale, il carattere di “giudice” anche alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, in modo da consentire loro l’accesso alla giustizia costituzionale.

Attenta dottrina⁶⁹ sostiene che, se la Corte nella difesa della sua interpretazione della Costituzione ha a disposizione lo strumento dell’art.136 Cost., sul terreno dell’interpretazione della legge la sua posizione è più debole, avendo talvolta dovuto abbandonare lo strumento delle sentenze interpretative di rigetto, a causa delle divergenti opinioni dei giudici ordinari e speciali, per non lasciare in circolazione testi di legge ambigui o anfibologici.

Da ciò l’accettazione e/o l’applicazione, da parte dei giudici costituzionali, della c.d. dottrina del diritto vivente, sulla scorta della interpretazione della legge indubbiata che viene comunemente seguita dalle giurisdizioni, con conseguente rinuncia a contrapporre a questa una propria interpretazione, pur se ritenuta conforme a Costituzione.

Nella specie, se il Consiglio di Stato, la Cassazione e la Corte di giustizia avevano riconosciuto al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica l’applicabilità di istituti tipici di un processo giurisdizionalizzato o comunque teso verso la giurisdizionalizzazione⁷⁰, se il legislatore era intervenuto per riconoscere alle Sezioni

che compie un giudizio, la disposizione dovrebbe essere mandata assolta».

Come noto, l’art.137, comma 1, Cost. dispone che «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale». A ciò si aggiunga che, ai sensi della legge cost. n. 1 del 1948, la sola Corte costituzionale ha la facoltà di valutare se un organo abbia o meno natura giurisdizionale, ai fini della promovibilità della questione di incostituzionalità.

⁶⁸ Premonitrice le osservazioni, in relazione alla pregressa giurisprudenza costituzionale, di N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l’«ircocervo»*, cit., 2159: «E’ in realtà il *procedimento* (*rectius*, la natura del procedimento), che specifica la *funzione*, qualificandola come giurisdizionale ogni qual volta ricorrano i requisiti essenziali, così che soltanto in tal caso l’organo giudicante può considerarsi “giudice” in senso oggettivo (indipendentemente dal suo incardinamento organico nella magistratura). In altre parole è il “*giudizio*” che fa il “*giudice*”, visto che l’attività di applicazione obiettiva e definitiva della legge è una condizione necessaria ma non sufficiente per integrare la legittimazione ai fini dell’instaurazione del giudizio costituzionale».

⁶⁹ S. BARTOLE, *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, cit., 481.

⁷⁰ Preme evidenziare che ora l’art.112, lett. b), del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) consente l’esperibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni emesse a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato. Le innovazioni legislative avevano preso avvio già dall’art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che, nel riformare il processo cautelare dinanzi al giudice amministrativo, aveva esteso anche all’ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato la facoltà di ottenere, allegando danni gravi ed irreparabili, la sospensione del provvedimento impugnato. Tale

consultive di palazzo Spada la facoltà di sollevare l'incidente di costituzionalità, non poteva la Corte costituzionale non prendere atto di ciò, dando riscontro del superamento della propria precedente impostazione.

Ma la sentenza n. 73/2014 della Corte non è frutto solo di un approccio pragmatico dei giudici costituzionali al mutare del quadro ordinamentale e del contesto giurisprudenziale⁷¹, in quanto tale decisione rappresenta una meritoria e significativa apertura della giurisprudenza costituzionale verso il prepotente insorgere di un nuovo giudice a quo, nel tentativo di ampliare *quam maxime* le vie di accesso alla giustizia costituzionale.

* Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università "Federico II" di Napoli - e.mail: erik.furno@unina.it

sospensione è disposta con atto motivato del ministero competente ai sensi dell'art.8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato.

⁷¹ Occorre, infine, ricordare che la Corte costituzionale, con sentenza n. 265 del 13 novembre 2013, aveva già riconosciuto la legittimazione delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione, a sollevare questione di costituzionalità in forza del nuovo testo dell'art.13, primo comma, del d.P.R. n. 1199/1971, come modificato dall'art.69, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, senza, però, esprimersi in modo esplicito sulla costituzionalità della disposizione.