



I Direttori di questa rivista sono amici e colleghi che insegnano nell'Università italiana. Vincitori del medesimo concorso di ordinario in diritto amministrativo, si sono incontrati il primo giugno del 1990 e si sono ritrovati a condividere una comune idea di libertà nella ricerca della verità, costituendo su questo fondamento il «Gruppo di San Giustino». Essi si propongono oggi come i direttori di questa Rivista che intende affrontare i temi più attuali e

rilevanti del diritto e del processo amministrativo, con un approfondimento che consenta di avere un panorama completo della giurisprudenza e della dottrina, divenendo strumento essenziale per i teorici e per i pratici.

L'idea fondante del gruppo di San Giustino permane quella che in ogni uomo sono presenti «semi di verità», per cui la rivista rappresenta uno spazio culturale aperto a tutti per un confronto in un libero dibattito, con un'attenzione particolare verso i giovani studiosi.

9916273000

2
16

Diritto e processo amministrativo

Diritto e processo amministrativo

www.edizioniesi.it



Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone, 7
Finito di stampare nel mese di giugno 2016

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli

ISSN 1971-6974



Edizioni Scientifiche Italiane

PAOLO TANDA

L'ADUNANZA PLENARIA AFFERMA LA PORTATA
NON RETROATTIVA DELL'ACQUISIZIONE
– AD OPERA DELLA LEGGE N. 69/2009
E DEL COD. PROC. AMM. – DELLA NATURA
SOSTANZIALMENTE GIURISDIZIONALE
DEL RICORSO STRAORDINARIO
AL CAPO DELLO STATO

SOMMARIO: 1. Considerazioni critiche sulla decisione n. 7/2015 dell'Adunanza Plenaria favorevole alla portata non retroattiva dell'acquisizione – ad opera della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm. – della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 2. È costituzionalmente legittimo un intervento legislativo caducatorio di decreti decisori di ricorsi straordinari antecedenti alla legge n. 69/2009? – 3. L'ondivago processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 4. Gli argomenti a favore della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario e la teoria contraria. – 5. In particolare, le presunte violazioni dei principi del contraddittorio e del giusto processo. – 6. L'attuale ambito di operatività del ricorso straordinario: considerazioni critiche. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Su sollecitazione della IV Sezione del Consiglio di Stato¹, l'A-

¹ L'ordinanza n. 5506 del 4 novembre 2014 della IV Sezione del Consiglio di Stato ha posto alla Plenaria il quesito: «se anche i decreti decisori di ricorsi straordinari resi allorché il parere obbligatorio del Consiglio di Stato in sede consultiva non era *ex lege* vincolante (ed ancorché in concreto esso non sia stato disatteso dall'Autorità decidente) siano eseguibili con il rimedio dell'ottemperanza ed integrino “giudicato” sin dal momento della loro emissione ovvero se tale qualità sia da riconoscere esclusivamente ai decreti decisori di ricorsi straordinari che (a prescindere dall'epoca di proposizione dei ricorsi medesimi) siano stati resi allorché il parere obbligatorio del Consiglio di Stato in sede consultiva era stato licenziato in epoca successiva alla entrata in vigore della legge n. 69/2009 (e, quindi rivestiva portata vincolante)».

dunanza Plenaria con la decisione n. 7/2015 torna, dopo poco più di due anni, ad interessarsi del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, affrontando specificamente la questione se possa o meno essere riconosciuta portata retroattiva all'intervenuta acquisizione di natura sostanzialmente giurisdizionale da parte del ricorso straordinario.

In merito l'Adunanza Plenaria, nell'optare per la soluzione negativa, arriva ad affermare l'importante principio secondo cui prima delle note riforme, introdotte con la l. n. 69/2009 e col cod. proc. amm. (v. *infra*), al decreto decisorio del ricorso straordinario non può essere riconosciuta valenza giurisdizionale e, quindi, capacità di resistere all'eventuale intervento caducatorio del Legislatore. In altri termini, il principio dell'intangibilità della *res iudicata* è riferibile solo alle decisioni adottate in sede di ricorso straordinario dopo la riforma attuata con la l. n. 69/2009, poiché prima di tale riforma al rimedio in esame deve attribuirsi natura amministrativa e non giurisdizionale², con tutte le intuibili conseguenze in tema di formazione del giudicato.

² Cfr. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, 1285 ss.; CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Atti del Convegno – Roma 9 ottobre 2014, a cura di Tanda, Torino, 2014, 74 ss.; CANTUCCI, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 167 ss.; CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2014; D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3224 ss.; FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno, n. 69*, Roma, 2013; FRENI, *L'amministrazione giudiziale nel prisma della Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184 ss.; FURNO, *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!*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 90 ss.; FURNO, *La Corte costituzionale suggella la c.d. giurisdizionalizzazione sostanziale del ricorso straordinario con una decisione che apre nuovi interrogativi*, in *www.giustamm.it*, 2014; IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, 623; IMMORDINO, IOVINO, SAL-

L'Adunanza Plenaria propende per la sopraindicata portata non retroattiva sulla base della «decisiva considerazione che la valenza so-

SANO, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: cenni storici e linee evolutive*, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 182; MASTRACOLA, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 104 ss.; MARTIRE, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, III, 191 ss.; MARUOTTI, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *www.giustamm.it*, 2011; MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 105 ss.; G. GIOVANNINI, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 55 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa; il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; GIRELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed eccezione di costituzionalità*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 190 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2014; POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it*, 2014; QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2010; ROVELLI, *Nuove prospettive del ricorso straordinario: l'irrocervo prende forma?*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 65 ss.; SANTACROCE, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 3 ss.; F.G. SCOCA, *Intervento conclusivo in Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 112 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.; F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 5 ss.; SORICELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 197 ss.; TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Federalismi.it*, 2014; TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Atti del Convegno – Roma, 2 ottobre 2014, Torino, 2015; TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 119 ss.; TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. – CdS*, 2008, 11; URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il ricorso straordinario al*

stanzialmente giurisdizionale del *decisum* è ora fondata sulla riconduzione, già in astratto, della paternità esclusiva della decisione all'autorità giurisdizionale».

Conseguentemente, il Legislatore non può assolutamente incidere sui decreti decisori successivi alla legge n. 69/2009, mentre per quelli precedenti deve essere riconosciuta all'autorità amministrativa la possibilità di porsi, attraverso un aggravamento procedurale, in avviso contrario rispetto a quanto contenuto nel parere del Consiglio di Stato. Insomma, secondo la Plenaria solo nel primo caso deve ritenersi sussistente uno sbarramento ad un eventuale intervento caducatorio del Legislatore.

Tuttavia, l'esclusione di tale sbarramento per i decreti decisori anteriori alla legge n. 69/2009 non sembra così scontata: infatti, le considerazioni relative alla «riconduzione, già in astratto, della paternità esclusiva della decisione all'autorità giurisdizionale», poste a fondamento del succitato assunto da parte dell'Adunanza Plenaria, possono ritenersi valide anche per i decreti decisori adottati in sede di ricorso straordinario prima della succitata novella, poiché anche prima di tale riforma sussistevano molteplici argomenti per sostenere nell'ambito in esame la sostanziale riconducibilità della paternità della decisione all'autorità giurisdizionale e non a quella amministrativa.

In altre parole, ad avviso di chi scrive, ancor prima delle modifiche apportate con la legge n. 69/2009³ ed in special modo già dal-

Capo dello Stato, cit., 136 ss.; VIOLA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 715 ss.

³ Con riferimento alla "giurisdizionalizzazione", così come emerge dalle modifiche introdotte dalla l. n. 69/2009, FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 61 ss., ritiene che sussistano problemi di costituzionalità. Anzitutto perché a fronte di un rimedio giurisdizionale rimarrebbero comunque anomalie tali da non poter ritenere adeguatamente assicurate tutte le garanzie che, invece, in un'ottica – di fatto acquisita nella giurisprudenza costituzionale – sono insite negli artt. 24 e 113 Cost., soprattutto in relazione alla possibilità di replicare alle deduzioni ed eccezioni formulate da amministrazioni resistenti e da controinteressati. Non pochi, poi, sono i dubbi che l'Autore pone in relazione all'art. 100 Cost. Secondo MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 10-11, «più garanzie vi sono, anche se non del tutto soddisfattive, meglio è: tanto più che la omologazione al ricorso giurisdizionale in punto di garanzie

l'art. 15 d.P.R. n. 1199/1971 (secondo il quale i decreti del Presidente della Repubblica che decidono i ricorsi straordinari possono essere impugnati per revocazione nelle ipotesi di conflitto di giudicati indicate nell'art. 395 del cod. proc. civ.) si poteva desumere la natura sostanzialmente giurisdizionale del parere emesso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario⁴.

Non a caso, come è stato evidenziato da autorevole dottrina, l'istituto della revocazione costituisce il rimedio tipico degli atti giurisdizionali. In particolare, le motivazioni che giustificano la revocazione, anche di fronte ad una sentenza passata in giudicato, vengono individuate «in quelle stesse ragioni di opportunità pratica che giustificano la cosa giudicata la quale, come è noto, non ha alcun carattere di absolutezza e di necessità, ma si spiega soltanto con la ra-

dopo la recentissima novella è in gran parte acquisibile in via interpretativa. D'altra parte la maggiore estensione del termine per ricorrere e il minor costo fanno sì che il ricorso straordinario non andrà mai in disuso, anche se non mancano tendenze ridimensionatrici».

⁴ Le considerazioni indicate nel testo vengono sviluppate anche da Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464. Tale sentenza sottolinea come sia mutato il quadro normativo di riferimento rispetto alla disciplina dell'istituto di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sui procedimenti in materia di ricorsi amministrativi «il cui art. 15 peraltro – può già notarsi – prevedeva la revocazione della decisione sul ricorso straordinario nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. e quindi anche per conflitto di giudicati; ciò che poteva già indurre a ritenere che il parere emesso dal Consiglio di Stato sul ricorso straordinario e la conseguente conforme decisione del Presidente della Repubblica avessero natura sostanzialmente giurisdizionale atteso che l'istituto della revocazione è il rimedio tipico degli atti giurisdizionali». Si pone, tuttavia, in senso contrario G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 3-4, secondo cui la revocazione ex art. 15 d.P.R. n. 1199/1971 da un lato è prevista anche per le decisioni dei ricorsi gerarchici e per gli altri rimedi di carattere giustiziale, la cui natura amministrativa non è stata mai revocata in dubbio, dall'altro lato è disciplinata come un rimedio amministrativo nei confronti della decisione del ricorso straordinario. Rileva, inoltre, l'A. che, applicando al ricorso per revocazione le norme dettate per la disciplina del ricorso straordinario (art. 15, comma 3), il ricorso per revocazione va presentato al ministero cui fa capo il Ministro che ha controfirmato il decreto decisorio: «la revocazione, dunque, non può essere richiesta al giudice amministrativo ma va proposta nei riguardi del decreto di decisione del ricorso anche se i vizi ineriscano non al decreto stesso ma al parere espresso dal Consiglio di Stato». Per una critica a tale ricostruzione teorica si rinvia a quanto riportato nel testo.

gione dell'utilità sociale di porre un limite alla discutibilità del deciso»⁵. Del resto, l'alterità del giudice in sede di rinvio prosecutorio altro non è che l'applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, che ha pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo⁶.

⁵ Così testualmente ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962, II, *Del processo di cognizione*, 327, V ed., aggiornata a cura di C. Vocino. È interessante notare che V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, vol. XVI, Firenze, 1925, 405-406, in relazione al problema dell'individuazione del carattere giurisdizionale o meno delle attribuzioni conferite al Consiglio di Stato, ha affermato che l'unico criterio per risolvere tale «intricatissimo» problema può desumersi «dalla natura delle decisioni in quanto l'organo sarà giurisdizionale, quando l'atto di esso abbia l'efficacia di cosa giudicata». Lo stesso Autore esclude che possa rilevare «il criterio dell'organo, investito di siffatta competenza, perché pur essendo vero che in generale il diritto italiano ha affidato l'esercizio della giurisdizione al potere giudiziario, non è men vero che ci sono dei casi in cui essa è stata deferita ad organi amministrativi. E neppure poteva dirsi decisiva la forma del procedimento, la quale non può influire sulla sostanza; nulla vieta che le garanzie esteriori di un procedimento contenzioso siano applicate all'esercizio di poteri puramente amministrativi. Rimaneva il criterio della materia su cui cade la competenza (diritto subiettivo o interesse), in quanto non può darsi giuridicamente che non verta su diritti soggettivi. Però, dato il punto di vista della questione, questo elemento si risolveva in una petizione di principio, poiché era proprio dal dubbio intorno a una possibile materia di competenza che si muoveva per ricercare se giurisdizionali fossero le qualità del decidente. E, del resto, anche un semplice ricorso gerarchico, se può avere per oggetto un interesse, nulla esclude che riguardi un vero e proprio diritto del ricorrente, nel qual caso si avrà una pronuncia che cadrà su un diritto, ma non sarà giurisdizionale».

⁶ Cfr. Corte cost., 21 marzo 2002, n. 78; Corte cost., 3 luglio 2002, n. 305; Corte cost., 22 luglio 2003, n. 262. È stato osservato che, se la domanda di revocazione è accolta, è pronunciata la revocazione (rescissa la sentenza impugnata) e la sentenza stessa con un unico atto può decidere il merito della causa (*rescissorium*) se non occorre ulteriore istruzione; se, invece, occorre ulteriore istruzione, la revocazione è pronunciata con sentenza e la causa è rimessa all'istruttore con ordinanza: cfr. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, X ed. ampliata da C. Punzi, 543. Quanto agli effetti della decisione emessa ex art. 402 c.p.c., vi è una contrapposta tendenza ad individuare nella sentenza di revocazione o una scissione tra *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium* (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, II, 149; COLESANTI, *Sentenza civile (revocazione)*, *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969, 431; PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, 112; GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1952, 431; in

In altri termini, si può fondatamente ritenere il succitato art. 15 esplicazione della tradizionale regola dell'alternatività circa la natura giurisdizionale delle decisioni straordinarie (in quanto tali non impugnabili presso altre autorità).

Di non minore rilievo nell'ambito in esame è la circostanza che già la sentenza della Corte di Giustizia del 16 ottobre 1997 (cause riunite C-69/96 e 79/96) aveva ritenute ammissibili le questioni di interpretazione di norme comunitarie, sollevate in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato, riconoscendo natura di giudice nazionale a detto organo anche in tale sede⁷.

giurisprudenza, cfr. Cass., 28 ottobre 1976, n. 3961; Cass., 29 maggio 1971, n. 1602) o un contenuto tipico di pronuncia sull'ammissibilità dell'impugnazione (ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, 66 ss.; REDENTI, *Diritto processuale*, II, Milano, 1957, 499; in giurisprudenza cfr. Cass., 24 ottobre 1970, n. 2131).

⁷ È opportuno precisare come sia stato sancito dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, 16 ottobre 1997 – cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Cons. Stato*, 1997, II, 86 – che il Consiglio di Stato costituisce una “giurisdizione”, in quanto tale legittimata – come detto nel testo – al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE. In particolare, la Corte di Lussemburgo, dopo una generale ricognizione sui requisiti giurisdizionali, ha individuato una sorta di “parallelismo” tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale sulla base dei seguenti profili: 1) l'«equivalente» oggetto della domanda (l'annullamento dell'atto impugnato); 2) le condizioni «identiche» per esperire l'uno o l'altro rimedio; 3) i «medesimi» motivi. Sono state, inoltre, evidenziate la garanzia del contraddittorio e, più in generale, l'alternatività dei due rimedi «dotati delle comuni caratteristiche giurisdizionali fondamentali». Si definisce, poi, il Consiglio di Stato come organo «permanente, imparziale, indipendente», organo che esercita la propria funzione consultiva, apprestando il progetto di decisione «esclusivamente» attraverso una attività di obiettiva applicazione della legge. Su tali presupposti Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2650, ha attribuito «forza vincolante» alla qualificazione della Corte di Giustizia, affermando che dalla natura giurisdizionale del parere «non può non derivare, quale riflesso necessario, l'intangibilità del suo contenuto decisionale e quindi la sua suscettibilità ad acquistare forza di giudicato»: in definitiva, si ritiene che il provvedimento finale del Capo dello Stato sia qualificabile come l'estrinsecazione finale di un momento decisionale concretizzatosi «al di fuori della fase amministrativa della procedura». Invece, Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2448, ha rilevato – nel dichiarare il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza di una decisione su ricorso straordinario – che la Corte di Giustizia europea può legittimamente desumere la qualità di “giudice” di un organo dall'a-

A ciò si aggiunga che già con l'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, era stata formalmente estesa al ricorso straordinario la tutela cautelare sospensiva⁸, con la conseguenza non solo di

analisi delle norme comunitarie solo in funzione dell'individuazione dei soggetti ammessi a sottoporle questioni in via pregiudiziale. All'opposto, la figura di organo giurisdizionale rilevante ai fini del ricorso straordinario deve essere ricavata dalle sole disposizioni di diritto interno. In merito FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, 2003, 4180, ha osservato come sia del tutto ingiustificato «desumere, dalla qualificazione data, ai propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato, la riprova dell'intervenuto acquisto da parte dell'organo consultivo, anche nell'ordinamento giuridico di appartenenza, di poteri decisori che non competono e che il suddetto ordinamento non gli ha mai attribuito».

⁸ Bisogna evidenziare che, in relazione alle misure cautelari, nell'ambito in esame il d.P.R. n. 1199/1977 nulla prevede: in effetti, l'introduzione della fondamentale tutela cautelare è stato il frutto dell'elaborazione del Consiglio di Stato in sede consultiva. Il Legislatore ancora una volta ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale con la l. n. 21 luglio 2000, n. 205, che all'art. 3, comma 4, ha previsto espressamente, anche nel procedimento relativo al ricorso straordinario al Capo dello Stato, la misura cautelare più classica del giudizio per impugnazione: la sospensione dell'atto impugnato. Essa presuppone – come è noto – un'istanza del ricorrente che alleggi la derivazione causale di danni gravi ed irreparabili in dipendenza dell'esecuzione dell'atto impugnato (c.d. *periculum in mora*). La misura cautelare sospensiva viene adottata con atto motivato dal Ministro competente e, naturalmente, così come avviene per la decisione definitiva, su conforme parere del Consiglio di Stato. Le uniche indicazioni fornite dalla succitata disposizione, relativamente al procedimento da seguire in sede cautelare, attengono al soggetto (il «Ministero competente ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 1199/1971») che può disporre la sospensione del provvedimento impugnato. La lacunosità del dato normativo ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che, dovendosi il procedimento cautelare incardinare davanti al Consiglio con termini e procedure analoghi a quelli previsti per la questione di merito, è conseguentemente impossibile decidere l'incidente prima della ricezione della relazione istruttoria dell'amministrazione con i relativi allegati. Invece, un diverso orientamento giurisprudenziale formatosi dopo l'entrata in vigore della l. n. 205/2000, il quale privilegia esigenze sostanziali di una effettiva tutela cautelare a prescindere dai tempi indicati dal d.P.R. n. 1199/1971, ha affermato che, nell'ambito in esame, il Consiglio di Stato è investito dei poteri cautelari a seguito del deposito all'ufficio ricorsi (da parte del ricorrente) di una copia del gravame, con la prova sia della regolare presentazione dello stesso ai sensi dell'art. 9 d.P.R. n. 1199/1971 sia della previa notifica ad almeno uno dei controinteressati. Il codice del processo amministrativo all'art. 48, comma 2, chiarisce che le pronunce sull'istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del ses-

positivizzare una consolidata prassi⁹, ma anche di introdurre un sub-procedimento cautelare, che, per la relativa natura strumentale, consentiva – già prima della l. n. 69/2009 – di prefigurare un “giudizio” principale¹⁰.

Quanto sopra accennato induce a ritenere che la regolamentazione del ricorso straordinario, contenuta nell'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, possa essere inquadrata come una sorta di interpretazione autentica della disciplina previgente, che già allora, lasciando intendere la natura sostanzialmente giurisdizionale dell'istituto in esame¹¹,

santesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio. Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al Tribunale Amministrativo Regionale. Si ritiene che sia ammissibile anche la tutela cautelare atipica, ma non quella *ante causam* per effetto delle esigenze di particolare celerità legate a quest'ultima: così anche DE LISE e CARINGELLA nelle rispettive relazioni tenute al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

⁹ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 3 maggio 1991, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 533, con nota di GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, *ivi*, 548. Per un interessante approfondimento su tale aspetto si rinvia a IMMORDINO, *op. cit.*, 638.

¹⁰ Rileva BENETAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit., 49 (nt. 129), che un'ulteriore differenza tra il rimedio in esame ed il ricorso giurisdizionale sta nelle misure cautelari: infatti, in sede di ricorso straordinario è prevista la sola misura cautelare della sospensione del provvedimento impugnato, mentre la cautela giudiziale, come noto, a seguito della medesima legge n. 205/2000, non è più limitata alla sospensione, ma comprende tutte le misure – inclusa anche l'ingiunzione al pagamento di una somma di denaro – che appaiono più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della sentenza. La stessa Autrice, poi, evidenzia i limiti connessi al regime di impugnabilità della decisione resa sul ricorso straordinario: tale decisione, al di fuori dei casi in cui il ricorso non sia stato notificato al controinteressato, può essere impugnata innanzi al giudice amministrativo soltanto per “vizi di forma o di procedimento” (*errores in procedendo*) concernenti esclusivamente momenti del procedimento successivi alla emanazione del parere da parte del Consiglio di Stato. In merito cfr. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, cit., 641-642; CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, in *questa rivista*, 2012, 196. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 3 maggio 1991, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 533, con nota di GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, *ivi*, 548.

¹¹ Propende, invece, per la natura amministrativa dell'istituto in esame BENE-

poteva consentire la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di costituzionalità.

Conseguentemente, sembra non meritevole di accoglimento la citata decisione della Plenaria nello specifico punto in cui afferma che il ricorso straordinario «non è stato interessato da una revisione interpretativa di portata retroattiva, ma da una riforma sostanziale ontologicamente inidonea a incidere in senso modificativo sulla natura giuridica dei decreti presidenziali adottati in un contesto normativo in cui la decisione, pur esibendo nel suo nucleo essenziale la connotazione di statuizione di carattere giustiziale, non poteva ancora considerarsi espressione di ‘funzione giurisdizionale’ nel significato pregnante dell’art. 102 Cost., comma 1, e art. 103 Cost., comma 1».

2. – Dopo aver affermato la sopraindicata natura irretroattiva della

TAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit. 50, secondo cui sostenere la natura amministrativa del ricorso straordinario non significa svuotare di significato la riforma indicata nel testo: la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità e il rafforzamento del ruolo decisorio del Consiglio di Stato hanno “irrobustito” la funzione giustiziale di un rimedio diretto alla imparziale applicazione del diritto. Nello stesso senso si pone anche l’estensione del rimedio dell’ottemperanza alle decisioni rese in sede di ricorso straordinario. In pratica, il ricorso straordinario ed il ricorso giurisdizionale pur non essendo identici tra loro, sono assimilabili sotto il profilo della effettività: «del resto, se i due rimedi fossero disciplinati in maniera perfettamente identica, il ricorso straordinario sarebbe un “doppione” inutile del ricorso giurisdizionale e non verrebbero valorizzate le differenze tra di essi» (*op. cit.*, 51). La stessa Autrice conclude auspicando «un intervento normativo che chiarisca e completi la disciplina stessa, al fine di eliminarne alcune evidenti criticità, senza, però, privare il ricorso straordinario di quegli elementi distintivi che lo rendono un importante strumento di deflazione del contenzioso». Nello stesso senso della natura amministrativa del rimedio in esame cfr. D’ORO, *L’esperibilità del ricorso di ottemperanza per l’attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *questa rivista*, 2012, 374-375 e CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, cit., 202-203, secondo cui la mancanza di una discussione orale da un lato e dall’altro «la perdurante non eseguibilità del rimedio dell’ottemperanza, la particolare segretezza della fase istruttoria e, in special modo, l’affidamento di quest’ultima alle cure del solo Ministro competente, inducono a non poter ancora riconoscere nel ricorso straordinario al Capo dello Stato una effettiva e compiuta espressione della funzione giustiziale della pubblica amministrazione».

novella n. 69/2009, l'Adunanza Plenaria n. 7/2015 si pone – in relazione ai decreti decisori di ricorsi straordinari antecedenti a tale novella – il problema dell'ammissibilità di un intervento legislativo caducatorio con effetti retroattivi¹².

La questione sarebbe stata risolta a monte se la Plenaria avesse riconosciuto alla citata novella valenza retroattiva (v. *retro*). Poiché, invece, tale riconoscimento non c'è stato, non può non ritenersi applicabile ai decreti decisori di ricorsi straordinari anteriori alla legge n. 69/2009 la disciplina della CEDU, che prevede l'assoluta intangibilità anche delle decisioni amministrative caratterizzate da una decisione definitiva¹³.

Questo comporta un possibile contrasto tra le disposizioni CEDU e l'ordinamento italiano che non prevede un'analoga incisiva tutela, con tutti i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale della norma¹⁴ che vanifichi gli effetti di una decisione di giustizia, in relazione alla quale, sebbene non *stricto sensu* giurisdizionale¹⁵, devono comunque garantirsi livelli minimi sotto il profilo dell'effettività e della pienezza della tutela, oltre che dell'intangibilità dell'affidamento ragionevole e legittimo assicurato dall'esito del giudizio¹⁶.

¹² È utile ricordare che la norma cui fa riferimento la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in commento è l'art. 50, comma 4, della legge n. 388/2000, la quale, in materia di oneri del personale statale, prevede che «perdono ogni efficacia i provvedimenti e le decisioni di autorità giurisdizionali comunque adottati difformemente dalla predetta interpretazione dopo la data suindicata. In ogni caso non sono dovuti e non possono essere eseguiti pagamenti sulla base di tali decisioni o provvedimenti». Tale norma produce chiaramente effetti anche su decreti decisori di ricorsi straordinari indicati nel testo, ed anzi – come afferma l'ordinanza della Plenaria in commento – «produce il travolgimento di una decisione alternativa di giustizia che, pur non avendo carattere schiettamente giurisdizionale, risolve in modo definitivo e inoppugnabile una controversia».

¹³ In tal senso l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 14 luglio 2015.

¹⁴ La norma a cui si fa riferimento nel testo è l'art. 50, comma 4, legge n. 388/2000.

¹⁵ Proprio come nel caso dei decreti decisori precedenti alla legge n. 69/2009.

¹⁶ Così l'Adunanza Plenaria n. 7/2015, la quale sul punto sottolinea che «sono di dubbia compatibilità con la giurisprudenza CEDU, in punto di garanzia della piena tutela giurisdizionale e del giusto processo, le limitazioni legislative che pregiudicano l'effettività di tale rimedio vanificandone gli esiti definitivi». Inoltre, l'A-

L'Adunanza Plenaria, in particolare, sottolinea come il legittimo affidamento del ricorrente vittorioso (in ordine all'immodificabilità dell'assetto di interessi contenuto nella decisione favorevole) viene tutelato, in ambito comunitario ed europeo, secondo un'ampia accezione di "giurisdizione", valorizzando la definitività della decisione e l'essenza giustiziale della funzione.

Devono escludersi in tale ambito norme retroattive sfavorevoli, che estendano l'applicabilità di una norma interpretativa a precedenti decisioni irrevocabili.

Da tutto questo si desume che la previsione, nell'ambito dell'ordinamento italiano, di una legge provvedimento che arrivi a caducare decisioni definitive, anche se non propriamente giurisdizionali, rappresenta una chiara rottura rispetto all'ordinamento convenzionale europeo, che, per effetto dell'interpretazione fornita dalla Corte Europea degli artt. 6 e 13 della CEDU, detta – rispetto all'ordinamento italiano – un superiore *standard* di tutela, stabilendo l'intangibilità anche delle decisioni amministrative «caratterizzate da una *judicial review*, come tali *equated to a Court decision*»¹⁷.

D'altronde, è pacifico il principio della prevalenza delle norme CEDU che disegnano forme di tutela superiori rispetto alle Costituzioni nazionali¹⁸.

Si tratta, come è facilmente intuibile, di criteri ermeneutici che non possono non essere applicati pure alla decisione adottata in sede di ricorso straordinario, la quale, anche prima della legge n. 69/2009, era caratterizzata dall'irrevocabilità e dalla insindacabilità da parte di ogni altra autorità amministrativa e giurisdizionale¹⁹.

dunanza Plenaria esprime ulteriori dubbi di costituzionalità, ritenendo che un potere «atipico rispetto al novero dei poteri amministrativi tipizzati, diretto a incidere in via retroattiva e in senso sfavorevole sulle posizioni consolidate per effetto di decisioni irreversibili» come quello previsto dall'art. 50 cit. (che, appunto, caduca decisioni ormai definitive) possa violare il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) ed il canone di ragionevolezza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), senza, peraltro, una sufficiente né idonea giustificazione sotto il profilo dei motivi di interesse generale.

¹⁷ Espressione testuale della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

¹⁸ Cfr. la pronuncia di Corte cost. n. 311/2009.

¹⁹ Così Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 18 settembre 2003, C-292/01; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 dicembre 2009, C-303/08.

Sulla base delle sopraindicate considerazioni l'Adunanza Plenaria n. 7/2015 ritiene che sussistano dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 50, comma 4, ultimi due periodi, della legge n. 388/2000, nella parte in cui tale norma travolge gli effetti di una decisione definitiva di giustizia che, secondo i parametri convenzionali, va equiparata a una decisione giurisdizionale per quanto riguarda l'effettività e la pienezza della tutela, oltre che per l'intangibilità del legittimo affidamento prodotto dall'esito del giudizio.

In particolare la Plenaria, conformemente alla propria precedente pronuncia n. 2 del 4 marzo 2015, esclude di potere far ricorso alla disapplicazione e solleva – in relazione agli artt. 3, 97 e 117, primo comma, Cost. – la questione di legittimità costituzionale del sopraindicato art. 50, comma 4, nella parte in cui questa norma, prevedendo la retroattività dell'abrogazione dell'art. 4, nono comma, della legge 6 agosto 1984, n. 425, sancisce che tale abrogazione possa caducare anche posizioni individuali già riconosciute mediante decisioni definitive adottate in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

L'auspicio è che il futuro intervento della Corte costituzionale riesca a dissipare definitivamente i residui dubbi, che ancora oggi rimangono²⁰, sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

D'altronde, nonostante l'Adunanza Plenaria affermi che «la tendenziale assimilazione del ricorso straordinario a un rimedio schiettamente giurisdizionale è stata ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 marzo 2014 n. 73», deve rilevarsi che in tale sentenza la Consulta – anche se ha sancito l'incontrovertibile superamento della

²⁰ F.G. COCA, Intervento conclusivo in *“Il ricorso straordinario al Capo dello Stato”*, cit., 112 ss.; CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, ivi, 74 ss.; MASTRACOLA, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 104 ss.; MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 105 ss.; URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 136 ss.; SORICELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?*, ivi, 197 ss.; CONTI, *L'azione risarcitoria nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 209 ss.

ricostruzione del ricorso straordinario come rimedio di natura amministrativa ed ha chiarito come, quello che nella forma è un parere, nella sostanza abbia carattere di vera e propria decisione – qualifica il ricorso straordinario come “rimedio giustiziale”²¹, avente natura di strumento di risoluzione di conflitti alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario²².

In senso contrario, però, non può non eccepirsi che, se il parere vincolante del Consiglio di Stato ha acquisito «carattere di decisione»²³, tale espressione non può avere altro significato che il provvedimento adottato in sede straordinaria dal C.d.S. è solo formalmente un parere, ma sostanzialmente è – appunto – una decisione e, quindi, un atto espressione dell’esercizio di una funzione non amministrativa (*rectius* consultiva) ma sostanzialmente giurisdizionale. Fare riferimento, invece, al concetto di “rimedio giustiziale” sembra essere una sorta di *contradictio in terminis*, anche perché tale rimedio è ritenuto dalla stessa Consulta «sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”», pur se con alcune limitazioni. Quest’ultima testuale espressione, poi, sembra avvalorare – nell’ambito in esame – la teoria della “giurisdizionalizzazione sostanziale”²⁴, che è evidentemente incompatibile con la qualifica del ricorso straordinario come “rimedio giustiziale”. Insomma, quello assunto dalla Corte costituzionale è stato un atteggiamento forse troppo cauto, che non ha consentito di portare a totale compimento le condivisibili premesse (da un lato, riconoscimento del carattere di vera e propria decisione del provvedimento del Consiglio di Stato – che formalmente è un parere –, dall’altro lato, definitivo superamento della natura amministrativa del rimedio in esame)

²¹ Nello stesso senso si collocano anche CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, cit., 17, e POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4.

²² La sentenza n. 73/2014 della Consulta indicata nel testo parla anche – in relazione al ricorso straordinario – di “rimedio giustiziale” contraddistinto solo in parte da caratteristiche strutturali e funzionali assimilabili a quelle del processo amministrativo, con conseguente attrazione del ricorso straordinario nell’ambito della giurisdizione limitatamente – però – ad alcuni profili.

²³ In questi termini Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.

²⁴ In tale direzione si colloca anche POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4.

da cui la sentenza n. 73/2014 è partita. Tali considerazioni avrebbero dovuto indurre la Consulta a prendere una netta presa di posizione a favore della teoria della natura sostanzialmente giurisdizionale, come fatto anche dall'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio relativo alla succitata sentenza n. 73/2014.

Conseguentemente, visto che con tale pronuncia si è probabilmente persa un'importante occasione (che, come detto, è auspicabile non perda anche il futuro intervento del Giudice delle leggi sollecitato dall'Adunanza Plenaria n. 7/2015) per fare definitiva chiarezza sulla natura giuridica del ricorso straordinario, può essere utile, ora, accennare all'annosa questione relativa alla natura giuridica di quest'ultimo, questione che non sembra essersi sopita né con l'inconsueta convergenza su tale aspetto tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁵ e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁶ né con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale.

3. – Fortemente ondivago è stato, nel tempo, il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario²⁷, nel senso che i quasi

²⁵ Cass. S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *www.giustamm.it*.

²⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Giur. it.*, 2013, n. 11, 2374 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro it.*, 2012, III, 629.

²⁷ Per un eventuale approfondimento sia consentito rinviare al par. 2 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014. È opportuno, comunque, in sintesi ricordare che il rimedio in esame ha le proprie radici nel Regno di Sardegna e, in particolare, nell'art. 3, cap. III, titolo II, libro III delle Costituzioni piemontesi del 1723 («Le suppliche che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le Nostre determinazioni»). Inizialmente il ricorso straordinario era proiettato più verso un rimedio giudiziario che verso uno di natura spiccatamente amministrativa: espressione di tale situazione era, tra l'altro, la limitazione della cognizione dell'istituto in esame alle sole questioni di legittimità con esclusione di quelle di merito. Queste caratteristiche rimasero inalterate fino all'avvento nel regno sabauda della monarchia costituzionale, in relazione alla quale l'ampio potere decisionario del Re (afferente al ricorso straordinario) si collocava in una posizione di sostanziale incongruenza. Ciò determinò la necessità di alcuni adeguamenti concretizzati nell'introduzione di elementi di garanzia per il ricorrente. Infatti, con la legge del Regno di Sardegna 30 ottobre 1859, n. 3707 (sul «Riordinamento del Consiglio di Stato», istituito da Carlo Alberto nel 1831) venne

trecento anni di quest'ultimo sono stati caratterizzati da fasi alterne ed incerte che, come un pendolo, sono oscillate tra una posizione favorevole all'ampliamento della portata del rimedio in esame ed una propensione addirittura alla totale eliminazione²⁸ di un rimedio da qual-

emanata un'articolata disciplina del rimedio in esame, sancendo l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato in ordine al ricorso straordinario al Re e differenziandolo dal ricorso al Re in via gerarchica. In seguito, la sopraindicata legge n. 3707/1859 venne sostanzialmente riprodotta, con qualche modificazione, nella citata legge unificatrice del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D, prevedendo lo specifico obbligo di sentire il Consiglio dei Ministri ove si intendesse adottare un provvedimento difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato. Nel periodo compreso tra il 1865 ed il 1889, ossia fino alla legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato con competenze e funzioni giurisdizionali, il ricorso straordinario costituì l'unico rimedio giustiziale, in assenza di un sistema di giustizia amministrativa, per la tutela degli interessi legittimi. Le cose cambiarono ulteriormente con la citata l. 31 marzo 1889 n. 5992, che – come è noto – attribuiva ai cittadini un nuovo mezzo di giustizia amministrativa: il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato avverso gli atti amministrativi definitivi lesivi di interessi legittimi. Tale legge continuò a riconoscere cittadinanza giuridica all'antico istituto del ricorso al Re, soprattutto per rendere accessibile la tutela pure ai ceti meno abbienti, introducendo – tra l'altro – anche la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Re e il ricorso alla IV Sezione, la cui natura giurisdizionale fu oggetto di chiarimento solo in un successivo momento: il parallelismo tra questi due tipi di ricorsi spinse il parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 1° aprile 1909, n. 243, a qualificare il ricorso straordinario come vero e proprio rimedio giurisdizionale. Successivamente la l. n. 62/1907, recependo alcuni rilievi critici mossi da Vittorio Emanuele Orlando, dettò – tra l'altro – una disciplina, in ordine al termine per proporre il ricorso straordinario, più precisa di quella previgente: infatti, il relativo termine fu ritenuto perentorio e fu fissato in 180 giorni dalla conoscenza dell'atto. Poi, tale termine, come è noto, è stato ridotto dal d.P.R. n. 1199/1971 in 120 giorni, con l'obbligo di notifica del ricorso alla P.A. La disciplina, poi, è confluita negli artt. 16 n. 4 e 34 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 26 giugno 1924 n. 1054 e negli artt. 47 n. 3, 54, 60 e 61 del regolamento di esecuzione di quel T.U. (r.d. 21 aprile 1942, n. 444).

²⁸ Ritiene POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2014, 26-27, che la soppressione del ricorso straordinario meriterebbe una maggiore presa in considerazione, anche se ciò difficilmente avverrà per ostacoli di natura costituzionale e di ordine interno: il rimedio in esame «continuerà a vivere ancora per molto tempo nel suo ruolo di “sostanziale” ma ibrido strumento di tutela giurisdizionale». Secondo PAOLANTONIO, *Art. 7*, in *Il Codice di processo amministrativo*, a cura di Garofoli, Ferrari, Roma, 2010, vi sarebbero consistenti ragioni per abrogare *tout court* l'istituto, anziché farne un duplicato del ricorso giurisprudenziale.

cuno ritenuto inutile²⁹. In quest'ultima direzione si è collocato, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, anche un disegno di legge dell'On. di Rudinì, che, però, non ha avuto seguito per la ferma avversione di Giolitti, il quale già allora sottolineava l'importanza del ricorso straordinario come fondamentale strumento di tutela dei meno abbienti³⁰. Tali forti oscillazioni derivano dai non pochi cambiamenti di orientamento, determinatisi nel tempo, proprio sulla natura giuridica del ricorso straordinario e, quindi, sul suo inquadramento sistematico.

Sotto quest'ultimo aspetto, ad avviso di chi scrive, il ricorso straordinario, più che un rimedio alternativo di risoluzione di conflitti – come configurato dalla Consulta nella citata sentenza n. 73/2014 –, può essere ritenuto un rito speciale in un unico grado, fondato sull'accordo delle parti.

Tale ricostruzione teorica è strettamente legata al riconoscimento

²⁹ Sul punto cfr. anche D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3224 ss.; MARTIRE, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, III, 191 ss.; CANTUCCI, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 167 ss.

³⁰ È opportuno ricordare che la legge n. 5992/1889 fece tornare alla ribalta la problematica relativa al ricorso straordinario ed, in particolare, quella afferente al fondamento ed all'opportunità del mantenimento di tale istituto: da un lato vi era chi tentava di frenare queste discussioni, facendo leva sulla forza della tradizione e sulla mancanza di dati consolidati sul funzionamento del rimedio giurisdizionale introdotto, dall'altro lato vi era chi, sostenendo la buona prova data da quest'ultimo, si schierava a favore della soppressione del ricorso straordinario. Il Governo dell'epoca presieduto dall'On. di Rudinì si orientò – come accennato nel testo – chiaramente in tale ultimo senso, arrivando a presentare nel 1897 un disegno di legge intitolato «Modificazioni alla legge organica sul Consiglio di Stato», il cui punto saliente era proprio, secondo quanto affermato dallo stesso Ministro proponente, l'abolizione del ricorso straordinario. Tuttavia, sopraggiunte difficoltà d'ordine politico impedirono l'approvazione di questo disegno di legge, a cui comunque fece seguito nel 1906 – ad opera del Governo Giolitti – un progetto che portò alla l. 7 marzo 1907 n. 62 sul «riordinamento degli istituti di giustizia amministrativa». Con tale provvedimento normativo, nonostante tutte le riserve formulate da più parti, di fatto si manteneva il ricorso straordinario, in considerazione dei vantaggi e del parallelismo dello stesso con il ricorso giurisdizionale ordinario, apportando all'istituto alcune modifiche soprattutto in materia di termini e di notifica del ricorso.

della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario sancito dalla nuova disciplina (contenuta nel titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo) del giudizio di ottemperanza³¹ e dalle due fondamentali novità introdotte dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, relative all'esclusione della possibilità (in precedenza prevista) per il Ministero di discostarsi dal parere espresso dal Consiglio di Stato ed alla possibilità di sollevare – in sede di ricorso straordinario – l'incidente costituzionale. In relazione a tale ultimo aspetto, poiché ai sensi dell'art. 23 della l. n. 87/1953 la questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata (a pena di inammissibilità) da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, l'art. 69 cit. – proprio per effetto di tale ultimo richiamo – sembra implicitamente presupporre il riconoscimento al ricorso straordinario di una natura sostanzialmente giurisdizionale. La previsione, poi, dell'espressa impossibilità di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato non lascia dubbi sul fatto che il provvedimento finale sia meramente dichiarativo di un giudizio: la vincolatività di quest'ultimo, anche se non arriva a trasformare il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in considerazione della natura dell'organo emanante e della forma dell'atto), finisce tuttavia per equipararlo – da un punto di vista sostanziale – ad un provvedimento di natura giurisdizionale³², con

³¹ La dottrina preferibile ritiene che la decisione adottata in sede di ricorso straordinario trova la sua collocazione sistematica nell'ambito della lett. *b* del secondo comma dell'art. 112: non è quindi, meritevole di accoglimento il diverso orientamento, che in tale ambito fa riferimento non alla lett. *b* ma alla lett. *d* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm. *Contra*, CARBONE, *Corte costituzionale*, cit., 9 ss.

³² È stato, tuttavia, escluso che possa essere significativo il fatto che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato, in quanto la vincolatività di tale provvedimento non ne muterebbe la natura, che rimarrebbe amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale. In questo senso deporrebbe anche la rubrica dell'art. 69 l. 69/2009: così G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, cit., 6, secondo cui semmai la vincolatività muta i termini del rapporto con il decreto del Presidente della Repubblica. Del resto, è stato evidenziato che nel procedimento del ricorso straordinario la natura decisoria è riconoscibile, con maggiore evidenza oggi in ragione del carattere vincolato, al parere del Consiglio di Stato, il quale avrebbe carattere formale di atto consultivo ma dal punto di vista sostanziale sarebbe caratterizzato dagli stessi contenuti di una decisione amministrativa (cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013,

rilevanti conseguenze sul piano dell'individuazione degli strumenti di tutela³³.

4. – La teoria che nega la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario³⁴ fa leva, tra l'altro, sul fatto che l'attività istruttoria³⁵ nell'ambito in esame è svolta da un'autorità (non giurisdizionale, ma) amministrativa (il Ministro competente per materia)³⁶.

165). Sempre secondo G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 6, la succitata vincolatività del parere del Consiglio di Stato dovrebbe incidere sull'istituto dell'opposizione, come sembrerebbe confermato anche dal codice del processo amministrativo. In ogni caso una conseguenza proprio di tale vincolatività è l'affermarsi dell'orientamento interpretativo favorevole ad estendere la facoltà di opposizione di cui all'art. 48 cod. proc. amm. a favore di qualsiasi «parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario», con conseguente ampliamento del novero dei soggetti legittimati. Infatti, la sentenza n. 148/1982 della Corte costituzionale aveva esteso – come è noto – alla sola Amministrazione non statale la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, in quanto l'Amministrazione statale era già tutelata dalla possibilità del Ministro di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato. La situazione cambia completamente con la previsione della vincolatività del parere del C.d.S., che giustifica ampiamente la possibilità di chiedere il trasferimento in sede giurisdizionale anche da parte dell'Amministrazione statale che ha emanato l'atto impugnato.

³³ L'orientamento forse troppo cauto assunto nell'ambito in esame dalla Corte costituzionale induce a parlare – come accennato nel testo – di un'importante occasione persa per fare definitiva chiarezza sulla natura giuridica di un istituto, che comunque sembra mantenere intatte tutte le sue caratteristiche di rimedio sostanzialmente giurisdizionale, nonostante i non pochi problemi che in relazione a quest'ultimo si pongano con riferimento, tra l'altro, ai principi del contraddittorio e del giusto processo (v. *infra* nel testo).

³⁴ Più in generale sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato sia consentito rinviare al par. 8 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit.

³⁵ F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, evidenzia che «la dottrina ha rilevato le lacune e i difetti che ancora persistono in ordine all'istruttoria, e soprattutto in ordine al contraddittorio; che, non estendendosi oltre la fase iniziale e non esprimendosi oralmente in una udienza pubblica, come espressamente richiesto dalla Convenzione europea, resta allo stato embrionale».

³⁶ CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, rileva che la circostanza secondo cui fino alla citata riforma del 2009 la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Mi-

Tuttavia, deve rilevarsi in senso contrario che anche nel processo penale l'attività di indagine (attività istruttoria *lato sensu*) può essere svolta dalla polizia giudiziaria e, quindi, da un'autorità non giurisdizionale ma amministrativa, senza che ciò possa in alcun modo portare ad escludere che alla base del processo penale permanga l'esercizio di una funzione giurisdizionale. In altre parole, come nell'ambito del ricorso straordinario l'attività istruttoria del Ministro competente è fatta propria dal Consiglio di Stato nel parere vincolante (avente valenza giurisdizionale), così anche l'attività istruttoria della polizia giudiziaria è fatta propria dal giudice penale ed utilizzata – con le dovute garanzie processuali – ai fini della sentenza. Tale evenienza nel processo penale emerge soprattutto nell'ipotesi di rito alternativo (ad esempio, giudizio abbreviato o patteggiamento), in cui la decisione del giudice – come recita il relativo codice di rito (art.

nistro competente per materia) non contraddistinta dai caratteri indefettibili dei procedimenti di tutela giustiziale (terzietà ed imparzialità), escludeva la sussistenza del requisito soggettivo della neutralità dell'organo giudicante, comportando una grave confusione tra "parte" e "giudice". Invece, secondo l'Autore, l'attuale attribuzione del potere decisionale in senso sostanziale ad un organo giurisdizionale (il Consiglio di Stato) dotato di terzietà ed indipendenza di giudizio, viene a modificare gli assetti e a determinare la consequenziale coerenza del rimedio con la sua natura giustiziale. Ciò troverebbe conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa, laddove annovera espressamente il ricorso straordinario al Capo dello Stato tra i rimedi di tutela giustiziale, facendone discendere sia l'esperibilità del ricorso per ottemperanza sia la sospensione del giudizio *ex art. 295 cod. proc. civ.* in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale. In relazione a tale ultimo aspetto T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. – TAR*, 2011, ha affermato che «la sospensione del giudizio, disciplinata dall'art. 295 c.p.c., in quanto espressione dell'esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti fra giudicati e in tal senso immanente nel sistema della giustizia amministrativa comprensivo del rimedio del ricorso straordinario, trova logica applicazione anche nel caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale, atteso il carattere, definitorio della controversia stessa, del relativo provvedimento giustiziale, insuscettibile di annullamento, revoca o riforma da parte dell'amministrazione interessata». In senso contrario cfr. Cass., S.U., 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. Civ.*, 2011, 826, che esclude l'applicabilità del regime della sospensione *ex art. 295 cod. proc. civ.*, poiché si determinerebbe, nel caso di specie, non l'instaurazione di un giudizio, ma l'attivazione di un procedimento amministrativo.

438) – è adottata “allo stato degli atti” e si fonda proprio sugli atti istruttori posti in essere dalla polizia giudiziaria.

A differenza di quanto accade nel giudizio penale, nell'ambito del ricorso straordinario non vi è dubbio che i principi del contraddittorio e del giusto processo non risultano essere attuati nella massima estensione possibile: questo – tuttavia – non può portare ad escludere in tale ambito l'esercizio di una funzione giurisdizionale, ma solo a sollecitare un potenziamento delle garanzie difensive.

Inoltre, come il giudice penale può – se non ritiene adeguate le indagini – orientare l'accertamento nella giusta direzione per colmare eventuali lacune istruttorie o per rivalutare alcuni esiti istruttori apparentemente contraddittori, allo stesso modo il Consiglio di Stato può disporre la regressione del procedimento e restituire gli atti all'Amministrazione per consentire l'accesso quando emergano fatti nuovi e nuove esigenze processuali³⁷.

In definitiva, anche nel procedimento penale è possibile rinvenire un'attività istruttoria svolta (non su delega ma) d'iniziativa propria di un organo amministrativo (la polizia giudiziaria): ciò che è di particolare rilievo ai fini in esame è che tale attività (nella fase iniziale caratterizzata dall'assenza di contraddittorio – come nel caso di ricerca della prova durante le indagini, di investigazioni di P.G., di acquisizione di sommarie informazioni, ecc. – e dal segreto istruttorio) viene, poi, utilizzata – soprattutto, come detto, nei riti alternativi – ai fini di una decisione, la quale è senza dubbio espressione di una funzione giurisdizionale³⁸. In altri termini, l'attività istruttoria viene comunque

³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Urb. e app.*, 2012, 1051 ss., con nota di MORELLI. È noto che anche il Presidente della Repubblica, prima di “ratificare” la decisione, può chiedere un riesame.

³⁸ Sotto il profilo indicato nel testo assume particolare rilievo il fatto che l'attività istruttoria è comunque valutata e fatta propria dall'organo giurisdizionale (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo “filtro”, viene fatta confluire in un provvedimento giurisdizionale. Del resto, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 23464 del 19 dicembre 2012 hanno espressamente riconosciuto al decreto presidenziale, emesso – su conforme parere del C.d.S. – nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura giurisdizionale: in altri termini, nell'ambito in esame l'adozione del parere del Consiglio di Stato è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizio-

valutata e fatta propria dall'organo giurisdizionale³⁹ (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo "filtro", confluisce in un provvedimento giurisdizionale⁴⁰.

Pertanto, sembra si possa fondatamente sostenere l'assimilabilità

nale. La stessa pronuncia delle S.U. rileva anche come il decreto presidenziale potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere: tuttavia, questo residuo elemento formale, che connota la struttura ancora composta del ricorso straordinario (per le sue sopraindicate origini storiche), non pregiudica affatto la sua sostanziale natura giurisdizionale.

³⁹ Anche DE LISE, relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013, ritiene che il decreto decisivo del Presidente della Repubblica (adottato in sede di ricorso straordinario) ha una natura dichiarativa di quello che nella sostanza ha già deciso il Consiglio di Stato, il quale è unico ed è organo giurisdizionale. Nello stesso senso cfr. CARINGELLA, relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

⁴⁰ È significativo rilevare che anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 23464 del 19 dicembre 2012 hanno espressamente riconosciuto al decreto presidenziale, emesso – su conforme parere del C.d.S. – nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura giurisdizionale: in altri termini, nell'ambito in esame l'adozione del parere del Consiglio di Stato è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale. La stessa pronuncia delle S.U. rileva anche come il decreto presidenziale potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere: tuttavia, questo residuo elemento formale, che connota la struttura ancora composta del ricorso straordinario (per le sue sopraindicate origini storiche), non pregiudica affatto la sua sostanziale natura giurisdizionale. Tuttavia, F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, ritiene che nell'ipotesi indicata nel testo si sia in presenza di una decisione «che, per questi vizi (sicuramente ipotetici) attinenti al sub-procedimento amministrativo, può essere impugnata, probabilmente dinanzi al Tar Lazio. È conciliabile questa circostanza con il carattere (sostanzialmente) giurisdizionale del ricorso e della sua decisione?». In ogni caso le stesse Sezioni Unite evidenziano che la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché – dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) – con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU.

da un punto di vista (non formale ma) sostanziale della decisione adottata in sede di ricorso straordinario a quella emessa all'esito del giudizio innanzi al giudice amministrativo⁴¹, in considerazione del fatto che in entrambe le ipotesi la decisione costituisce il momento conclusivo dell'esercizio della giurisdizione. Insomma, non sembra si possa negare la possibilità di ritenere il decreto del Presidente della Repubblica che definisce il ricorso straordinario un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato⁴².

Se, poi, si esamina il ricorso straordinario⁴³ nelle sue interrelazioni non già con il ricorso al giudice amministrativo – come di norma viene fatto – ma con i tipici ricorsi amministrativi⁴⁴, si deve necessa-

⁴¹ Così pure DE LISE e CARINGELLA nelle rispettive relazioni tenute al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

⁴² Quanto indicato nel testo è provato anche dal fatto che il Consiglio di Stato ha natura di organo giurisdizionale pure quando esprime il proprio parere nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato: cfr. in tal senso le pronunce di Cons. Giust. Amm. Sic., 21 marzo 2011, n. 242 e di Cons. Giust. Amm. Sic., 17 gennaio 2011, n. 30. Inoltre, cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 405, secondo cui, inoltre, viene così confermato il carattere giurisdizionale del rimedio, inteso come ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, con rinuncia al doppio grado fondata sull'accordo delle parti per effetto della mancata opposizione della p.a. e dei controinteressati all'iniziativa giustiziale del ricorrente.

⁴³ PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 6, pur ammettendo che «potrebbero essere (ancora) rilevati alcuni elementi qualificabili come dissonanti rispetto alla natura giurisdizionale», arriva ad affermare che «il manifesto intento del legislatore ordinario, dinanzi all'istituto bicefalo, (è stato quello) di tagliare la testa e l'anima amministrativa, per affermare una volta per tutte la natura giurisdizionale».

⁴⁴ Pertanto, anziché porsi nell'ottica delle differenze tra l'istituto in esame e il ricorso al giudice amministrativo, si deve in quella delle differenze tra il ricorso straordinario ed i tipici ricorsi amministrativi, non si può non prendere atto della distanza siderale tra tali due ultime figure: per nessun tipo di ricorso amministrativo è previsto – tra l'altro – che il C.d.S. emetta un parere vincolante (che in quanto tale “è” la decisione); che si possa sollevare una questione di legittimità costituzionale; che vi possa essere una *translatio iudicij*; che si debba pagare il contributo unificato ecc. (v. *retro*). In effetti, le due succitate figure distano anni luce: sostenere una loro assimilazione contravviene ad ogni regola logica. Il ricorso straordinario

riamente prendere atto della profonda diversità (strutturale e funzionale) oggi esistente tra quest'ultimi ed il ricorso straordinario⁴⁵.

La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario si può evincere anche dall'ampiezza della facoltà di opposizione del controinteressato. Si tratta di una facoltà, che – come è noto – consente di trasferire la decisione della lite nella sede ordinaria per evitare che una parte possa, suo malgrado, essere indotta ad “accettare” una sede contenziosa priva sia del doppio grado di giurisdizione sia di un'articolata istruttoria⁴⁶: di particolare rilievo nell'ambito in esame

non è né deve essere sovrapponibile in tutto al ricorso al TAR, ma ciò non può escludere la sua acquisita natura sostanzialmente giurisdizionale, la quale non è appannaggio esclusivo del ricorso al giudice amministrativo. Certo, quest'ultimo costituisce una delle principali *species* del più ampio *genus* del ricorso giurisdizionale, ma in tale *genus* non può non essere riconosciuta cittadinanza giuridica anche al ricorso straordinario.

⁴⁵ Quanto accennato nel testo comporta, secondo la stessa Consulta, l'attrazione del ricorso straordinario nell'ambito della giurisdizione limitatamente “ad alcuni profili”: ad avviso di chi scrive, però, tale limitazione da un lato non preclude la collocazione dell'istituto in esame nella categoria dei rimedi giurisdizionali, dall'altro lato sta solo ad indicare che l'ambito di operatività del ricorso straordinario è meno ampio rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo.

⁴⁶ F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, ha autorevolmente obiettato che, se si optasse per la natura “sostanzialmente giurisdizionale” del rimedio in esame, il significato della opposizione dei controinteressati (e delle parti resistenti) non sarebbe più quello di scegliere tra un rimedio giurisdizionale e uno amministrativo, ma quello di scegliere tra due rimedi giurisdizionali (l'uno semplificato e l'altro ordinario), con una conseguente notevole limitazione dell'oggetto del consenso di tutte le parti. Secondo tale A. l'espressione “sostanzialmente giurisdizionale” da un lato lascerebbe intendere l'impossibilità di sostenere la tesi della natura effettivamente giurisdizionale, dall'altro lato introdurrebbe una distinzione tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, che è giustificabile in altri sistemi giuridici – come quello francese – ma non nel nostro, in considerazione della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale. Queste raffinate considerazioni non sembrano, però, non trovare l'avallo della sopraindicata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, la quale ha determinato da un lato la formale consacrazione – nella materia in oggetto – della teoria della “giurisdizionalizzazione *sostanziale*”, dall'altro lato il definitivo superamento della connotazione – come testualmente indicato dalla stessa Consulta – di «antico ricorso amministrativo» attribuita in passato (anche dal Giudice delle leggi) dalla stessa Consulta al rimedio in esame, con conseguente attra-

è il fatto che la sopraindicata facoltà presuppone il consenso delle parti interessate, secondo lo schema previsto per il ricorso *per saltum ex art. 360*, comma 2, cod. proc. civ.⁴⁷.

Ulteriore argomento a favore della sopraindicata natura sostanzialmente giurisdizionale è desumibile, come rilevato anche dall'Adunanza Plenaria n. 7/2015, dall'art. 7, comma 8, cod. proc. amm., che limita il ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. L'introduzione di tale norma trova la sua giustificazione essenzialmente nel fatto che la legge n. 69/2009, riconoscendo carattere vincolante al parere reso dal Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso straordinario, di fatto ha determinato l'assimilazione di tale parere ad una decisione avente natura giurisdizionale, con la conseguente necessità della previsione di una norma (quella, appunto, di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm.), che – prendendo atto della situazione creatasi – enunciasse il succitato principio⁴⁸. In altri termini, considerato che il ricorso straordinario è stato ricondotto nell'ambito della giurisdizione amministrativa e che non

zione di quest'ultimo nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Secondo POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4, con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale vi è stata la «consacrazione della teoria sostanzialistica sancita da Adunanza Plenaria e Corte di Cassazione... e per conseguenza, l'attrazione del ricorso straordinario nella materia (o "oggetto") "giurisdizione amministrativa"».

⁴⁷ Secondo CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 406, ormai il ricorso straordinario è diventato un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa: «trattasi, in definitiva, di un rito speciale in unico grado, frutto della libera scelta delle parti del giudizio».

⁴⁸ Secondo DE LISE nella relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013, l'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. è una norma giusta legata ad esigenze di ordine sistematico. Nella relazione tenuta allo stesso seminario CARINGELLA ha affermato espressamente «l'art. 7, comma 8, è una norma ricognitiva o innovativa? Quando l'art. 7, comma 8, dice che il ricorso straordinario è ammissibile solo nelle materie di competenza del giudice amministrativo, è una norma che modifica il quadro di cui alla legge 69/2009 o è una legge che prende atto di una perimetrazione del ricorso consequenziale all'avvenuta giurisdizionalizzazione? Secondo me la risposta è nel secondo senso», anche perché diversamente si porrebbero seri problemi di costituzionalità.

si può concepire una decisione avente natura giurisdizionale in materie diverse da quelle di pertinenza della giurisdizione amministrativa, il codice del processo amministrativo non ha potuto non adeguarsi ad una situazione nei fatti già esistente. Da ciò si deve desumere che la norma di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. è dotata di carattere (non innovativo, ma) meramente ricognitivo rispetto alla legge n. 69/2009. Sono, pertanto, ineccepibili le considerazioni fatte su tale specifico punto da parte della summenzionata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, che non solo esclude qualsiasi "effetto innovativo" di una norma (art. 7, comma 8, cit.) diretta a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di operatività «di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima»⁴⁹, ma arriva anche a sottolineare come tale esclusione indicata nella norma poteva "ricavarsi dal sistema", oltre che costituire la "conseguenza logica" della profonda modifica della natura del ricorso straordinario sancita dalla legge n. 69/2009: «sotto tale aspetto, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo proprio dell'art. 4» della citata legge⁵⁰.

Tali specifiche considerazioni della Consulta creano, secondo l'opinione di chi scrive, le condizioni, da un lato, per porre fine ad una serie di inopportuni tentativi di modificare l'ambito di operatività del ricorso straordinario nella sua attuale dimensione di rimedio avente natura sostanzialmente giurisdizionale (v. *infra*)⁵¹, dall'altro lato, per

⁴⁹ In questi precisi termini si esprime la succitata sent. n. 73/2014 della Corte costituzionale. Quest'ultima, inoltre, con la sentenza n. 162/2012 ha precisato che la delega autorizza l'esercizio di poteri innovativi della normazione vigente a condizione che siano «strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l'operazione di riordino o riassetto».

⁵⁰ Così espressamente la citata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale.

⁵¹ Secondo Pozzi, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it*, 2014, 1, la sentenza n. 73 del 2 aprile 2014 della Corte costituzionale ha «(momentaneamente) concluso una storia che nasce da lontano, alla fine degli anni '90, nelle sale consultive di Palazzo Spada; storia che la riforma introdotta dal codice del processo amministrativo aveva inteso chiudere definitivamente e che, tuttavia, la forza della conservazione e dell'autoreferenzialità aveva tentato di riaprire».

acquisire la consapevolezza della conferma che l'art. 69, comma 1, della l. n. 69/2009 (con l'introduzione della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione incidentale di costituzionalità all'interno del ricorso straordinario) non comporta alcuna violazione della riserva di legge costituzionale relativamente alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137, primo comma, Cost.). Questi ultimi profili, infatti, non risultano innovati dal Legislatore ordinario, il quale non ha fatto altro che prendere atto della natura giurisdizionale della funzione esercitata in sede di ricorso straordinario e riconoscere anche in tale contesto la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità⁵².

Si può, in definitiva, affermare che nel contesto in esame, analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti (come ad esempio in quello olandese⁵³), si è al cospetto di una situazione nella quale,

⁵² Si è affermato che la riserva di legge costituzionale (di cui all'art. 137, comma 1, Cost.) e l'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 attribuiscono – ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a sollevare questioni di legittimità costituzionale – la specificazione della nozione di giudice e di giudizio alla Corte costituzionale e non al Legislatore: cfr. PIGNATELLI, *Il ricorso straordinario: il legislatore impone alla Corte costituzionale la propria nozione di giudice a quo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 923 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it; BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in www.giustamm.it; GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la l. n. 69 del 2009*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 992 nota a TAR Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104; G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in www.giustamm.it, 2013, 5.

⁵³ Bisogna evidenziare che nell'attuale ordinamento giudiziario un vero e proprio potere giurisdizionale il Presidente della Repubblica lo esercita in relazione agli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari, potendo presiedere la Sezione disciplinare del C.S.M., che emette pronunce giurisdizionali (art. 1 della legge n. 1 del 1981). Invece, nell'ambito amministrativo, il Capo dello Stato, come detto, continua ad esercitare – in funzione di garanzia della legalità – il potere decisorio relativo all'istituto in esame, del tutto compatibile con la Costituzione. Insomma, in ossequio al principio di effettività della tutela il ricorrente può avvalersi o dei due gradi del giudizio (TAR in primo grado e Consiglio di Stato in secondo grado) o di un solo grado col ricorso straordinario, impregiudicata la facoltà di trasposizione della lite

da un lato la funzione giurisdizionale è esercitata dal Consiglio di Stato (al quale è sostanzialmente imputabile la decisione), dall'altro lato, invece, il Capo dello Stato, col relativo decreto⁵⁴, fa proprio il contenuto del parere in funzione di controllo formale di legalità⁵⁵.

5. – L'orientamento sfavorevole alla natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in esame fa riferimento anche all'asserita violazione dei principi del contraddittorio e del principio del giusto processo. In senso contrario, tuttavia, deve obiettarsi che la natura giurisdizionale in tale ambito non presuppone necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei sopraindicati principi⁵⁶, poiché l'eventuale

innanzi al TAR. Come è noto, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato che il principio del doppio grado rileva quando in primo grado si pronuncia il giudice istituito ai sensi dell'art. 125 della Costituzione, mentre gli articoli 100 e 103 della Costituzione collocano il Consiglio di Stato al vertice di un sistema nel quale può esservi un grado del giudizio: Corte cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395, est. Caianello.

⁵⁴ È utile rilevare che la natura della decisione adottata in sede di ricorso straordinario si fonda sui peculiari precedenti storici di quest'ultimo. Infatti, nel nostro sistema – derivante da quello francese tramite il Regno di Sardegna – il Capo dello Stato, finché fu istituita la Corte di Cassazione, aveva esercitato la funzione di giustizia di ultima istanza non solo nel settore civile e in quello penale, ma anche in materia amministrativa con le decisioni dei ricorsi straordinari. Inoltre, aveva esercitato – anche nello Stato unitario – il potere di decidere i conflitti per effetto della legge piemontese n. 3705 del 7 novembre 1859, che venne sostituita dalla legge del 1865, allegato D, attribuendo tale potere al Consiglio di Stato.

⁵⁵ F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, si chiede quale ruolo possa avere il Presidente della Repubblica una volta che la decisione del ricorso è totalmente affidata al Consiglio di Stato: «si tratta di un ruolo esclusivamente volto a conferire forma di decreto e ad esternare la decisione del ricorso, ovvero residua un potere di verifica della legittimità formale della decisione stessa? Se, ad esempio, il ricorso non fosse stato notificato a tutti i controinteressati, e la Sezione non se ne fosse accorta, potrebbe il Presidente richiamare l'attenzione del Consiglio di Stato sulla violazione del principio del contraddittorio? La soluzione negativa mortifica il ruolo del Presidente; la soluzione positiva impedisce che la decisione del ricorso sia interamente concentrata nel "parere" del Consiglio di Stato».

⁵⁶ Non a caso, soprattutto in passato, la Corte costituzionale in alcune circostanze ha ritenuto, relativamente allo strumento di tutela rappresentato dal ricorso al TAR, che effettivamente vi fosse un non puntuale e preciso rispetto (e, quindi,

violazione di questi può solo legittimare un intervento correttivo (della Consulta, del Legislatore o, a determinate condizioni, dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza), ma non può, di per sé, giustificare la negazione della natura giurisdizionale del decreto decisivo adottato in sede di ricorso straordinario, soprattutto quando, in relazione a quest'ultimo, non può non darsi atto – secondo chi scrive – di un rispetto almeno “minimale” dei sopraindicati principi. Questo rispetto “minimale” emerge, anzitutto, dall'art. 9 d.P.R. n. 1199/1971 che, come è noto, impone – a pena di inammissibilità, diversamente da quanto previsto nella stessa normativa per il ricorso gerarchico – la notifica del ricorso straordinario ad almeno uno dei controinteressati. Non meno significativo è il fatto che a questi ultimi lo stesso art. 9 consente di presentare deduzioni e memorie e di proporre ricorso incidentale, ampliando in questo modo il *thema decidendum*, non diversamente da quanto accade dinanzi al giudice amministrativo.

Particolarmente rilevante, poi, è anche l'espressione («il giudizio segue in sede giurisdizionale») contenuta nell'art. 10, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971: sembra, infatti, militare a favore della teoria della natura sostanzialmente giurisdizionale la circostanza che la normativa, in riferimento alla possibilità dei controinteressati di chiedere la trasposizione giurisdizionale del ricorso mediante opposizione, faccia espresso riferimento non al concetto di procedimento ma a quello di «giudizio»⁵⁷.

Nè tali considerazioni possono trovare smentita nel fatto che l'art. 49 del r.d. n. 444/1942 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato) esclude, nell'ambito in esame, l'intervento degli

una violazione) dei succitati principi, ma non per questo ha dubitato della natura giurisdizionale di tale strumento di tutela.

⁵⁷ Anche se il comma 3 dello stesso art. 10 limiti ai soli vizi di forma o di procedimento l'impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato della decisione finale, i controinteressati possono far valere anche motivi di carattere sostanziale, nei casi in cui non abbiano potuto chiedere – perché pretermessi – la trasposizione in sede giurisdizionale (art. 10, comma 1, cit.): viene, così, garantita – non diversamente da quanto accade in sede di opposizione di terzo nel giudizio amministrativo – l'effettività del principio per cui una pronuncia non può pregiudicare chi non è stato parte e, quindi, non si è potuto difendere nel processo (art. 24 Cost.).

interessati o dei loro rappresentanti o consulenti: infatti, le linee evolutive dell'intera disciplina giuridica del ricorso straordinario non sembrano precludere la possibilità della creazione di una prassi giurisprudenziale nel senso della fissazione di un'udienza pubblica per la discussione orale⁵⁸.

In definitiva, è vero che nella materia *de qua* ancora sussistono delle lacune, tuttavia deve ribadirsi che ciò non può di per sé escludere la sopraindicata giurisdizionalizzazione⁵⁹.

6. – La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario determina, sull'ambito di operatività di quest'ultimo, importanti conseguenze⁶⁰.

La prima, secondo chi scrive, è quella relativa all'ammissibilità del-

⁵⁸ Nemmeno possono considerarsi meritevoli di accoglimento gli ulteriori argomenti relativi ad un'asserita violazione degli artt. 102 e 125 Cost., richiamati dall'orientamento contrario alla giurisdizionalizzazione del rimedio in esame. Infatti, in senso contrario si rileva – oltre alla summenzionata ampia facoltà di opposizione – che la Consulta ha più volte escluso la copertura costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione. Poi, per quanto riguarda l'art. 102, secondo comma, Cost., si ritiene che – analogamente al percorso seguito dalla Corte costituzionale in ordine alle Commissioni tributarie, ritenute di natura giurisdizionale solo dopo la nota riforma del 1972 – l'eliminazione da parte della l. n. 69/2009 di quanto non era compatibile con la funzione giurisdizionale ha comportato la possibilità di ricondurre la decisione del ricorso straordinario nella garanzia costituzionale del primo comma dell'art. 103 Cost., che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

⁵⁹ Né può, comunque, ritenersi destituito di fondamento sostenere, come in precedenza accennato nel testo, che già dall'art. 15 d.P.R. n. 1199/1971 (relativo alla possibilità di impugnare per revocazione il decreto decisorio del ricorso straordinario) si poteva desumere, ancor prima delle modifiche apportate dalla l. n. 69/2009, la natura sostanzialmente giurisdizionale del parere emesso dal Consiglio di Stato nell'ambito in esame, poiché la revocazione costituisce un rimedio tipico degli atti giurisdizionali.

⁶⁰ Per quanto riguarda gli effetti della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sull'ambito di operatività di quest'ultimo, sia consentito di rinviare al cap. II di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit. Non solo si deve escludere che l'ampliamento di tale ambito di operatività comporti da parte del ricorso straordinario una perdita della sua specificità o, addirittura, della sua ragion d'essere, ma si deve anche evitare di incorrere nell'eccesso opposto, asserendo un indiscriminato ampliamento.

l'azione risarcitoria nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Sembrano sussistere, infatti, validi argomenti per superare la tesi, avallata dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza, che esclude l'azione di risarcimento del danno, in considerazione dell'asserita strutturazione dell'istituto in oggetto come rimedio a carattere impugnatorio, sostenendo l'esperibilità della sopraindicata azione solo nella sede del ricorso giurisdizionale ordinario⁶¹.

Una rivisitazione di tale impostazione non può non partire dalla

⁶¹ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3224, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può avere ad oggetto la sola domanda costitutiva di annullamento di un provvedimento amministrativo e non la domanda di accertamento di un diritto soggettivo o di condanna al pagamento di somme, quand'anche in materia oggetto di giurisdizione esclusiva amministrativa. Pur tuttavia, la domanda proposta con quel ricorso può essere assimilata ad una vera e propria domanda giudiziale, in quanto comunque consistente in un rimedio di giustizia connotato dai caratteri essenziali del contraddittorio, della terzietà, dell'imparzialità, e ormai riconosciuto anche come assistito dalla coercibilità mediante il giudizio d'ottemperanza. La stessa pronuncia ha anche evidenziato che, sebbene il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisca un rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale e di più ristretta latitudine circa le azioni esperibili, la giurisprudenza è andata progressivamente sottolineando la sostanziale equivalenza e l'assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale (riforma della sentenza del TAR Lazio – Roma, sez. III, n. 3850/2010). Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, ha affermato che il ricorso straordinario al Capo dello Stato costituisce un rimedio giustiziale che si colloca in simmetrica alternativa con quello giurisdizionale ancorché di più ristretta praticabilità quanto al novero delle azioni esperibili. Tra le tante pronunce che escludono l'azione finalizzata al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi in sede di ricorso straordinario cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 dicembre 2006, n. 3994, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1701, con nota di Cocozza. Quest'ultima pronuncia, nel ribadire la tesi tradizionale della inammissibilità di una domanda di risarcimento dinanzi al Capo dello Stato, ha sottolineato come il ricorso straordinario costituisca un rimedio giustiziale di carattere essenzialmente impugnatorio, volto ad accordare una tutela riparatoria contro atti amministrativi definitivi, "alternativo" alla ordinaria azione dinanzi al G.A: il rimedio in esame, secondo la pronuncia succitata, offre una tutela che si esplica in una decisione costitutiva e di annullamento del provvedimento di cui ne venga accertata la contrarietà all'ordine giuridico, con la conseguenza che il risarcimento degli eventuali danni rimane estraneo all'ambito di cognizione ammesso in sede di ricorso straordinario ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.P.R. n. 1199 del 24 Novembre 1971.

considerazione che anche per il ricorso straordinario si assiste, oggi, ad un processo di trasformazione sostanzialmente non dissimile rispetto a quello che ha caratterizzato il giudizio innanzi al giudice amministrativo. In altri termini, in passato pure per quest'ultimo – non diversamente da quanto si sta verificando per il rimedio in esame – si parlava di un giudizio a carattere impugnatorio, per poi cambiare del tutto prospettiva prima a seguito di interventi pretori, poi per effetto di provvedimenti legislativi.

Sussistono per l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ambito in esame⁶² concreti argomenti incentrati sui principi di alternatività, economicità e concentrazione della tutela.

Per quanto riguarda il principio di alternatività⁶³, deve rilevarsi che, essendo ormai ammessa l'azionabilità in sede giurisdizionale amministrativa del rimedio risarcitorio, non sembra possa negarsi l'esperibilità di tale azione anche attraverso il rimedio, alternativo a quello giurisdizionale, del ricorso straordinario: indicazioni in tale senso si possono desumere dal fatto che la riforma del 2009 ed il codice del 2010 si muovono nella direzione di un'alternatività piena tra il rimedio ordinario e quello straordinario⁶⁴.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2650; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Foro amm.*, 2000, 2; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036; Cons. Giust. Sc., Sez. Riun., 19 febbraio 2008, n. 409/07.

⁶³ POZZI, *Ricorso straordinario ed effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, afferma che l'azione risarcitoria (contrattuale o aquiliana) non è propriamente un'azione di accertamento, se non nel generale senso per cui ogni tipo di giudizio (anche quello di impugnatorio) ha come presupposto un accertamento giudiziale della conformità della fattispecie dedotta in lite con quella astrattamente prevista dal Legislatore.

⁶⁴ AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 4-5, rileva come ciò che è stato indicato nel testo sia conforme a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 204/2004 dove si intende il risarcimento del danno quale «ulteriore strumento di tutela, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo», dell'interesse legittimo: «non si vede come mai, in un regime di piena alternatività, la fruibilità di tale ulteriore strumento di tutela debba essere limitata al solo ricorso ordinario» (op. cit., 5). Lo stesso A. afferma che il provvedimento fonte del danno, non impugnato in sede giurisdizionale innanzi al TAR per decorso del termine di decadenza, non può considerarsi inoppugnabile: infatti, di esso si può

Per quanto riguarda, poi, il principio di concentrazione processuale, è noto che le relative esigenze hanno portato il Legislatore ad intervenire, negli ultimi anni, con importanti riforme nel processo amministrativo proprio in relazione alla tutela risarcitoria (cfr. artt. 35 d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 4, l. n. 205/2000) e sarebbe del tutto irrazionale reintrodurre di fatto, solo per il rimedio in esame, il criterio del c.d. doppio binario, incentrato su due distinti momenti: quello dell'annullamento in sede straordinaria e quello (successivo) del risarcimento in sede giurisdizionale. Si verrebbe in questo modo a determinare l'inaccettabile situazione di far rientrare dalla finestra ciò che il Legislatore ha voluto cacciare dalla porta proprio per evidenti esigenze di concentrazione e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori⁶⁵.

Inoltre, per quanto riguarda l'aspetto squisitamente formale, non si può non evidenziare come abbiano lo stesso "substrato" sia l'azione costitutiva di annullamento (pacificamente ammessa in sede straordinaria) sia l'azione di risarcimento, essendo entrambe fondate su un "accertamento" della conformità tra la fattispecie concreta (dedotta in giudizio) e quella astratta (descritta dalla norma).

A tutto ciò deve aggiungersi la considerazione relativa all'attuale dimensione funzionale del principio in base al quale il giudice amministrativo conosce di tutte le questioni risarcitorie proposte nell'ambito della sua giurisdizione (art. 7 cod. proc. amm.).

Conseguentemente, sembra possibile sostenere che l'alternatività e la fungibilità del ricorso straordinario, rispetto al ricorso innanzi al

ancora richiedere l'annullamento con il ricorso straordinario. Invece, elasso il termine di centoventi giorni, di massima non è attingibile né la tutela demolitoria né quella risarcitoria. Sul punto GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in *www.giustamm.it*, ha autorevolmente osservato: «una volta che si attesti l'inoppugnabilità al decorso dei 120 giorni, risulterebbe ricompresa in essa non solo il concetto di impossibilità di impugnazione, ma anche quello – più sostanziale – della definitiva incontestabilità dell'atto, quale che sia il fine (caducatorio o risarcitorio) di tale contestazione: sicché verrebbe meno la risarcibilità del provvedimento inoppugnabile che... è stata una delle principali ragioni portate a sostegno dell'autonomia dell'azione risarcitoria».

⁶⁵ Secondo A. CARBONE, *Corte costituzionale*, cit., 33, nell'ambito in esame la generalizzazione dei soggetti legittimati all'opposizione e l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza sembrano giustificare l'introduzione di nuove azioni.

giudice amministrativo, inducono a ritenere ammissibile anche nell'ambito in esame l'azione di risarcimento dei danni⁶⁶.

Allo stesso modo non è destituita di fondamento la considerazione che, nonostante le lacune sopraindicate e la previsione dell'obbligo del c.d. contributo unificato per effetto dell'art. 33 legge n. 111/2011, quello in esame continui ancora ad essere un rimedio utile ed economicamente vantaggioso⁶⁷.

⁶⁶ È opportuno rilevare anche che sarebbe stato opportuno un maggior approfondimento in relazione alla determinazione del Legislatore (art. 3 del d.lg. 20 marzo 2010, n. 53) di escludere l'utilizzabilità del ricorso straordinario nella materia relativa alle procedure di gara pubblica. In particolare, non pare infondata la considerazione secondo cui la giurisdizionalizzazione e la sua conseguente collocazione tra i riti speciali, oltre alla sua natura di rimedio particolarmente utile e semplice, avrebbero consigliato una scelta diversa da quella in concreto fatta dal Legislatore, potendosi ritenere preferibile – secondo chi scrive – non già la radicale soppressione del rimedio in esame relativamente alle procedure di gara pubblica, ma una più veloce rimodulazione del procedimento di decisione dei ricorsi straordinari almeno in tale ultima materia. Afferma POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 16: «se per il contenzioso elettorale l'esclusione si spiega con la particolare natura "d'urgenza" dello stesso (art. 130, comma 2, lett. a), c.p.a.) – a proposito: ma non s'era detto che il ricorso straordinario si giustifica per la sua celerità? – altrettanto non può dirsi degli appalti, il cui rito con termini abbreviati è comune ad altri contenziosi pur attivabili con ricorso straordinario (art. 119 c.p.a.)». Anche BENETAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit., 52, ritiene incoerente la previsione dell'art. 120, comma 1, cit., che – pur avendo l'obiettivo di una celere definizione delle controversie in tale settore – priva la materia degli appalti pubblici di un importante strumento deflativo del contenzioso giurisdizionale amministrativo. Ritiene, invece, QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, cit., 5, che la disposizione succitata avrebbe il pregio di riconoscere «la competenza del codice di ricomprendere anche il ricorso straordinario all'interno dell'intervento di riordino normativo nell'ambito del processo amministrativo, ancorché la delega facesse riferimento espresso al processo avanti ai Tribunali Amministrativi Regionali ed al Consiglio di Stato».

⁶⁷ Anche se è stata introdotta la previsione dell'obbligo del contributo unificato per il ricorso straordinario, l'utilità indicata nel testo – anche se ridotta – permane. Questa è legata anzitutto al termine più lungo (rispetto al rimedio giurisdizionale ordinario), alla non necessità della difesa tecnica (del resto, spesso i diretti interessati sono quelli che conoscono meglio la tematica oggetto del contendere) e, quindi, al minor costo sostanziale. L'utilità del rimedio in esame è data anche dall'assenza, in caso di rigetto, della condanna alle spese e dalla possibilità, in caso di accoglimento, di recupero del contributo unificato. Altra utilità è quella legata ai tempi

Nemmeno pare essere destituita di fondamento la considerazione che, a causa delle succitate lacune della disciplina relativa all'istruttoria del ricorso straordinario (incentrata sugli artt. 11 e 13 d.P.R. n. 1199/1971), si impone in tempi brevi la necessità di una riforma normativa che possa rendere effettivi, anche nell'ambito in esame, i principi del contraddittorio e del giusto processo. Sembra, però, possibile già in via interpretativa – proprio attraverso questi fondamentali principi – arrivare ad alcuni importanti correttivi, senza per questo negare l'importanza della sopraindicata riforma. In particolare, è possibile ritenere sussistente, a prescindere da una espressa istanza della parte, la configurabilità, come diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio del diritto di difesa in giudizio, di un obbligo di ostensione degli atti in capo all'Amministrazione procedente. In senso contrario, però, la pronuncia n. 2131 del 7 maggio 2012 delle Sezioni Riunite del Consiglio di Stato⁶⁸ ha riconosciuto la configurabilità del diritto di accesso agli atti solo per la parte che effettivamente lo abbia richiesto ed ha escluso che tale diritto possa assumere carattere officioso⁶⁹. Tuttavia, questa conclusione, ad avviso di chi scrive, non sembra meritevole di accoglimento in considera-

della decisione: infatti, se si fa l'interpello e non ci sono particolari ritardi nell'istruttoria, i tempi – ad eccezione di alcune specifiche materie – possono essere più celeri di quelli normalmente occorrenti per il ricorso giurisdizionale in due gradi di giudizio. Del resto, l'utilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato è inequivocabilmente dimostrata dal suo crescente utilizzo: infatti, mentre nel quadriennio 2008-2011 sono pervenuti alle sezioni consultive del Consiglio di Stato circa 5.000 affari l'anno, nel 2013 si è registrata un'impennata a 13.700, evidentemente dovuta anche al maggior peso del contributo unificato per i ricorsi al TAR in alcune materie.

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Urb. e app.*, 2012, 1054.

⁶⁹ Pertanto, i documenti acquisiti e gli eventuali atti defensionali, già depositati dalle altre parti anteriormente all'esito dell'istruttoria, sono conoscibili solo a mezzo di apposita istanza di accesso: tale istanza, senza forme particolari o sacramentali, può essere presentata contestualmente al ricorso ovvero nel corso dell'istruttoria, ma non dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività, in quanto, per economia dei mezzi, il contraddittorio tra le parti deve necessariamente concludersi nell'ambito della fase istruttoria, che si svolge innanzi all'Amministrazione

zione sia di quanto sopra accennato sia dell'improbabile asserita violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.) ad opera di un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto⁷⁰. È, pertanto, possibile sostenere che, accanto all'interesse *in re ipsa* all'accesso agli atti a fini difensivi, sia configurabile pure una sorta di dichiarazione tacita – da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato – di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità⁷¹.

⁷⁰ In senso contrario Cons. Stato, sez. riunite, 7 maggio 2012, n. 2131, cit., secondo cui l'accesso indiscriminato richiamato nel testo comporterebbe un indubbio – e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale. Più in generale, si sostiene che l'equiparazione al processo non è completa e totale. In secondo luogo, il diritto di difesa in giudizio si esplica nelle norme processuali che prevedono la difesa tecnica ed le regole del contraddittorio processuale, mentre il diritto di difesa, nel procedimento per ricorso straordinario, va modulato in relazione alle caratteristiche dell'istruttoria officiosa di competenza dell'Amministrazione ministeriale. Nel senso dell'ampio accesso, avallato da chi scrive, sembra deporre anche quella parte della succitata pronuncia n. 2131/2012 in cui si fa riferimento al dovere dell'amministrazione di comunicare il momento conclusivo dell'attività istruttoria con i relativi esiti (e cioè la relazione *ex art. 11*, comma 1, d.P.R. n. 1191/1971) non soltanto a coloro che abbiano effettivamente dichiarato di voler accedere a tali atti, ma «a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario». È opportuno rilevare che se rimane inevasa la rituale richiesta di accesso agli atti del procedimento, si determina un vizio del procedimento, che può essere denunciato in sede giurisdizionale. In ogni caso il Consiglio di Stato deve sospendere la propria pronuncia fino all'intervenuta comunicazione dei documenti ed al decorso di termini per le eventuali controdeduzioni. Anche nel caso di omessa trasmissione al Consiglio di Stato, da parte dell'Amministrazione incaricata di istruire il ricorso, della memoria difensiva prodotta dal controinteressato si determina un vizio rilevabile con ricorso giurisdizionale. In questo caso Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2002, n. 2428, ha affermato che il parere espresso dal Consiglio di Stato è viziato per errore di fatto, consistente nella supposta inesistenza della memoria stessa, positivamente risultante dagli atti di causa: tale errore di fatto consente la proposizione di un ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., espressamente richiamato dall'art. 15 del d.P.R. n. 1199/1971. Secondo Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2000, n. 1430, è in questo caso precluso, da parte dell'Organo Consultivo, l'esame delle controdeduzioni alla relazione ministeriale prodotte direttamente dall'interessato, atteso che, ai sensi dell'art. 49, secondo comma, del R.D. 21 aprile 1942 n. 444, da parte del Consiglio di Stato non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero.

⁷¹ Anche in assenza di una richiesta di accedere agli atti dell'istruttoria, l'Am-

In definitiva, da tutto quanto sopra accennato si evince il notevole ampliamento dell'ambito di operatività del ricorso straordinario⁷² e ciò costituisce la diretta conseguenza del riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale di quest'ultimo: si pensi all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, della sospensione dei termini nel periodo feriale⁷³, dell'applicazione della normativa sull'eccessiva du-

ministrato deve consentire il relativo accesso, previa fissazione di un termine congruo per l'eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti, identico per tutte le parti: scaduto tale termine deve escludersi un ulteriore accesso alle repliche ed un ulteriore termine per le controrepliche. Tuttavia, il Consiglio di Stato può restituire gli atti all'Amministrazione per permettere l'esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) quando emergano, con la relazione o nel corso dell'istruttoria, fatti nuovi o nuove esigenze processuali di fatto o di diritto, sulle quali sia necessario stabilire un compiuto contraddittorio. Tale regressione può verificarsi anche quando una parte richieda l'accesso agli atti, sia pure tardivamente, oltre il termine di legge previsto per la chiusura dell'istruttoria e dopo la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, sottolineando la necessità di un ulteriore contraddittorio tra le parti processuali. Per evitare un prolungamento indefinito del giudizio, devono ritenersi escluse ulteriori istanze di accesso (successive alla definizione dell'istruttoria) o di concessione di termini ulteriori ovvero di proroghe di quello già assegnato. Nell'ipotesi contraria – secondo la pronuncia indicata nel testo – il procedimento non avrà mai fine o si aprirebbe ad un contraddittorio giurisdizionale analogo a quello di cui all'art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cosa non prevista dalla normativa vigente, la quale deve sempre rimanere rispettosa della scelta giurisdizionale negativa che è stata compiuta da tutte le parti del ricorso straordinario.

⁷² Secondo VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *www.lexitalia.it*, nell'ambito in esame sussiste uno strano paradosso, in quanto il ricorso straordinario, da un lato, anche a seguito delle recenti modifiche, si rafforza, diventando sempre più uno strumento alternativo al rimedio giurisdizionale, equiparabile a quest'ultimo quanto a garanzie e mezzi di tutela (anche per ciò che concerne l'esecuzione delle decisioni emesse in sede straordinaria); dall'altro lato, riduce grandemente la sua portata, con conseguente attribuzione alla terza Sezione del Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali.

⁷³ Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2011, n. 11964 (rv. 617633), afferma che la sospensione prevista dall'art. 295 cod. proc. civ. non può essere disposta quando il processo pregiudicante venga individuato nella proposizione di ricorso straordinario al Capo dello Stato, determinandosi in quest'ipotesi non l'instaurazione di un giudizio ma l'attivazione di un procedimento amministrativo. Anche TAR Friuli V. Giulia Trieste, sez. I, 9 febbraio 2012, n. 46, ha affermato che risulta inapplicabile al ricorso straordinario la previsione dell'art. 1 della l. 7 ottobre 1969, n. 742, rela-

rata del processo, della sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ.⁷⁴

tiva alla sospensione dei termini feriali, riferibile soltanto ai termini processuali. Invero, Cons. Stato, sez. IV, 07 luglio 2011, n. 4074, ha affermato che l'istituto della sospensione necessaria del processo, disciplinato dagli artt. 295 e 298 cod. proc. civ., è caratterizzato dallo scopo di prevenire soluzioni configgenti, e non più modificabili, tra distinte liti e si estende anche all'ipotesi in cui il vincolo di pregiudizialità, idoneo a far sorgere il dovere di sospensione, derivi dalla definizione di un procedimento amministrativo per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto la pronuncia resa su ricorso al Presidente della Repubblica, ancorché non rivesta i caratteri formali e sostanziali della sentenza, costituisce comunque un atto di definizione della controversia che non è suscettibile di essere annullato, revocato o riformato dall'Amministrazione ed, inoltre, in forza del principio fondamentale dell'alternatività del ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, svolge un ruolo sostitutivo della decisione del giudice, anche se su un piano diverso, attesa la sua inattitudine a passare in "cosa giudicata" (conferma della sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 11 giugno 2004, n. 1115). Inoltre, Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2011, n. 1926, ha affermato che per la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato è necessario che l'originario ricorrente depositi l'atto di riassunzione presso la segreteria del giudice amministrativo entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione. Tale termine ha natura processuale ed è, quindi, soggetto a sospensione durante il periodo feriale. Anche G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 2, rileva che il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario dovrebbe comportare la revisione dell'indirizzo, costante nel tempo, circa l'inapplicabilità al ricorso dell'art. 1 l. 742/1969, sulla sospensione dei termini nel periodo feriale, in quanto riferibile soltanto ai termini processuali: cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009, n. 714/09, in *Rep. Foro it.*, 2009; Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 agosto 2007, n. 3047/07, in *Rep. Foro it.*, 2008; C.G.A., Cons. Stato, sez. riun., 14 dicembre 1992, n. 539/92, in *Rep. Foro it.*, 1993; Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 1989, n. 577, in *Rep. Foro it.*, 1989; Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 1978, n. 517/76 e sez. II, 8 febbraio 1978, n. 396/77, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1981. Inoltre, lo stesso A. afferma che la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario dovrebbe comportare l'applicazione della legge Pinto nelle ipotesi, non trascurabili stando alle statistiche, di ricorsi definiti dopo lungo tempo. V. anche *infra* nel testo.

⁷⁴ Secondo CARINGELLA, relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013, con riguardo alla sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ. è inevitabile, una volta riconosciuta la natura giurisdizionale del rimedio in esame, che i problemi di pregiudizialità tra i due giudizi debbano essere affrontati anche con questo rimedio. Lo stesso A. afferma che è erroneo affrontare il problema della

(nel caso in cui il giudizio civile pendente risulti pregiudicato dalla soluzione di una controversia sorta per effetto di un ricorso straordinario al Capo dello Stato⁷⁵) e della ricorribilità *ex art.* 111 Cost. innanzi alle Sezioni Unite⁷⁶ della Corte di Cassazione – per i soli motivi inerenti alla giurisdizione – delle decisioni rese nel regime dell'alternatività⁷⁷.

nuova veste del ricorso straordinario con il timore dell'omologazione: se il ricorso si giurisdizionalizza, con l'ottemperanza, con la tutela cautelare e con le azioni atipiche non perde la sua specificità o la sua ragion d'essere.

⁷⁵ MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009, alla luce di una monografia sul tema*. Introduzione al volume di FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno, n. 69*, Roma, 2010, malgrado quanto indicato nel testo, evidenzia «la ambivalenza “esistenziale” dell'istituto, confermata del resto dalla aggettivazione “giustiziale” che di solito lo accompagna (e che vuol dire tutto o nulla) ed accentuata dalla parallela evoluzione del ricorso giurisdizionale alla ricerca di una sempre maggiore effettività di tutela: sicché si assiste ad una rincorsa continua del ricorso straordinario verso ogni nuova frontiera del ricorso giurisdizionale. Il che appunto dà spiegazione di gran parte delle tante incertezze che gravano da tempo sull'istituto e che investono la questione della proponibilità in tale sede di domande di risarcimento danni, quella del presidio dell'azione di ottemperanza, quella della possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale. Si tratta, poi, di un giudizio tradizionalmente impugnatorio (il ricorso è ammesso “contro gli atti amministrativi definitivi”): ed allora è dubbio se la recente tendenza verso azioni di accertamento atipiche possa trovare ospitalità anche nel ricorso straordinario».

⁷⁶ Secondo MORELLI, *L'impugnabilità in Cassazione del decreto sul ricorso al Capo dello Stato ne consacra il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità*, in *Urb. e App.*, 2013, n. 4, 400 ss., col riconoscere l'impugnabilità in Cassazione, *ex art.* 362 cod. proc. civ., del decreto presidenziale emesso in sede di ricorso straordinario, si è determinato il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità. Ciò, secondo l'A., ha determinato anche un possibile sopravvenuto contrasto del rimedio di cui al citato art. 362 con il precetto costituzionale dell'eguaglianza, per il profilo della non consentita ricorribilità in Cassazione delle decisioni del giudice amministrativo, incidenti su diritti soggettivi, anche per vizi di violazione di legge.

⁷⁷ Per quanto riguarda, invece agli atti amministrativi regionali, anche se da tempo la giurisprudenza tende ad estendere pure a quest'ultimi l'esperibilità del ricorso straordinario (in considerazione della possibilità, da parte delle Amministrazioni regionali, di chiedere la trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale), sembra possibile sostenere la necessità della rivisitazione di questa posizione giurisprudenziale alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e del conseguenziale

7. – Dopo una prima fase storica – risalente a non molti anni or sono – in cui il ricorso straordinario al Capo dello Stato sembrava destinato ad un lento declino, la fase che è in atto sembra ineluttabilmente proiettata verso un continuo avvicinamento tra l'istituto in esame ed il ricorso innanzi al giudice amministrativo. Tuttavia, tale fase ovviamente non potrà mai portare ad una commistione tra i due succitati istituti: il ricorso straordinario deve conservare, rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo, non solo la sua autonomia, ma anche e soprattutto la sua natura di rito speciale in un unico grado incentrato sull'accordo delle parti, rispetto al quale, però, non tutte le regole ed i principi del processo amministrativo risultano essere applicabili. Sotto questo profilo si può parlare del ricorso straordinario come di un "cantiere aperto", in quanto si presenta come un interessantissimo laboratorio in cui studiare e testare fino a che punto può estendersi l'ambito di operatività di un rimedio giuridico fortemente rivitalizzato.

Per quanto riguarda, in particolare, la natura giuridica di quest'ultimo, se è vero, come accennato in precedenza, che con la sopraindicata sentenza n. 73/2014 della Consulta si è persa un'importante occasione per fare definitiva chiarezza, è altrettanto vero che è ormai indispensabile che i citati dubbi vengano una volta per tutte fugati dal futuro intervento del Giudice delle leggi sollecitato dall'Adunanza Plenaria n. 15/2015. Sarebbe auspicabile che tale intervento chiarisca in modo risolutivo sia il carattere di decisione giurisdizionale del parere del Consiglio di Stato reso in sede di ricorso straordinario sia la natura del rimedio in esame (non di strumento di risoluzione di conflitti – come teorizzato dalla citata sentenza n. 73/2014 della Consulta – alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario, ma) di rito speciale articolato in un unico grado e fondato sull'accordo

processo di rafforzamento delle autonomie regionali. Infatti, non pochi dubbi si pongono in ordine all'ammissibilità di una decisione ministeriale in sede di ricorso straordinario avente ad oggetto un provvedimento regionale, rientrante tra le materie di competenza esclusiva della Regione. Del resto, anche da un punto di vista storico tali conclusioni sembrano essere avvalorate dal fatto che il rimedio in esame è nato ed ha operato per lunghissimo tempo in un contesto istituzionale in cui le Regioni non esistevano.

tra le parti in causa, secondo lo schema generale di cui al ricorso *per saltum* ex art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

Una chiara presa di posizione in questo senso potrebbe anche rappresentare un ulteriore elemento a favore della sopraindicata portata retroattiva dell'acquisizione – ad opera della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm. – della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Un importante contributo in tale direzione è stato dato dall'Adunanza Plenaria n. 7/2015.

C'è da augurarsi che arrivi anche il sigillo definitivo della Corte costituzionale.

Abstract

L'Autore, nel richiamare la tesi sostenuta dalla Adunanza Plenaria n. 7/2015 della portata non retroattiva dell'acquisizione – ad opera della legge n. 69/2009 e del codice del processo amministrativo – della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato, analizza gli argomenti che si pongono in contrasto con tale tesi. Dalla sopraindicata portata non retroattiva deriva, relativamente ai decreti decisori di ricorsi straordinari, una diversità di disciplina tra quelli successivi e quelli precedenti alla legge n. 69/2009, in quanto solo per i primi l'Adunanza Plenaria esclude la possibilità di un intervento legislativo caducatorio. In ordine ai secondi, i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale inducono a sollevare la relativa questione di costituzionalità. In ogni caso la stessa Adunanza Plenaria conferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, anche se in relazione a tale aspetto, nonostante una inconsueta convergenza tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, devono registrarsi ancora alcuni dubbi. Dopo aver analizzato i diversi argomenti addotti dalla teoria favorevole e da quella contraria alla cosiddetta giurisdizionalizzazione del rimedio in esame, l'Autore sottolinea come quest'ultimo sia proiettato verso un continuo avvicinamento al ricorso giurisdizionale ordinario, escludendo comunque la possibilità di arrivare ad una commistione tra questi due istituti. Infatti, viene sottolineato dall'Autore come il ricorso straordinario debba necessariamente conservare, rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo, non solo la sua autonomia, ma anche e soprattutto la sua natura di rito speciale in un unico grado incentrato sull'accordo delle parti, rispetto al quale, però, non tutte le regole e i principi del processo amministrativo risultano essere applicabili. Se è vero che con la sentenza n. 73/2014 della Consulta si è persa un'importante oc-

casione per fare definitiva chiarezza in ordine alla natura giuridica del rimedio in oggetto, è altrettanto vero che è ormai indispensabile che i succitati dubbi vengano una volta e per tutte chiariti dal futuro intervento del Giudice delle leggi sollecitato dalla Adunanza Plenaria n. 15/2015. In particolare, l'Autore auspica una pronuncia che imprima il sigillo definitivo sul carattere giurisdizionale della decisione adottata in sede di ricorso straordinario e sulla natura del rimedio in esame (non di strumento di risoluzione di conflitti – come teorizzato dalla citata sentenza n. 73/2014 della Consulta – alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario, ma) di rito speciale articolato in un unico grado e fondato sull'accordo tra le parti secondo lo schema del ricorso *per saltum* di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

The author analyzes the arguments that stand in contrast to the thesis of the Plenary meeting of the Council of State n. 7 of 2015 on the non retroactive scope of the acquisition – by the law n. 69/2009 and the code of the administrative procedure – of substantially jurisdictional nature of the extraordinary appeal to the Head of State. With regard to extraordinary appeals decision-decrees, a diversity of discipline among subsequent appeals and previous to the law n. 69/2009 derived from the above-mentioned non-retroactive effect, as only for the first Plenary meeting excludes the possibility of legislative action for annulment. As regards the second, the consequent doubts of constitutional legitimacy lead to raise its issue of constitutionality. In each case the same Plenary meeting confirms the judicial nature of the extraordinary appeal, although in relation to this aspect, despite an unusual convergence between the Supreme Court and the Council of, some doubts still exist. After analyzing the various arguments put forward by the theory favorable and contrary to the so-called judicialisation of the remedy in question, the Author points out that the latter is approaching to the ordinary judicial remedy, excluding the possibility of a fusion between these two institutions. In fact, the Author points out that the extraordinary appeal must necessarily keep, than the appeal before an administrative judge, not only its autonomy, but also and especially its nature special rite in one degree focused on agreed terms, against which, however, not all of the rules and principles of the administrative process are applicable. While it is true that with the Constitutional Court judgment n. 73/2014 the legal system has lost an important opportunity to make definitive clarity as to the legal nature of the remedy, it is equally true that it is now essential that the above doubts to be clarified once and for all from the future intervention of the Court of law urged by Plenary meeting n. 15/2015. In particular, the Author wishes to a decision regarding the final judicial character of the decision taken at the extraordinary appeal and the nature

of the remedy in question (no instrument of conflict resolution – as theorized by the judgment n. 73/2014 of the Constitutional Court – an alternative to the ordinary judicial remedy, but) special rite articulated in one instance and based on agreement between the parties according to the diagram of the action *per saltum* under art. 360, paragraph 2, of the code of civil procedure.