

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

— PAOLO TANDA —

(a cura di)

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato

Atti del Convegno
Roma 9 ottobre 2014



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

La Collana di Studi raccoglie il frutto delle ricerche del Programma Interuniversitario di rilevante interesse nazionale sul tema "Principio di legalità e amministrazione di risultati" di cui il Prof. Franco Gaetano Scoca è coordinatore scientifico nazionale.

Tale Programma di ricerca è frutto del cofinanziamento del Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e delle sedi universitarie consorziate (Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Ancona, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Perugia e Università degli Studi di Teramo).

I volumi pubblicati nella presente collana a fare data dal marzo 2012 sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dal Direttore della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

PAOLO TANDA
(a cura di)

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato

*Atti del Convegno
Roma 9 ottobre 2014*



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0011-4

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI
Interventi	
Giorgio Santacroce	
<i>Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato</i>	3
Paolo Tanda	
<i>La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale</i>	
1. Introduzione	6
2. L'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. nell'interpretazione della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale	8
3. Le fasi altalenanti della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato	14
4. Le ragioni della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario	17
5. Inconfigurabilità della violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo	24
6. L'attuale ambito di operatività del ricorso straordinario	25
7. Conclusioni	31
Mario R. Spasiano	
<i>Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione</i>	
1. Premessa	33
2. Sussistono ragioni che inducono a invocare una maggiore tutela amministrativa del cittadino?	34
3. L'amministrazione pubblica è in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un'attività giustiziale?	40

	<i>pag.</i>
4. Quale ampiezza e quali connotati deve assumere la funzione giustiziale della pubblica amministrazione?	49
Giorgio Giovannini	
<i>Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato</i>	
1. Introduzione	55
2. Configurazione pregressa del ricorso straordinario	56
3. Configurazione attuale	57
4. Criticità: aspetti costituzionali	58
5. Criticità: aspetti strutturali	60
6. Criticità: aspetti procedurali	61
7. Conclusioni	63
Luigi Rovelli	
<i>Nuove prospettive del ricorso straordinario: l'ircocervo prende forma?</i>	
	65
Marco Calabrò	
<i>Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione</i>	
1. Il dibattito sulla natura giuridica del ricorso straordinario: le ragioni a favore della tesi "amministrativa"	74
2. Istanze europee volte alla valorizzazione di rimedi di tutela alternativi e caratteri delle a.d.r. amministrative di tipo aggiudicativo	79
3. Il profilo della maggiore "adeguatezza" del rimedio e la nozione di <i>appropriate dispute resolution</i>	83
4. I limiti del ricorso straordinario e la non inquadrabilità dell'istituto nel novero delle a.d.r.	84
5. Modelli di rimedi giustiziali conformi all'esigenza di una tutela "adeguata". Considerazioni <i>de iure condendo</i>	86
Erik Furno	
<i>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"!</i>	
	90

pag.

Cesare Mastrocola	
<i>Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica</i>	104
Eugenio Mele	
<i>Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica</i>	105
Giovanni Puoti	
<i>Dalla giurisdizione tributaria alla giurisdizione amministrativa (una proposta de iure condendo: ricorso straordinario al Capo dello Stato per le controversie tributarie)</i>	110
Franco Gaetano Scoca	
<i>Intervento conclusivo</i>	112

Comunicazioni

Stefano Tarullo	
<i>Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza</i>	
1. Inquadramento del problema	119
2. Il silenzio del Codice del processo amministrativo	122
3. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2013	124
4. La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. <i>b</i> del Codice	125
5. <i>Segue</i> : rilievi critici	128
6. La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. <i>d</i> del Codice	130
7. <i>Segue</i> : rilievi critici	133
8. Notazioni conclusive	134

Graziana Urbano	
<i>L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica</i>	

1. La ricostruzione dell'istituto nel confronto tra i più rilevanti interventi

	<i>pag.</i>
legislativi e i principali approdi giurisprudenziali. La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza	136
2. La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza secondo il giudice amministrativo	145
3. La natura sostanzialmente giurisdizionale	146
4. L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza	150
5. Ulteriori profili ricostruttivi	154
6. La posizione dell'adunanza plenaria sulla natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario	157
7. La posizione dell'adunanza plenaria sul giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza	161
8. La ricostruzione dottrinale del ricorso straordinario	164
9. La prima dottrina sostenitrice della natura amministrativa, <i>ante legem</i> n. 69/2009	165
10. La recente dottrina sostenitrice della natura giurisdizionale, <i>post legem</i> n. 69/2009	167
11. La posizione della dottrina sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza	172
12. Il ricorso come rimedio giustiziale amministrativo	174
13. Osservazioni conclusive	177

Federico Girelli

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed eccezione di costituzionalità

1. Un giudice <i>a quo ex lege</i> ?	190
2. È la Corte costituzionale ad avere l'«ultima parola»	192
3. Legittimazione a sollevare la questione e giurisdizionalità	193
4. Un nuovo «portiere»	195

Gerardo Soricelli

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?

1. Premesse introduttive	197
2. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza	198
3. La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato secondo la dottrina	204
4. Considerazioni finali	208

pag.

Luigi Conti

*L'azione risarcitoria nel ricorso straordinario
al Presidente della Repubblica*

1. Brevi cenni introduttivi	209
2. Recenti modifiche normative	212
3. L'azione risarcitoria a seguito dell'approvazione del codice del processo amministrativo	214
4. Ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario alla luce di principi generali dell'ordinamento	216
5. I recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato	218
6. Conclusioni: reintroduzione tacita del c.d. doppio binario?	219

Cristina Asprella

Tra merito e metodo: dal merito amministrativo al merito processuale

1. Introduzione	221
2. Il merito amministrativo	222
3. Il merito nel processo civile	227

Premessa

La travagliata storia, che da circa trecento anni caratterizza l'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato, è fatta di fasi fortemente altalenanti che, come un pendolo, sono oscillate tra una posizione favorevole all'ampliamento della portata del rimedio in esame ed una propensione addirittura alla sua totale eliminazione.

Tali oscillazioni scaturiscono dai non pochi cambiamenti di orientamento determinatisi nel tempo soprattutto sulla natura giuridica del ricorso straordinario e, quindi, sul suo inquadramento sistematico.

Nemmeno la recente convergenza, alquanto rara su problematiche di giustizia amministrativa, tra l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in relazione alla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha posto fine alle molte problematiche relative a tale rimedio e, in particolare, alla questione sulla natura giuridica dello stesso.

Né può dirsi che i sopraindicati profili siano riusciti a trovare una soluzione univoca a seguito della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, che – come noto – è intervenuta sull'inammissibilità del ricorso straordinario in relazione alle controversie in materia di pubblico impiego c.d. contrattualizzato (art 7, comma 8, cod. proc. amm.), dichiarando infondata la relativa questione di legittimità costituzionale: tale sentenza non solo ha sancito l'incontrovertibile superamento della ricostruzione dell'istituto in esame come rimedio di natura amministrativa, ma soprattutto ha limpidamente chiarito come, quello che nella forma è un parere, nella sostanza ha carattere di vera e propria decisione.

In tale contesto il convegno tenutosi il 9 ottobre 2014 presso l'Università degli studi di Roma "Niccolò Cusano" ha cercato di fare il punto della situazione, anche alla luce delle rilevanti modifiche apportate nell'ambito in esame dalla legge n. 69/2009 e dal codice del processo amministrativo.

Nel presente lavoro sono contenute non solo le relazioni del sopraindicato convegno (riportate secondo il relativo ordine cronologico), ma anche alcune comunicazioni inviate da studiosi della materia oggetto del citato convegno.

Interventi

*Giorgio Santacroce**

Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato

Sono tali e tanti gli amici coinvolti in questo incontro che citarli tutti finirebbe per occupare buona parte del mio intervento, per cui mi limito a un generale saluto di simpatia a tutti i relatori presenti, ringraziando per l'invito l'Università degli Studi Niccolò Cusano e, per essa, il Rettore, il Preside della Facoltà di Giurisprudenza e il professor Tanda, autore del libro che ha fornito lo spunto e l'occasione di questo Convegno.

Il tema del ricorso straordinario al Capo dello Stato è stato oggetto, negli ultimi anni, di un copioso e stimolante dibattito che ha intensamente coinvolto teoria e prassi. Sono emerse rinnovate e spesso originali riflessioni che costituiscono il risvolto speculativo di nuove evenienze riscontrate nell'esperienza giuridica, che hanno travolto le classiche dissertazioni sull'istituto dimostrandone talora l'insufficienza o l'erroneità.

La monografia del professor Tanda si inserisce in questo filone proiettato verso il futuro, a conferma del carattere di "cantiere aperto" di un istituto, considerato fino a ieri un "relictto storico", superato dall'evoluzione costituzionale e soprattutto dall'imporsi di un compiuto sistema di giustizia amministrativa affidato ad organi giurisdizionali.

È ricorrente l'affermazione che, tradizionalmente, il ricorso straordinario affonda le sue origini nel c.d. sistema della "tutela ritenuta", tipico delle monarchie assolute in cui il sovrano, collocato al vertice della gerarchia costituzionale, nell'esercizio della sua funzione di moderatore e custode del diritto, aveva il potere di ristabilire la legalità violata, correggendo eventuali illegittimità poste in essere dagli organi dell'amministrazione statale.

Recepito dallo Stato unitario e sopravvissuto alla definitiva emersione della giurisdizione amministrativa, il ricorso straordinario ha superato indenne l'avvento della Costituzione repubblicana e il mutato regime costituzionale, sopravvivendo a qualsiasi tentativo di soppressione, espressa o implicita: anche quando,

* *Primo Presidente della Corte di Cassazione.*

negli anni '50, le prime pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione disconoscevano il giudizio di ottemperanza alla mancata esecuzione delle decisioni straordinarie stante la loro natura amministrativa.

Il fatto è che il ricorso straordinario continua ad essere al centro di un curioso paradosso. Da un lato è sostanzialmente indiscusso il suo carattere di residuo dell'*ancient régime*, privo di reale utilità, non rinvenendosi oltretutto nella Costituzione alcuna disposizione che sia ad esso direttamente riferibile, e dall'altro le statistiche giudiziarie ne evidenziano invece la vitalità, permanendo un'opzione di tanti cittadini per l'uso di questo rimedio, sia sotto il profilo strettamente giuridico, vista la decisione della Corte di Giustizia che ne ha accentuato le analogie con il ricorso giurisdizionale, sia sotto il profilo sociologico-economico, considerati i minori costi rispetto ai costi molto più elevati della tutela giurisdizionale amministrativa (per i maggiori importi delle tariffe professionali degli avvocati rispetto al giudizio civile, per la minore distribuzione territoriale del giudice amministrativo, per la presenza del termine breve a ricorrere e così via).

Organicamente disciplinato dagli artt. 8-15 del d.P.R. n. 1199/1971, il ricorso straordinario consente ai cittadini di impugnare, per motivi di legittimità, atti amministrativi definitivi, al fine di tutelare i propri diritti e interessi legittimi. I dubbi relativi alla compatibilità dell'istituto con gli artt. 24 e 113 Cost. sono stati fugati da un'importante sentenza della Consulta, secondo la quale l'attribuzione al privato della facoltà di scegliere liberamente tra l'ordinario ricorso all'autorità giudiziaria e il rimedio straordinario esclude eventuali profili di illegittimità costituzionale di quest'ultimo.

Da sempre dottrina e giurisprudenza si interrogano, con alterne e ondivaghe vicende, sulla *natura, amministrativa o giurisdizionale*, di questo rimedio e sul suo inquadramento sistematico. Il dubbio, lungi dall'essere meramente teorico, porta con sé alcune problematiche consequenziali di primaria importanza, quali, tanto per fare un esempio, la possibilità di adire il giudice dell'ottemperanza in caso di inadempimento del decreto presidenziale e, ancora, la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale all'interno della procedura straordinaria.

Il carattere "ambivalente" dell'istituto ha indotto per lungo tempo le Sezioni Unite della Cassazione e il Consiglio di Stato a sfidarsi in un lungo e appassionato duello, a cui non è rimasto estraneo il giudice delle leggi che, dopo aver introdotto in passato la definizione di "ircocervo" riferita al ricorso straordinario, è arrivato in data recentissima a parlare, con la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 di "*rimedio giustiziale sostanzialmente assimilabile a un giudizio*", prendendo atto dell'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che attribuisce ad esso "carattere di decisione".

A dare nuova linfa vitale all'istituto è intervenuto il legislatore con due rilevanti innovazioni: la prima è la riforma attuata con la legge 18 giugno 2009, n. 69 (recante "disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile"), che ha modificato il testo dell'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, rendendo definitivamente vincolante per l'autorità ministeriale – co-

me ho appena segnalato – il parere del Consiglio di Stato, trasformando i poteri decisori originariamente attribuiti al Ministro in meri adempimenti di natura formale; la seconda è l'introduzione del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, emanato in attuazione della delega per il riordino del processo amministrativo di cui alla legge n. 69/2009).

Al nuovo quadro di riferimento normativo fanno esplicito riferimento sia le sentenze 5 giugno 2012, n. 18 e 6 maggio 2013, n. 9 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, relative all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in riferimento ai decreti di accoglimento dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato (adottati a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato), sia la sentenza 19 dicembre 2012, n. 23464 delle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno evidenziato come l'accentuazione del processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario derivi da alcune disposizioni del codice del processo amministrativo e, in particolare, dall'art. 7, che funge com'è noto da cardine in materia di giurisdizione amministrativa. Il comma 8 di questa norma – spiegano le Sezioni Unite – stabilisce che il ricorso straordinario “è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa” e, quindi, nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione: a testimonianza e conferma che la “giurisdizione” è generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario, analogamente a quanto si verifica per il ricorso ordinario al giudice amministrativo.

Raramente negli ultimi anni è accaduto che la Cassazione e il Consiglio di Stato abbiano avuto posizioni nette e convergenti e ora consolidate su questioni comuni in materia di giustizia amministrativa. Manca solo – osserva il professor Tanda – l'allineamento della Corte costituzionale perché il processo di giurisdizionalizzazione possa dirsi giunto a totale compimento.

Ma qui mi fermo, lasciando che sia il collega Luigi Rovelli a segnalare gli ulteriori e molteplici risvolti del riconosciuto parallelismo tra ricorso straordinario e ricorso ordinario enunciato dalla Cassazione, anche con riferimento alla facoltà di opposizione prevista dall'art. 48 cod. proc. amm.

Ciò che è certo è che la mutazione genetica del ricorso straordinario si presenta oggi come un interessantissimo laboratorio in cui approfondire fino a che punto può estendersi il suo ambito di operatività, dopo le due fondamentali innovazioni della riforma attuata con la legge n. 69/2009 e dell'introduzione del codice del processo amministrativo. Muovendo da questa ricostruzione risulterà ancora più efficace l'impegno assunto dal professor Tanda nel riproporre un istituto suscettibile, nella sua prospettiva evolutiva e di medio-lungo periodo, di implicazioni come l'applicabilità della legge n. 89/2001 (la c.d. legge Pinto sulla eccessiva durata del processo) e dell'art. 111, comma 8, Cost. sulla ricorribilità alle Sezioni Unite – per i soli motivi inerenti alla giurisdizione – delle decisioni rese nel regime dell'alternatività, perché equiparate alle decisioni del Consiglio di Stato.

*Paolo Tanda**

La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. nell'interpretazione della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale. – 3. Le fasi altalenanti della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 4. Le ragioni della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario. – 5. Inconfigurabilità della violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo. – 6. L'attuale ambito di operatività del ricorso straordinario. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

A seguito dei due fondamentali interventi normativi rappresentati dalla legge n. 69/2009 e dall'introduzione del codice del processo amministrativo, è inevitabile parlare di nuove prospettive in relazione al ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto per quest'ultimo – che nei suoi quasi trecento anni di vita ha avuto fasi molto altalenanti¹ –, dopo i sopraindicati interventi legislativi, si sono

* *Professore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Niccolò Cusano Telematica – Roma.*

¹ 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 sabaudo della monarchia costituzionale, in relazione alla quale l'ampio potere decisorio del Re (affidente 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 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 modifica-

aperti orizzonti prima impensabili. Infatti, in passato non pochi sono stati coloro che propugnavano addirittura l'abrogazione di un rimedio ritenuto inutile²: in tale direzione si è collocato, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, anche un disegno di legge dell'onorevole Di Rudini, che, però, non ha avuto seguito grazie alla ferma opposizione di Giolitti, il quale già allora sottolineava l'importanza del ricorso straordinario come fondamentale strumento di tutela dei meno abbienti³.

zione, nella citata legge unificatrice 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 sezione IV 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 legge 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 sezione IV, 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 legge 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).

² 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.

³ Con la legge istitutiva della sezione IV del Consiglio di Stato tornò 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 Rudini si orientò 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 legge 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

Oggi con i due sopraindicati interventi legislativi si assiste ad un tendenziale avvicinamento del ricorso straordinario al ricorso innanzi al giudice amministrativo. Infatti, le due fondamentali innovazioni introdotte dalla sopraindicata legge n. 69/2009 (la natura non più parzialmente ma oramai totalmente vincolante del parere del Consiglio dello Stato e la possibilità, prima esclusa, di sollevare in tale sede da parte dello stesso C.d.S. questioni di legittimità costituzionale), unitamente alla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza prevista dal codice del processo amministrativo, sembrano indicare che nell'ambito del ricorso straordinario la decisione – nonostante assuma la forma di d.P.R. – è di fatto adottata dal C.d.S., che in tale sede esercita una funzione non consultiva (e, quindi, amministrativa) ma sostanzialmente giurisdizionale⁴.

2. *L'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. nell'interpretazione della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*

Anche la Corte costituzionale con la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 ha riconosciuto «carattere di decisione» al parere del Consiglio di Stato con conseguente trasformazione dell'antico ricorso amministrativo in un rimedio giustiziale «sostanzialmente assimilabile ad un giudizio»⁵, anche se con alcune limitazioni, le quali da un lato non sembrano impedire la collocazione dell'istituto in esame all'interno della categoria dei rimedi giurisdizionali, dall'altro lato sembrano indicare unicamente un ambito di operatività più ristretto del ricorso straordinario rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo⁶.

In particolare, la succitata sentenza n. 73/2014 è intervenuta su un aspetto specifico della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato⁷: quello re-

dello stesso con il ricorso giurisdizionale ordinario, apportando all'istituto alcune modifiche soprattutto in materia di termini e di notifica del ricorso.

⁴ Nel senso della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sembrano propendere ulteriori profili: 1) il fatto che l'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 significativamente fa testuale riferimento alla nozione di giudizio e non a quella di procedimento; 2) la previsione da parte dell'art. 15 dello stesso d.P.R. n. della possibilità di proporre avverso la decisione del ricorso straordinario la revocazione, rimedio tipico dei provvedimenti giurisdizionali; 3) l'estensione da parte dell'art. 33 della legge n. 111/2011 anche al ricorso straordinario – analogamente al ricorso al TAR – del contributo unificato proprio per la natura ormai sostanzialmente giurisdizionale e non amministrativo del rimedio in esame. In merito per un approfondimento v. *infra*.

⁵ In questi termini si esprime la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 della Corte costituzionale, che può esser letta per esteso in www.cortecostituzionale.it.

⁶ Del resto, l'ambito di operatività non può non essere più ristretto, visto che il ricorso straordinario deve mantenere la sua specificità, in quanto diversamente, e solo in questo caso, diventerebbe un inutile doppione del ricorso al giudice amministrativo.

⁷ BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; BERTONAZZI, *Re-*

lativo all'inammissibilità di quest'ultimo in ordine alle controversie in materia di pubblico impiego c.d. contrattualizzato. Infatti, ai sensi dell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. il sopraindicato rimedio straordinario è ammesso solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

La previsione di tale norma trova la sua giustificazione essenzialmente nel fatto che la legge n. 69/2009, avendo attribuito 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 (v. *infra*), 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 sopraindicato principio⁸. Insomma, poiché il ricorso

centi novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in *Urb. e app.*, 2009, 1285 ss.; CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2014; 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 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 F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 623; IMMORDINO, IOVINO, SALSANO, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: cenni storici e linee evolutive*, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 182; 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; GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa; il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, legge n. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2010; 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; F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2014, 1476 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.; TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. – CdS*, n. 11, 2008; 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.

⁸ 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, ha definito l'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. una norma giusta per 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 n. 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.

straordinario è stato ricondotto nell'ambito della giurisdizione amministrativa e poiché non si può concepire una decisione avente natura giurisdizionale in materie diverse da quelle di pertinenza della giurisdizione amministrativa, era inevitabile che il codice del processo amministrativo si adeguasse ad una situazione nei fatti già esistente. Ciò fa comprendere che la norma di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. non ha carattere innovativo ma solo ricognitivo rispetto alla legge n. 69/2009⁹.

⁹ Non è, quindi, condivisibile l'orientamento dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, la quale con il parere 22 febbraio 2011, n. 808 – mancando una disposizione transitoria sia sui limiti applicativi della nuova normativa sia sulla disciplina applicabile ai ricorsi straordinari proposti in data anteriore alla vigenza del cod. proc. amm. – ha escluso, sulla base della ritenuta natura innovativa dell'art. 7, il carattere retroattivo di tale norma e, conseguentemente, la sua applicabilità ai ricorsi straordinari proposti prima dell'entrata in vigore del codice. Secondo tale pronuncia dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, nell'ambito in esame, mancherebbe il presupposto principale dell'eventuale intervento legislativo di interpretazione autentica: non sussisterebbe, cioè, alcuna necessità di eliminare incertezze interpretative o di rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto voluta dal Legislatore. In pratica, la nuova norma verrebbe ad incidere non solo su un consolidato orientamento incentrato su principi opposti a quelli contenuti nel citato art. 7, comma 8, ma anche sul consequenziale affidamento dei cittadini in una stabilizzata soluzione giurisprudenziale. Rileva, infatti, il Consiglio di Stato – sempre nella pronuncia citata nel testo – che in tale materia si sarebbe formato «quasi un “diritto vivente”, di rango giurisprudenziale, e, quindi, si è creato ormai un legittimo affidamento, sia in capo ai cittadini che alle pubbliche amministrazioni, circa la possibilità di ottenere una pronuncia sul ricorso straordinario in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato anche dopo che essa è stata sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo». Al fine di risolvere il problema dell'applicabilità della nuova previsione ai ricorsi già proposti alla data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo, lo stesso Consiglio di Stato fa leva, oltre che sulla natura innovativa e non di interpretazione autentica del comma ottavo dell'art. 7 cit., anche sulla natura giustiziale del rimedio in esame, sulla norma di cui all'art. 5 cod. proc. civ. e non sul tradizionale principio *tempus regit actum* relativo alla successione delle leggi nel procedimento amministrativo: tale art. 5, secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, fissa un principio – quello della permanenza del potere di definire la controversia in capo all'organo chiamato a pronunciarsi, nonostante i mutamenti sopravvenuti della legge attributiva di tale potere – che, secondo la sopraindicata pronuncia del C.d.S., è certamente applicabile al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Infatti, quest'ultimo avrebbe una natura atipica, non assimilabile agli altri ricorsi amministrativi, con spiccate caratteristiche di giustizia; tale natura è confermata dal fatto che il provvedimento finale rappresenta solo l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale contenuto nel parere del Consiglio di Stato. In altri termini, la decisione – adottata a seguito del rimedio straordinario – nella forma è provvedimento del Capo dello Stato, ma nella sostanza è provvedimento del C.d.S., con la conseguente necessità di dare il dovuto rilievo a tale ultimo profilo. Sulla base di tutto ciò si arriva alla sopraindicata conclusione di limitare l'applicazione della previsione di cui all'ottavo comma dell'art. 7 cit. solo ai ricorsi proposti dopo l'entrata in vigore del Codice. Questo consentirebbe di evitare di pregiudicare le aspettative dei cittadini ricorrenti, opzione non perseguibile nell'ipotesi di adozione dell'opposta soluzione interpretativa: sostenere, invece, l'applicabilità dell'ottavo comma dell'art. 7 anche alle controversie pendenti in sede straordinaria alla data di entrata in vigore del nuovo Codice, significherebbe dover concludere per l'innammissibilità dei ricorsi proposti nel vigore del regime precedente, con conseguente frustrazione delle aspettative e dell'affidamento degli interessati nello strumento di giustizia (ricorso straordina-

In effetti, per risolvere il problema legato alla qualificazione del succitato carattere innovativo o ricognitivo, si deve fare riferimento alla legge n. 69/2009 e non alla specifica situazione – prevalente in passato – di sostanziale ammissione del ricorso straordinario in relazione alle controversie di pubblico impiego c.d. contrattualizzato¹⁰. Ciò è dimostrato anche dal fatto che nella Relazione governativa al codice, in riferimento alla norma in esame, si utilizza un'espressione («è stato altresì chiarito che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa») che fa pensare ad un carattere interpretativo e non innovativo della norma stessa¹¹.

rio) da essi stessi volontariamente e alternativamente prescelto, rinunciando alla tutela in sede giurisdizionale. Tutto ciò, di fatto, comporterebbe – sempre secondo (Cons. Stato, Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 808, cit. – una sostanziale violazione del principio di effettività della tutela, di cui all'art. 24 Cost., che deve ritenersi invocabile anche in sede di ricorso straordinario. Se, da un lato, tale orientamento appare apprezzabile per esigenze di tutela dell'affidamento, dall'altro lato l'opzione per la natura innovativa e non di interpretazione autentica del comma 8 dell'art. 7 cit. – già inaccettabile per le sopraindicate considerazioni – fa nascere, in relazione a tale disposizione normativa, l'ulteriore problema del possibile eccesso di delega, escluso dalla Corte costituzionale.

¹⁰ Pertanto, bisogna aver riguardo alla complessiva situazione precedente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (nel cui ambito è inserito – come è noto – il citato art. 7): non si può, pertanto, prescindere – sotto tale specifico profilo – dal punto di riferimento costituito dalla legge n. 69/2009. Anche BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, 2012, 39, dubita del carattere innovativo della norma in esame che sembra essere in contraddizione con i criteri previsti dal Legislatore delegante nell'art. 44 della legge n. 69/2009 e, in particolare, con il comma 2, lett. b, n. 1, di tale disposizione, secondo cui il Legislatore delegato avrebbe dovuto provvedere al riordino delle «norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni». Secondo tale Autrice il contrasto si pone «con riferimento all'esigenza che il riordino avvenga "codificando" la giurisprudenza delle Corti supreme, in specie, ove si consideri che, per un consolidato orientamento pretorio (di cui la stessa Adunanza Generale, nel parere sopra citato, dà contezza), il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere proposto anche al di fuori del regime dell'alternatività, come accade allorché esso attenga alla tutela di diritti soggettivi nell'ambito di materie non (più) devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo (come nel caso del pubblico impiego privatizzato)». In merito cfr. anche AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *www.giustamm.it*, n. 6, 2011, 4.

¹¹ Bisogna anche rilevare che, avendo la legge delega richiesto – sullo schema di decreto legislativo – la necessaria acquisizione del parere delle competenti Commissioni, l'art. 7, comma 8, cit. è stato introdotto in sede parlamentare anche a seguito di tale parere, secondo cui «dovrebbe aggiungersi un comma finale che disponga l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa»: in tali termini cfr. Commissione Affari costituzionali del Senato e Commissione Giustizia della Camera sullo schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo – atto n. 212 – reso nella seduta del 16 giugno 2010. La rilevanza di tale parere, obbligatorio ma non vincolante, deriva dal fatto che le Commissioni parlamentari consultive costituiscono una emanazione diretta dell'organo legislativo. In questo senso si pone espressamente la sentenza n. 60/1957 della Corte costituzionale, la quale ha anche affermato, con la sentenza n. 78/1957, che il parere di tali organi (anche non vincolante) riveste «un valore notevole, specialmente quando sia stato espresso all'unanimità ... po-

Le sopraindicate considerazioni sul carattere ricognitivo e non innovativo dell'art. 7 cit. non possono non indurre a condividere la recente sentenza n. 73/2014 della Consulta¹² nella parte in cui ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 7, sollevata dalla ordinanza n. 269 di Cons. Stato, sez. I, 20 maggio 2013¹³. Questa ordinanza sostiene che l'art. 7¹⁴ sarebbe stato previsto «in modo innovativo» dal decreto delegato, al di fuori di ogni indicazione effettuata in merito dalla relativa legge di delega: sarebbe inaccettabile che la norma in esame, comportando una modifica così incisiva nell'ambito del ricorso straordinario, possa essere introdotta con un decreto legislativo, in mancanza di un espresso riferimento nella legge di delega allo specifico profilo in esame. In particolare, secondo la sopraindicata ordinanza n. 269/2013 la disposizione delegata, da un lato, sarebbe intervenuta senza alcuna diretta prescrizione – da parte della delega – relativamente alle attribuzioni del Consiglio di Stato in sede di adozione di parere su ricorso straordinario, dall'altro lato avrebbe riguardato una “*materia*” non contemplata come oggetto dalla delega¹⁵. Ad avviso della succitata ordinanza, tale ricostruzione sarebbe suffragata dalla previsione¹⁶ di una delega legislativa asseritamente limitata al riassetto del solo processo avanti al giudice amministrativo e non dell'intero sistema di giustizia amministrativa¹⁷.

tendo anche esso fornire elementi di valutazione degni della massima considerazione». Tuttavia, secondo l'ordinanza n. 2402/2013 del C.d.S. indicata nel testo su questo piano non sussisterebbe e non sarebbe rintracciabile «quella correlazione, ritenuta fondamentale dalla Corte, di “necessaria corrispondenza” delle norme delegate a “principi e criteri direttivi” stabiliti dalla legge-delega. Del resto, la stessa motivazione adottata dalle Commissioni “di una più rapida definizione del processo” si pone in intima contraddizione con la funzione deflattiva propria del ricorso straordinario e in distonia rispetto al canone di buon andamento, per gli opposti risultati ritraibili dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio della sua azione, a termini dell'art. 97 della Costituzione».

¹² La sentenza indicata nel testo è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale.

¹³ L'ordinanza indicata nel testo è reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Afferma POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it, 2014, 15, che «il legislatore ha disciplinato la materia lavoristica pubblica privatizzata (sia perdonato l'ossimoro) come un vero blocco rimesso alla giurisdizione pressoché esclusiva dell'AGO».

¹⁵ L'ordinanza indicata nel testo nega che dall'insieme delle disposizioni dettate dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (recante peraltro in modo esplicito delega al Governo soltanto per il riordino del processo amministrativo) si possa ricavare una proposizione espressa o implicita riferibile al ricorso straordinario. Pertanto, il disposto normativo sospettato dovrebbe essere ricostruito dall'interprete in chiave additiva e adeguatrice per giustificare la validità della norma delegata di cui all'art. 7, comma 8, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: in merito v. *infra* nel testo.

¹⁶ Cfr. art. 44, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69, sulla cui base, come noto, è stato emanato il codice del processo amministrativo. Anche dal secondo comma dello stesso art. 44, in cui vengono indicati i principi e criteri direttivi della delega, non si evincerebbe nulla che possa far pensare ad una volontà legislativa di ricomprendere anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica all'interno dell'intervento di riordino normativo.

¹⁷ Rileva CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio*

Sono, invece, meritevoli di accoglimento le considerazioni fatte su tale specifico punto dalla succitata sent. 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»¹⁸, ma sottolinea anche 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 profilo, 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 legge¹⁹. Inoltre, ad avviso di chi scrive, la sopraindicata pronuncia della Consulta, da un lato, mette 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*)²⁰, dall'altro lato costituisce la conferma che l'art. 69, comma 1, legge 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 determina alcuna violazione della riserva di legge costituzionale relativamente alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137, comma 1, Cost.). Infatti, questi ultimi aspetti 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 costituzionalità²¹.

amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), cit., 84, che è del tutto «dubbia la sussistenza della delega per operare in tal modo, tenuto conto che la delega attiene alla riforma del processo amministrativo e l'interpretazione che ne è stata data ha condotto appunto all'adozione di un Codice del processo amministrativo, rispetto al quale sembrano essere estranee le questioni attinenti al solo ricorso straordinario se non per gli aspetti della trasposizione in sede giurisdizionale (disciplinata, infatti, dall'art. 48 del Codice) e della possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza anche per le decisioni rese su ricorso straordinario (non prevista, invece, dal Codice)».

¹⁸ In questi termini cfr. la succitata sent. n. 73/2014 della Corte costituzionale. Quest'ultima, inoltre, con la sent. 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».

¹⁹ Così espressamente la citata sent. n. 73/2014 della Corte costituzionale.

²⁰ Afferma POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it*, 2014, 1, che la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 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».

²¹ È stato precisato che la riserva di legge costituzionale (di cui all'art. 137, comma 1, Cost.) e

Non si può, però, limitare al solo ambito dell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. la rilevanza della sopraindicata sentenza: è interessante, infatti, analizzare se ed in quale misura la pronuncia n. 73/2014 della Consulta incida sul processo in atto di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

In vista di tale obiettivo è necessario fare brevemente il punto della situazione in merito all'annosa questione relativa alla natura giuridica di quest'ultimo, visto che tale questione non sembra essersi sopita né con l'inconsueta convergenza su tale aspetto tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²² e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²³ né con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, la quale sotto questo profilo sembra costituire un'occasione persa (v. *infra*).

3. *Le fasi altalenanti della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*

Il lungo percorso dell'evoluzione storica del ricorso straordinario²⁴ è caratterizzato 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 sua totale eliminazione²⁵: tali forti oscillazioni sono la

l'art. 1 della legge 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, legge n. 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 legge n. 69/2009*, 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.

²² Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *www.giustamm.it*.

²³ Cfr. 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.

²⁴ Al fine di 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.

²⁵ Secondo POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2014, 26-27, 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 GAROFOLI, FERRARI (a cura di), *Il Codice di processo amministrativo*, Roma, 2010, vi sarebbero consistenti ragioni per abrogare *tout court* l'istituto, anziché farne un duplicato del ricorso giurisprudenziale.

conseguenza dei non pochi cambiamenti di orientamento, determinatisi nel tempo, proprio sulla natura giuridica del ricorso straordinario e, quindi, sul suo inquadramento sistematico. Sotto tale profilo si può fondatamente sostenere che 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 e destinato ad avere un ruolo di rilievo ai fini del deflazionamento del nostro congestionato sistema di giustizia amministrativa. A tal fine determinante è il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario sancita dalla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza²⁶ (contenuta nel titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo) e dalle due succitate fondamentali novità introdotte dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (possibilità di sollevare – in sede di ricorso straordinario – l'incidente costituzionale e totale vincolatività per il Ministero del parere espresso dal Consiglio di Stato). Ora, poiché ai sensi dell'art. 23 della legge 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. Inoltre, l'introduzione dell'espressa impossibilità di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato fa emergere come 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 giurisdizionale, con rilevanti conseguenze sul piano dell'individuazione degli strumenti di tutela²⁷.

²⁶ Secondo un condivisibile orientamento 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.

²⁷ 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 della legge n. 69/2009. Così G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, 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, 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 esten-

Tuttavia, della citata sentenza n. 73/2014 non sembra condivisibile la parte in cui la Corte costituzionale qualifica il ricorso straordinario come «rimedio giustiziale»²⁸: affermare – come fa il Giudice delle leggi – che il parere vincolante del Consiglio di Stato ha acquisito «carattere di decisione»²⁹ non può avere altro senso se non quello 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 (*recitius* consultiva) ma sostanzialmente giurisdizionale. In tale contesto sembra una *contradictio in terminis* parlare di “rimedio giustiziale”, anche perché quest'ultimo è ritenuto dalla stessa Consulta «sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”», pur se con alcune limitazioni: da tale ultima testuale espressione sembra derivare il definitivo consolidamento – nella materia in oggetto – della teoria della “giurisdizionalizzazione sostanziale”³⁰, la quale non è evidentemente compatibile con la qualifica del ricorso straordinario come “rimedio giustiziale”.

Nel contesto in esame la Corte costituzionale è stata probabilmente troppo cauta e ciò ha impedito di portare a totale compimento le condivisibili premesse da cui la stessa Corte è partita: infatti, dal riconoscimento del carattere di vera e propria decisione del provvedimento del Consiglio di Stato (che formalmente è un parere) e dalla inequivocabile affermazione del definitivo superamento della natura amministrativa del rimedio in esame ci si sarebbe atteso una netta presa di posizione a favore della natura sostanzialmente giurisdizionale di quest'ultimo, analogamente all'orientamento assunto dall'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio relativo alla summenzionata sentenza n. 73/2014. Insomma, si è persa un'importante occasione 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 pongono con riferimento, tra l'altro, ai principi del contraddittorio e del giusto processo (v. *infra*).

dere 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.

²⁸ In tal senso POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4.

²⁹ In questi termini Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.

³⁰ Anche l'orientamento di POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4, si pone in tale direzione.

4. Le ragioni della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario

L'orientamento contrario alla c.d. giurisdizionalizzazione³¹ si incentra – tra l'altro – sulla violazione degli artt. 102 e 125 Cost.³² e, più in particolare, sulla violazione dei principi del giusto processo e del contraddittorio. In particolare, in relazione a tali principi si è affermato che un ruolo determinante deve essere attribuito al fatto che l'attività istruttoria è svolta da un'autorità non giurisdizionale ma amministrativa (il Ministro competente per materia)³³. Tale evenienza non è ignota al nostro sistema.

³¹ Per quanto riguarda la 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., 64 ss.

³² Afferma SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, 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».

³³ Rileva CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, come fino alla citata riforma del 2009, il fatto che la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Ministro 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 TAR 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 cod. proc. civ., 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. Rileva CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, rileva come fino alla citata riforma del 2009, il fatto che la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Ministro 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”. Inve-

Nell'ambito in esame deve essere dato il giusto rilievo al fatto che in altri settori del diritto, come nell'ambito del processo penale, l'attività di indagine (cioè l'attività istruttoria in senso lato) può essere svolta dalla polizia giudiziaria e, quindi, da un'autorità non giurisdizionale ma amministrativa: ciò non comporta forse che alla base del processo penale permanga comunque l'esercizio di una funzione giurisdizionale, in considerazione del fatto che l'attività istruttoria della polizia giudiziaria viene fatta propria dal giudice penale e riversata nella relativa sentenza? Ciò non è forse ancora più evidente nei riti alternativi (quali patteggiamento e giudizio abbreviato) in cui la sentenza del giudice penale si fonda proprio sugli atti acquisiti dalla polizia giudiziaria, trattandosi di un giudizio adottato – per espressa volontà delle parti – “allo stato degli atti”?

Insomma, si può fondatamente sostenere che, 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 (soprattutto nei riti alternativi, come ad esempio il rito abbreviato o il patteggiamento, in cui la decisione del giudice è adottata “allo stato degli atti” e si fonda proprio sugli atti istruttori della polizia giudiziaria) ed utilizzata – con le dovute garanzie processuali – ai fini della sentenza. Non vi è dubbio che attualmente in merito al ricorso straordinario i principi del contraddittorio e del giusto processo non possono ritenersi attuati nella massima estensione possibile, ma questo non può portare ad escludere in tale ambito l'esercizio di una funzione giurisdizionale, ma solo a sollecitare un potenziamento delle garanzie difensive.

In tale contesto, non meno rilevante è il fatto che, come il giudice penale può – se non ritiene adeguate le indagini – orientare l'accertamento nella giusta direzione

ce, 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 TAR 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 cod. proc. civ., 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.

ne 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 processuali³⁴.

In definitiva, l'aspetto saliente di quanto sopra accennato è il fatto che l'attività istruttoria viene comunque valutata e fatta propria dall'organo giurisdizionale³⁵ (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo "filtro", confluisce in un provvedimento giurisdizionale³⁶.

³⁴ 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. Insomma, riprendendo il parallelismo indicato nel testo, 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): 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 giurisdizionale. L'aspetto saliente del profilo in esame è 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 19 dicembre 2012, n. 23464 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 composita del ricorso straordinario (per le sue sopraindicate origini storiche), non pregiudica affatto la sua sostanziale natura giurisdizionale.

³⁵ 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 decisorio 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.

³⁶ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 23464 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 composita 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

Sembra, quindi, possibile assimilare non formalmente ma sostanzialmente la decisione adottata in sede di ricorso straordinario a quella emessa all'esito del giudizio innanzi al giudice amministrativo³⁷, in considerazione del fatto che in entrambe le ipotesi la decisione costituisce il momento conclusivo dell'esercizio della giurisdizione.

In altri termini si può fondatamente ritenere il d.P.R. che definisce il ricorso straordinario un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato³⁸.

Non senza rilievo in tale contesto è la netta diversità (strutturale e funzionale)³⁹ oggi esistente tra i tipici ricorsi amministrativi ed il ricorso straordinario⁴⁰.

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 349/2007) – con il parametro interposto del diritto ad un processo equo *ex art. 6 CEDU*.

³⁷ Così 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.

³⁸ Non a caso il Consiglio di Stato ha natura di organo giurisdizionale anche 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.

³⁹ 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».

⁴⁰ In altre parole se, anziché porsi nell'ottica delle differenze tra l'istituto in esame e il ricorso al giudice amministrativo, ci si pone 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 iudicii*; 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 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.

Del resto, anche la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale ha messo ben in evidenza come tale istituto abbia ormai perso la propria connotazione puramente amministrativa, acquisendo la natura di rimedio giustiziale «con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle del processo amministrativo»⁴¹: ciò comporta, secondo il Giudice delle leggi, l'attrazione del ricorso straordinario nell'ambito della giurisdizione limitatamente «ad alcuni profili». Si può, però, fondatamente sostenere che tale limitazione, da un lato, non impedisca la riconduzione dell'istituto in esame tra i rimedi giurisdizionali, dall'altro lato determini solo un ambito di operatività del ricorso straordinario meno ampio rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo: in pratica la sopraindicata limitazione è la diretta conseguenza della peculiare specificità del rimedio in esame⁴².

Depone per la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario anche l'ampiezza della facoltà di opposizione del controinteressato: allo scopo di scongiurare che una parte possa, suo malgrado, essere indotta ad "accettare" una sede contenziosa priva sia del doppio grado di giurisdizione sia di un'articolata istruttoria, si è prevista la possibilità di opporsi affinché la lite sia trasferita e decisa nella sede ordinaria.

Si tratta, in pratica, di una facoltà che presuppone il consenso delle parti interessate, secondo lo schema previsto per il ricorso *per saltum ex art. 360*, comma 2, cod. proc. civ.

In senso contrario è stato 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 parti⁴³: l'espressione "sostanzialmente giurisdizionale"⁴⁴ 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 – co-

⁴¹ Così Cort. cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4-5.

⁴² Qualora non ci fosse tale diversità di ambito di applicazione, si potrebbe ritenere (ma solo in quest'evenienza) il ricorso straordinario un inutile doppione del ricorso giurisdizionale ordinario, circostanza – quest'ultima – da escludere decisamente anche in considerazione del sopraindicato differente ambito di operatività.

⁴³ In tal senso SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378. Lo stesso Autore rileva anche che l'esperibilità del giudizio di ottemperanza e l'impugnabilità in Cassazione della decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato – tenendo ferme la natura amministrativa e la funzione giustiziale del ricorso straordinario – devono essere conservate data la loro indubbia utilità.

⁴⁴ Sul punto cfr. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione*, cit., 21-22.

me quello francese⁴⁵ – ma non nel nostro, in considerazione della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale⁴⁶.

Queste raffinate considerazioni non sembrano, però, trovare l'avallo della sopraindicata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale⁴⁷, la quale ha determi-

⁴⁵ Rileva SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, che in Francia – dove si è consolidata una concezione sostanziale (o *matérielle*) dell'attività giurisdizionale, per cui è dove ogni attività di soluzione di controversie, a prescindere dalla natura degli organi che a ciò provvedono – è sicuramente ammissibile la distinzione tra organi, atti e funzione *jurictionnels* e organi, atti e funzione *judiciares*: il giudice ordinario è *juge judiciaire*; il giudice amministrativo è organo *jurictionnel* ma non *judiciaire*. In ogni caso, lo stesso Autore in altro ambito (*La genesi del sistema delle tutele nei confronti della P.A.*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 12) rileva che quando venne reintrodotta la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, per conciliare il carattere «sostanzialmente giurisdizionale» della funzione di tale Quarta Sezione con il suo carattere amministrativo, si parlò di «controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia», accogliendo la nozione ampia (e non tecnica) di giurisdizione (in tal senso si ponevano, tra gli altri, Orlando, Santi Romano e Codacci Pisanelli): furono le Sezioni Unite della Cassazione romana a riconoscere la natura giurisdizionale (in senso proprio) della Quarta Sezione e, quindi, delle relative decisioni.

⁴⁶ In questi termini SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378. Secondo tale Autore, nell'ipotesi in cui organi diversi dai giudici siano preposti alla soluzione di controversie, la funzione ha natura giustiziale (in quanto diretta a risolvere controversie in sede amministrativa, da parte di organi amministrativi, con procedimenti amministrativi), ma non può essere qualificata come «sostanzialmente giurisdizionale». Afferma lo stesso Autore che «se gli organi cui la funzione è affidata sono organi (soggettivamente e formalmente) amministrativi, la funzione resta amministrativa, anche se è accompagnata da garanzie similgiurisdizionali». Secondo lo stesso Autore tale era la situazione prima delle modifiche apportate alla disciplina del ricorso straordinario e tale è rimasta dopo di esse. Lo stesso autorevole A. sottolinea che, avendo presenti le diverse impostazioni di fondo proprie dei diversi ordinamenti, è agevole comprendere la ragione per cui la Corte di giustizia europea ha affermato che il Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario, possa sollevare questioni di interpretazione ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: «nella sentenza 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69-79/96, citata dalle Sezioni Unite, la Corte rileva chiaramente che «il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo contenzioso»; e, ciononostante, lo può considerare opera di un «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri», perché può avvalersi, seguendo l'esempio francese, della concezione sostanziale della giurisdizione». L'A. sottolinea anche che la concezione sostanziale della giurisdizione esclude che possa coesistere, nello stesso ordinamento, la concezione formale.

⁴⁷ Si legge testualmente nella sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale: «L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un «giudizio», quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 della legge n. 87/1953 ... l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo». In definitiva secondo la Consulta il rimedio in esame risulta attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche.

nato da un lato la formale consacrazione – nella materia in oggetto – della teoria della “giurisdizionalizzazione *sostanziale*”, dall’altro lato il definitivo superamento della connotazione di «antico ricorso amministrativo»⁴⁸ attribuita in passato dalla stessa Consulta al rimedio in esame, con conseguente attrazione di quest’ultimo nell’ambito della giurisdizione amministrativa⁴⁹. Pertanto, nell’ambito in esame, analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti (come ad esempio in quello olandese⁵⁰, 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 decreto⁵¹, fa proprio il contenuto del parere in funzione di controllo formale di legalità⁵².

⁴⁸ In questi termini Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.

⁴⁹ POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4, sostiene che 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”».

⁵⁰ 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, legge n. 1/1981). 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 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. Caianiello.

⁵¹ Bisogna 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 7 novembre 1859, n. 3705 che venne sostituita dalla legge del 1865, allegato D, attribuendo tale potere al Consiglio di Stato.

⁵² Sul punto cfr. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, che 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».

5. *Inconfigurabilità della violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo*

Nonostante l'indubbia rilevanza nel contesto in esame dei principi del contraddittorio e del giusto processo, è altrettanto indubbio che la natura giurisdizionale non presupponga necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei sopra-indicati principi⁵³: l'eventuale violazione di questi può legittimare un intervento della Consulta, del Legislatore o (a determinate condizioni) dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza, ma non può, di per sé, giustificare, un giudizio di esclusione della natura giurisdizionale della decisione adottata in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, soprattutto in considerazione del fatto che relativamente a quest'ultimo può dirsi sussistente un rispetto almeno "minimale" dei sopra-indicati principi. Ciò si desume, anzitutto, dall'art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971 che – a pena di inammissibilità, diversamente da quanto previsto nella stessa normativa per il ricorso gerarchico – impone la notifica del ricorso straordinario ad almeno uno dei controinteressati, ai quali lo stesso art. 9 consente di presentare deduzioni e memorie e di proporre ricorso incidentale, ampliando in questo modo il *thema decidendum*, analogamente a quanto accade dinanzi al giudice amministrativo.

Nello stesso senso si pone anche la testuale l'espressione («il giudizio segue in sede giurisdizionale») contenuta nell'art. 10, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971, che, in riferimento alla possibilità dei controinteressati di chiedere la trasposizione giurisdizionale del ricorso mediante opposizione, fa significativamente riferimento non al concetto di procedimento ma a quello di «giudizio»⁵⁴.

È stato obiettato 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 interessati o dei loro rappresentanti o consulenti. Tuttavia, 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 orale.

Non vi è dubbio nella disciplina in esame vi siano ancora lacune, ma queste non possono da sole escludere la sopraindicata giurisdizionalizzazione. Anzi, que-

⁵³ Infatti, 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, una violazione) dei succitati principi, ma non per questo ha dubitato della natura giurisdizionale di tale strumento di tutela.

⁵⁴ Sebbene 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.).

st'ultima potrebbe trovare fondamento anche nell'art. 15, d.P.R. n. 1199/1971 (relativo alla possibilità di impugnare per revocazione il decreto decisorio del ricorso straordinario): quindi, ben prima delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 era possibile sostenere la natura sostanzialmente giurisdizionale del parere emesso dal Consiglio di Stato nell'ambito in esame, costituendo la revocazione un rimedio tipico degli atti giurisdizionali⁵⁵.

6. *L'attuale ambito di operatività del ricorso straordinario*

L'adesione all'orientamento favorevole alla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario apre – come anticipato all'inizio del par. 1 – nuovi orizzonti⁵⁶.

Anzitutto, sembrano perdere consistenza gli argomenti contrari all'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato: in particolare, tale azione non sembra poter essere preclusa, come sostiene l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, dall'asserita strutturazione dell'istituto in esame come rimedio a carattere impugnatorio⁵⁷.

⁵⁵ Non sono meritevoli di accoglimento anche 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, comma 2, 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 legge 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.

⁵⁶ 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. È bene sottolineare che 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.

⁵⁷ Sostiene Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3224, che 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 esperibi-

Infatti, anche per il ricorso straordinario è in atto un processo di trasformazione sostanzialmente non dissimile rispetto a quello che ha caratterizzato il giudizio innanzi al giudice amministrativo. In altri termini, in passato anche quest'ultimo – analogamente a quanto oggi si afferma per il rimedio in esame – era considerato un giudizio a carattere impugnatorio, per poi subire, prima ad opera di interventi pretori e successivamente a seguito di provvedimenti legislativi, una profonda rivisitazione.

Inoltre, per affermare l'ammissibilità dell'azione risarcitoria anche nell'ambito del ricorso straordinario⁵⁸ sussistono evidenti esigenze legate sia al principio di alternatività sia a ragioni di economicità e concentrazione della tutela.

Per quanto riguarda in particolare il principio di alternatività⁵⁹, essendo ormai ammessa l'azionabilità in sede giurisdizionale amministrativa del rimedio risarcitorio, non sembra si possa escludere l'esperibilità di tale azione anche attraverso il rimedio, alternativo a quello giurisdizionale, del ricorso straordinario. Del resto, la riforma del 2009 ed il codice del 2010 si muovono nella direzione di un'alternatività piena tra il rimedio ordinario e quello straordinario⁶⁰.

li, 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 simmetria 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. – CdS*, 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. 24 novembre 1971, n. 1199.

⁵⁸ 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. Amm. Sic., S.U., 19 febbraio 2008, n. 409/07.

⁵⁹ Afferma POZZI, *Ricorso straordinario ed effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 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.

⁶⁰ Cfr. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 4-5, che, inoltre, rileva come ciò che è stato indicato nel testo sarebbe conforme a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 204/2004 dove si intende il risarcimento del danno come «ulteriore strumento di tutela, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo», dell'interesse legittimo: «non

Per quanto riguarda, poi, le esigenze di concentrazione processuale che hanno portato il Legislatore a riformare negli ultimi anni il processo amministrativo proprio nell'ambito della tutela risarcitoria (cfr. art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e art. 7, comma 4, legge n. 205/2000), è evidente che sarebbe privo di senso reintrodurre di fatto, solo per il rimedio in esame, il criterio del c.d. doppio binario, incentrato – come è noto – su due distinti momenti: quello dell'annullamento in sede straordinaria e quello (successivo) del risarcimento in sede giurisdizionale: si verrebbe a far rientrare dalla finestra ciò che il Legislatore ha voluto cacciare dalla porta proprio per evidenti esigenze di concentrazione e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori⁶¹.

Inoltre, non senza rilievo è il fatto che l'azione costitutiva di annullamento (pacificamente ammessa in sede straordinaria) e l'azione di risarcimento hanno lo stesso "substrato": infatti, sono entrambe fondate su un "accertamento" della conformità tra la fattispecie concreta (dedotta in giudizio) e quella astratta (descritta dalla norma).

Anche l'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.), ha un suo rilievo nel contesto in esame, consentendo di sostenere la configurabilità della sopraindicata azione di risarcimento dei danni, per effetto dell'alternatività e della fungibilità del ricorso straordinario rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo.

L'esclusione, poi, da parte del Legislatore (art. 3, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53) dell'utilizzabilità del ricorso straordinario nella materia relativa alle procedure di gara pubblica andava meglio meditata⁶². Infatti, la giurisdizionalizzazione e la sua

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 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».

⁶¹ Afferma A. CARBONE, *Corte costituzionale*, cit. 33, che 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.

⁶² Sul punto molto chiara è la posizione di 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, cod. proc. amm.) – 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 ricor-

conseguente collocazione tra i riti speciali, oltre alla sua natura di rimedio particolarmente utile e semplice, avrebbero consigliato 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.

In ogni caso, malgrado le lacune citate e la previsione dell'obbligo del c.d. contributo unificato per effetto dell'art. 33 legge n. 111/2011, si può fondatamente sostenere che quello in esame sia ancora un rimedio utile ed economicamente vantaggioso⁶³.

Non vi è dubbio che le sopraindicate lacune impongano in tempi brevi una riforma normativa che possa rendere effettivi, anche nell'ambito in esame, i principi del contraddittorio e del giusto processo. Nell'attesa di tale urgente riforma è preferibile apportare in via interpretativa alcuni correttivi, come – ad esempio – la configurabilità, quale 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, a prescindere da una espressa istanza della parte⁶⁴.

so straordinario (art. 119 cod. proc. amm.)». 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.

⁶³ Nonostante 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 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.

⁶⁴ Invece, la pronuncia 7 maggio 2012, n. 2131 delle Sezioni Riunite del Consiglio di Stato, in *Urb. e app.*, 2012, 1054, ha affermato l'esistenza del diritto di accesso agli atti solo per la parte che effettivamente lo abbia richiesto ed ha escluso che tale diritto possa assumere carattere officioso. 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

In altri termini si può ritenere configurabile, accanto all'interesse *in re ipsa* all'accesso agli atti a fini difensivi, anche 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 finalità⁶⁵.

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. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione che, alla luce di quanto sopra accennato, risulta non condivisibile anche in considerazione 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 chiesto. Tuttavia, secondo Cons. Stato, S.U., 7 maggio 2112, n. 2131, cit., 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 inesa 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, comma 2, r.d. 21 aprile 1942 n. 444, da parte del Consiglio di Stato non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero.

⁶⁵ Anche in assenza di una richiesta di accedere agli atti dell'istruttoria, l'Amministrazione 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

L'ampliamento dell'ambito di operatività del ricorso straordinario⁶⁶ come conseguenza del riconoscimento della sua natura sostanzialmente giurisdizionale, assume connotazioni davvero rilevanti se si considerano ulteriori importanti aspetti: si pensi all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, della sospensione dei termini nel periodo feriale⁶⁷, dell'applicazione della legge n. 89/2001 (come

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.

⁶⁶ Afferma VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *www.lexitalia.it*, che 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.

⁶⁷ Cfr. Cass. civ., S.U., 31 maggio 2011, n. 11964 (rv. 617633): 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 legge 7 ottobre 1969, n. 742, relativa alla sospensione dei termini feriali, riferibile soltanto ai termini processuali. Invero, Cons. Stato, sez. IV, 7 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 della legge n. 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, S.U., 14 dicembre 1992, n. 539/92, in *Rep. Foro it.*, 1993; Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 1989, n. 577, in *Rep. Foro it.*, 1989; Cons. Stato, sez. III, 4

modificata dal d.l. n. 83/2012) sulla eccessiva durata del processo, della sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ.⁶⁸ (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 Stato)⁶⁹ e della ricorribilità *ex art.* 111 Cost. innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – per i soli motivi inerenti alla giurisdizione – delle decisioni rese nel regime dell'alternatività⁷⁰.

7. Conclusioni

Se da un lato l'eccessiva cautela della sentenza n. 73/2014 della Consulta ha portato a risultati minori rispetto a quanto si attendeva, dall'altro lato però è stato

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.

⁶⁸ Rileva 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, che in merito 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 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.

⁶⁹ Da parte di 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, viene sottolineata «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».

⁷⁰ 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.

impresso il sigillo definitivo su due aspetti assolutamente decisivi: infatti, la sopraindicata sentenza non solo ha sancito l'incontrovertibile superamento della ricostruzione del ricorso straordinario come rimedio di natura amministrativa, ma soprattutto ha limpidamente chiarito come, quello che nella forma è un parere, nella sostanza ha carattere di vera e propria decisione.

Da ciò sembra legittimo desumere che la Corte costituzionale non ha affatto "bocciato" la teoria della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, la quale – anzi – sembra ricevere nuova linfa dall'affermazione testuale (da parte della stessa Consulta) della "sostanziale" assimilabilità del rimedio in esame ad un giudizio, anche se con le limitazioni accennate in precedenza.

In altri termini, sembra possa fondatamente sostenersi che il rimedio in esame, più che essere definito – come fa il Giudice delle leggi – rimedio giustiziale e strumento di risoluzione di conflitti alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario, costituisca espressione semplificata della giurisdizione amministrativa e, in particolare, un rito speciale strutturato, per effetto di un libero accordo tra le parti in causa, su un unico grado, secondo lo schema generale di cui al ricorso *per saltum* ex art. 360, comma 2, cod. proc. civ.⁷¹.

⁷¹ Afferma CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 406, che 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».

Mario R. Spasiano*

Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sussistono ragioni che inducono a invocare una maggiore tutela amministrativa del cittadino? – 3. L'amministrazione pubblica è in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un'attività giustiziale? – 4. Quale ampiezza e quali connotati deve assumere la funzione giustiziale della pubblica amministrazione?

1. Premessa

In un periodo di profondo ripensamento del ruolo dell'amministrazione¹ e soprattutto di esigenza di giustizia amministrativa, appare utile rivedere le ragioni e i modi dell'attività giustiziale della pubblica amministrazione², anche alla luce

* Professore di Diritto Amministrativo presso la Seconda Università degli Studi di Napoli.

¹ Numerosi e autorevoli sono i contributi con i quali la dottrina si è interrogata sul ruolo che l'amministrazione è oggi chiamata a ricoprire a fronte delle recenti evoluzioni che hanno interessato la tradizionale dinamica autorità/libertà e, più in generale, il rapporto tra amministrazione e cittadino. Si ricordano, in particolare, F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.; S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 389 ss.; M.P. CHITI, *I "nuovi poteri" nel common law. La prospettiva del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 339 ss.; F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 427 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 751 ss.

² Lo studio dell'attività giustiziale, quale espressione di un'autonoma funzione della pubblica amministrazione, ha conosciuto alterne fortune, essendo stata spesso impropriamente assimilata al potere di riesame, ovvero all'esercizio di un potere (almeno sostanzialmente) giurisdizionale. Tra gli scritti maggiormente significativi si ricordano: F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 546 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 2000, 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Tutela della persona, rimedi giustiziali e "cittadinanza" degli organismi privati di utilità sociale*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 131 ss.; M. GIO-

della tendenza, da parte della giurisprudenza costituzionale e ordinaria, a ritenere ormai avvenuta la “sostanziale giurisdizionalizzazione”³ di uno dei tradizionalmente più rilevanti istituti di giustizia nell’amministrazione, il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Al fine, si pongono dunque tre quesiti: 1) Sussistono, allo stato, ragioni che inducono a invocare una maggiore tutela amministrativa del cittadino o comunque del soggetto interessato?; 2) Nel caso di esito positivo della risposta al primo quesito, è l’amministrazione pubblica in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un’attività giustiziale?; 3) Nel caso di esito positivo della risposta al secondo quesito, quale ampiezza, quali connotati deve assumere quel tipo di attività?

2. *Sussistono ragioni che inducono a invocare una maggiore tutela amministrativa del cittadino?*

Si prendano le mosse dal primo quesito, ovvero se sia possibile rinvenire, allo stato, ragioni tali da richiedere una maggiore tutela amministrativa per il cittadino. In altri termini, ci si interroga se un soggetto che abbia interesse alla revisione di una decisione amministrativa ovvero a determinare un mutamento di un comportamento amministrativo, possa oggi ritenersi soddisfatto dall’esercizio dell’azione giudiziaria innanzi al giudice amministrativo.

Prima di procedere a tanto appare opportuno effettuare una premessa. È sotto gli occhi di tutti la rilevanza che, negli ultimi decenni, ha assunto la giustizia amministrativa nella realtà socio-economica del Paese, sulla quale si riversano, invero, anche responsabilità che paiono rinvenire altrove e in altri soggetti la loro origine: per tutte, la diffusa invocazione di un ridimensionamento della giustizia amministrativa⁴ che, anche a parere di autorevoli esponenti della vita pubblica, in molte circostanze finirebbe con il frenare l’azione dei pubblici poteri, con inevitabile determinazione di danni anche ingenti per le comunità di riferimento.

Tale convinzione appare però dimentica di molteplici elementi, la cui conside-

VANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

³ Sul punto si rinvia al § 3 del presente contributo.

⁴ Si pensi ai recenti reiterati annunci da parte di diverse compagini governative, in alcuni casi contenenti proposte che non si sono limitate ad ipotizzare un ridimensionamento della giustizia amministrativa, bensì la sua soppressione. In difesa del rilevante ed insopprimibile ruolo ricoperto dal giudice amministrativo nel controllo giurisdizionale sull’esercizio del potere amministrativo si è, invece, pronunciata la dottrina; per tutti v. i contributi di M.A. SANDULLI, A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, M. CLARICH, L. TORCHIA, F. VOLPE al Forum *Ipotesi di riforma della giustizia amministrativa*, indetto dall’Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo e pubblicato sul sito www.diritto-amministrativo.org; nonché G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 ss.

razione induce a differenti conclusioni. Se tante rilevanti vicende a carattere amministrativo finiscono sotto il sindacato del giudice è anche perché esse presentano a monte comportamenti e atti poco chiari, talora illegittimi, frutto comunque di complessità e incertezze ermeneutiche dei dati normativi di riferimento⁵; circostanza, questa, che induce l'amministratore pubblico ad agire in modo altrettanto incerto, ovvero a non agire, in attesa che una pronunzia giudiziaria lo metta in condizione di operare senza assumere responsabilità di varia natura (civile, amministrativa, contabile e penale) alle quali talora pare difficile sottrarsi a prescindere dalla decisione che si intenda assumere⁶.

Sotto diverso profilo, un ulteriore fenomeno sta acquisendo rilevanza crescente negli ultimi anni. Come noto, il giudice amministrativo è stato storicamente impegnato nel sindacato fra interessi pubblici e privati, cercando di individuare, nell'ambito di quel conflitto, la giusta regola da applicare al caso concreto. Ancorché il suo ruolo e la sua capacità di incidenza si sia andato nel tempo modificando, da giudice co-tutore dell'interesse pubblico, a quello di giudice fra interessi di pari rilevanza processuale (specie alla luce delle recenti disposizioni del cod. proc. amm. e dei ben più ampi poteri istruttori a disposizione), è altresì vero che negli ultimi tempi il giudice amministrativo ha visto il suo impegno orientato (anche) sul fronte della risoluzione di conflitti fra due o più interessi pubblici, presentati da altrettanti enti pubblici, sino ad ergersi a mediatore di controversie inter-istituzionali, tra Stato-regioni, regioni-enti locali, enti locali tra loro⁷. Conseguenza di

⁵ Sulle conseguenze derivanti da un sistema di regole incerto e poco intelligibile è doveroso il rinvio all'opera di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942. Sul tema v. anche N. RANGONE, *Qualità delle regole e regole di qualità*, in M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 38 ss.; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2006, 1057 ss.

⁶ Emblematico quanto osservato da G. CORSO nel suo *Perché la complicazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, 611 ss. "Il burocrate italiano (...) fa valere il suo potere più quando dice no che quando dice sì: e ancor di più quando tiene l'interessato col fiato sospeso tardando a decidere. Questo atteggiamento viene esaltato quando l'arroganza è associata all'ignoranza". Sul punto sia consentito altresì rinviare a M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove autonomie*, 2010, 84.

Esaminando la questione secondo un differente angolo di visuale, si condividono le riflessioni di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss., laddove lega anche a tale fenomeno la crisi della giustizia amministrativa, sottolineando che "l'abnorme contenzioso diviene alternativa al processo politico, nella misura in cui è il giudizio chiamato a selezionare e a comporre gli interessi meritevoli di tutela più che a risolvere conflitti, con una insoddisfazione e una diffidenza crescente nei suoi riguardi da parte degli operatori economici e della stessa amministrazione, nonché, da ultimo, da parte anche del legislatore", 39.

⁷ In tal senso, cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 aprile 2013, n. 3376 in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, sez. I-ter, 2 luglio 2012, n. 6009 e 17 luglio 2012, n. 6434, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. II, ordinanza 27 luglio 2012, n. 4873, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2551, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 22 febbraio 2006, n. 1175, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per

questa tendenza è stata l'emersione dell'inadeguatezza delle tradizionali categorie dell'invalidità dell'atto amministrativo e il sempre più frequente ricorso a parametri di giudizio fondati sull'applicazione di principi generali: leale collaborazione, giusto procedimento, proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza, tutti parametri dal contenuto non predeterminato né predeterminabile⁸. La nuova condizione ha finito col riversare sul giudice amministrativo non solo più ampi ambiti di sindacato, ormai anche meno rigorosamente costretti nel perimetro fissato dalle eccezioni del ricorso, ma anche responsabilità di gran lunga maggiori di tipo giuridico, istituzionale e persino socio-economico, slegato, come ormai risulta, da logiche di tipo strettamente legalistico, proprie di operazioni ermeneutiche di stampo applicativo di disposizioni normative rigide e predeterminate⁹.

Sulla base di queste premesse, va anche tenuta in adeguata considerazione la rilevanza quantitativa che, almeno sino ad alcuni anni orsono, ha in via quasi esponenziale assunto il contenzioso amministrativo, fattore, questo, che potrebbe indurre a ritenere che il ricorso giurisdizionale sia stato in grado di rispondere alle aspettative di quanti, cittadini e non, avessero interesse a sindacare l'azione dell'amministrazione.

Eppure un'analisi più attenta mostra che così non è: concomitanti ragioni di

la dottrina si rinvia alle riflessioni di G. CORAGGIO, *La magistratura amministrativa: ruolo, funzioni, prospettive*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 685 ss.; M. MICHELETTI, *Un nuovo ruolo per il Giudice amministrativo nell'ordinamento pluralista: la funzione di arbitro tra gruppi sociali contrapposti nelle controversie pubblicistiche*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 499 ss.; F.G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 27 ss.; M.R. SPASIANO, I. DEL GIUDICE, *Il giudice amministrativo mediatore del conflitto tra potere pubblico e diritti della persona*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2008, 541 ss.; C.E. GALLO, *La partecipazione del giudice amministrativo all'attività della pubblica amministrazione ed il suo riflesso sull'esercizio della funzione giurisdizionale nel quadro del nuovo Titolo V della Costituzione*, e C. CALABRÒ, *Magistrato amministrativo come garante dell'unità dell'ordinamento e giudice centrale dell'economia*, entrambi in AA.VV., *La Funzione Amministrativa e il suo Giudice alla luce delle recenti modifiche della Costituzione*, Torino, 2003.

⁸ Tale evoluzione è anche il frutto della sempre maggiore influenza delle pronunce della Corte di Giustizia, che in più occasioni ha avuto modo di sottolineare l'inadeguatezza del tradizionale modello di giustizia amministrativa italiana in termini di effettività della tutela. Per una disamina del fenomeno si rinvia a C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2009, 168 ss.; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 683 ss.; R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 81 ss.; G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 797 ss.

⁹ In termini, M. GIOVANNINI, *Giustizia in crisi: considerazioni a margine di un dibattito non sempre costruttivo*, in *Politica del diritto*, 2004, 295 ss. Sul nuovo ruolo del giudice amministrativo, ormai formalmente chiamato ad assicurare la "realizzazione integrale della pretesa, così come configurata sul piano sostanziale" (art. 1 cod. proc. amm.), E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizionale. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in AIPDA, *Annuario*, Napoli, 2012, 77 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

natura diversa, ma comunque non fondate sul miglioramento qualitativo dell'azione dei pubblici poteri, inducono a ritenere il contrario. La fase di crescita quantitativa del contenzioso giudiziario amministrativo, già in rapida crescita, è sensibilmente calata negli ultimi anni, anzi si assiste ormai a un forte decremento dell'accesso alla giustizia amministrativa¹⁰.

La causa principale del fenomeno pare dover essere individuata innanzitutto nella crisi economico-finanziaria, che ormai affligge il Paese da anni e che ha comportato, tra le varie conseguenze, il drastico taglio della spesa pubblica, l'impennata dei costi giudiziari, la scarsa propensione del privato ad iniziative di intrapresa. Il taglio della spesa pubblica, ancorché ispirato, in linea generale, a valide ragioni di risparmio mediante la razionalizzazione della stessa, ha inesorabilmente comportato anche un ridimensionamento dell'azione dei pubblici poteri in attività di promozione della crescita e dello sviluppo, al quale ha corrisposto di certo minore esigenze di tutela giudiziaria. La minore capacità di intrapresa del privato nell'avviare iniziative a carattere imprenditoriale, con conseguente minore presenza di interessi pretensivi destinati a realizzarsi nel tessuto socio-economico previa soggezione al vaglio dei poteri amministrativi, costituisce evidentemente un'ulteriore causa di decremento dell'accesso alla giustizia del giudice amministrativo.

In ultimo, l'incremento dei costi di accesso al giudizio amministrativo¹¹ ha re-

¹⁰ Tra il 2000 e il 2004 il contenzioso amministrativo si era stabilizzato su una soglia di circa 8.000 ricorsi proposti annualmente innanzi al Consiglio di Stato e di circa 80.000 innanzi ai TAR; negli anni a seguire il contenzioso si è, poi, drasticamente ridotto arrivando a meno di 7.000 ricorsi presentati annualmente innanzi al Consiglio di Stato e circa 62.000 innanzi ai TAR. Tale decremento è senza dubbio dovuto, almeno in buona parte, al sensibile aumento del costo del processo amministrativo (v. nota seguente). Nel corso degli ultimi cinque anni il valore "quantitativo" del contenzioso amministrativo è rimasto tendenzialmente stabile, sebbene si debba segnalare un deciso incremento del numero dei ricorsi presentati nel 2014, derivante, tuttavia, da specifici fenomeni che hanno interessato alcuni settori (ad es. la chiusura delle procedure di abilitazione scientifica nazionale nel settore universitario, o la sempre più numerosa richiesta di permessi di soggiorno da parte di immigrati extracomunitari).

¹¹ Fino al 1992 sugli atti giudiziari (con esclusione delle vertenze relative all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) occorre apporre una marca da bollo, il cui importo è andato via via aumentando negli anni (da lire 700, come previsto nel 1974, a lire 20.000, nel 1992). Il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito dalla legge 8 agosto 1992, n. 359) sostituiva poi il bollo con un'imposta fissa pari a lire 180.000. Il sistema è stato, in seguito, del tutto riformato ad opera del d.l. 11 marzo 2002, n. 28 (convertito dalla legge 10 maggio 2002, n. 91), che ha introdotto il contributo unificato per l'iscrizione a ruolo di tutti i procedimenti civili, penali e amministrativi. Ad oggi, il processo amministrativo ha costi economici piuttosto elevati, peraltro in continua e rapida crescita. La tabella dei contributi unificati da versare per i ricorsi innanzi al giudice amministrativo è stata aggiornata da ultimo dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147: la misura ordinaria del versamento è pari a €650, ma raggiunge cifre ben più elevate nel rito in materia di appalti e infrastrutture (art. 120 c.pa.), arrivando ad un massimo di € 9.000 per i giudizi innanzi al Consiglio di Stato. Sul punto si rinvia a F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 18.

so quest'ultimo, per molti soggetti, insostenibile, negandosi così di fatto la tutela giudiziaria di molteplici situazioni giuridiche soggettive lese o compromesse dall'azione dei poteri pubblici. Tali situazioni risultano per lo più costituite da interessi deboli, incapaci di dare a se' stessi la men che minima forma di organizzazione che li ponga al riparo da possibili decisioni amministrative ingiuste¹². Si assiste così a un effetto deflattivo del contenzioso giudiziario amministrativo conseguente alla minore accessibilità allo stesso: il che non pare in linea con il principio di cui all'art. 113 Cost. che nell'affermare l'impugnabilità di tutti gli atti amministrativi, non può certo ritenersi collocato in un ambito di mera virtualità, di astratta potenzialità, bensì di attribuzione di una capacità effettiva in capo a quanti vantino un interesse al riguardo, interesse che risulta invece gravemente menomato¹³.

Il fenomeno risulta poi ancora più grave laddove si consideri che i pur reiterati tentativi di semplificazione, se non di liberalizzazione, di settori e ambiti di intervento pubblico vengono per lo più operati dal legislatore in modo parziale e contraddittorio, riconoscendosi la permanenza, in capo alla pubblica amministrazione, di (talvolta persino permanenti) poteri di controllo successivo o comunque di intervento in autotutela che generano diffidenze e incertezze tali da scoraggiare l'avvio di iniziative, condizionate da livelli insopportabili di incertezza: basterebbe qui pensare alle ipotesi di cui agli artt. 19 e 21 della legge n. 241/1990¹⁴.

Anche ulteriori ragioni spingono in realtà nella direzione del riconoscimento della utilità di (efficaci) forme giustiziali nella pubblica amministrazione. Si tratta, *in primis*, della considerazione dei tempi della giustizia¹⁵. Come noto, questi ri-

¹² Sul punto sia consentito rinviare a M.R. SPASIANO, *Tutela della persona, rimedi giustiziali e "cittadinanza" degli organismi privati di utilità sociale*, cit., 132. In termini v. anche G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 679.

¹³ Proprio in relazione all'esercizio di un rimedio giustiziale – ed in particolare al previsto effetto sospensivo e non interruttivo del termine per proporre ricorso giurisdizionale a seguito della presentazione di un ricorso gerarchico improprio in materia di pubblico impiego – la Corte costituzionale ha di recente avuto modo di ribadire l'illegittimità per violazione dell'art. 113 Cost. di qualsiasi disciplina che limiti l'effettività della tutela giurisdizionale avverso l'attività della pubblica amministrazione (cfr. Corte cost. 5 giugno 2013, n. 119, in *Giur. cost.*, 2013, 1921). Con una diversa pronuncia la Consulta aveva, in precedenza, chiarito che il diritto a una tutela giurisdizionale piena e tempestiva contro gli atti della p.a. trova ormai fondamento anche negli art. 6 e 13 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (cfr. Corte cost. 7 luglio 2010, n. 236, in *Foro amm. – CdS*, 2010, 1395).

¹⁴ In termini v. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *www.giustamm.it*; M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 301 ss.; A. TRAVI, *Dichiarazione inizio attività (diritto amministrativo)*, (voce) in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 2008, 343 ss.

¹⁵ Invero, secondo quanto emerge dagli ultimi studi statistici elaborati dal Consiglio di Stato, si registrano risultati sicuramente positivi relativamente ai giudizi incidentali cautelari, tanto per i giudizi di rito ordinario, quanto per quelli di rito speciale, laddove la decisione normalmente interviene nell'arco di 30-40 giorni dalla presentazione del ricorso o dell'apposita istanza. Più variegata è la

sultano inadeguati a far fronte alla tutela di situazioni giuridiche che per loro stessa natura necessiterebbero di un intervento riparatorio immediato (e non a carattere meramente risarcitorio), privo del rispetto di forme tipizzate che l'inevitabile complessità garantistica del processo non è di per sé in grado di assicurare. Si pensi, in modo particolare, alle materie per le quali vi è attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, laddove anche la situazione giuridica di diritto soggettivo finisce col restare priva di tutela; circostanza tanto più grave laddove si tratti di diritti fondamentali, il cui vaglio, come noto, rientra ormai a pieno titolo nella giurisdizione del giudice amministrativo¹⁶.

Sotto altro profilo deve anche osservarsi che le forme di partecipazione al pro-

situazione concernente la definizione delle vertenze nel merito. Mentre, infatti, in ordine alle controversie di rito speciale la giustizia amministrativa assicura processi certamente celeri, il quadro non è altrettanto positivo per i processi di rito ordinario: sulla loro durata continua, infatti, a pesare l'entità dell'arretrato, che sebbene sia in fase di progressiva riduzione, non consente ancora di poter sempre giungere alla conclusione dei giudizi entro tempi aderenti ai parametri indicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo umani e recepiti dalla c.d. legge Pinto. (cfr. *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2015*, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Al riguardo, è noto come, da un lato, l'UE abbia negli anni aperto numerose procedure di infrazione nei confronti dell'Italia (cfr., *ex multis*, procedimento n. 2007/4147), dall'altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo condanni ormai da più di 15 anni il nostro Paese contestando l'irragionevole durata dei processi (cfr., *ex multis*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 luglio 2009, *DADDI c. Italia*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 luglio 1999, *Bottazzi c. Italia*, ove viene affermato che "costituisce violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU l'inadempimento, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, dell'obbligo di organizzare il proprio sistema giudiziario in modo da evitare ritardi prolungati nella definizione dei processi, posto che l'eccessiva lentezza nell'amministrazione della giustizia comporta un vulnus allo Stato di diritto. Ciò si realizza soprattutto quando, le violazioni della Convenzione rappresentano il risultato di una situazione perdurante, alla quale non viene posto alcun rimedio effettivo e rispetto alla quale gli individui sono sprovvisti di rimedi interni"). Sul punto si rinvia a G. ROMANO, *Equa riparazione e processo amministrativo: il danno da durata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritti umani in Italia*, 2011, 1 ss.; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, cit., 653 ss.; G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo*, in *Foro it.*, 2003, V, 126 ss.

¹⁶ La tutela dei diritti fondamentali è stata per lungo tempo appannaggio del solo giudice ordinario, ritenendosi intrinsecamente incompatibile l'esistenza stessa di un diritto fondamentale a fronte dell'esercizio di un potere pubblico. Solo di recente la Corte costituzionale (seguita poi dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione) ha precisato che non esiste alcun principio o norma nell'ordinamento italiano che riservino esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. Corte cost. 18 aprile 2007, n. 140, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1815), consentendo così il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo per lesioni di diritti fondamentali della persona almeno nelle materie per le quali esso gode di giurisdizione esclusiva (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2010, n. 12, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 1359; Cass. civ., S.U., 5 marzo 2010, n. 5290, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1370). Per una completa ricostruzione della tematica si rinvia a R. DI PACE, *Rapporto tra giurisdizioni. Il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2012*, Roma, 2012, 318 ss.; M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011; L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origine ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 482 ss.; F. MARTINI, *Poteri e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 377 ss.

cedimento amministrativo non paiono di certo capaci di sminuire le esigenze di revisione dell'azione dei pubblici poteri, una volta che sia stato adottato un provvedimento o sia stato posto in essere un determinato comportamento amministrativo. Ciò, per almeno due ragioni: la prima è che così come concepita, la partecipazione, allocata in linea generale in sede di adozione di atti amministrativi attuativi o consequenziali, a carattere non generale, appare poco utile al fine, una volta che si esca da poco credibili "visioni romantiche" di amministrazioni collaborative¹⁷. Quando vi è un provvedimento che incide in senso negativo su situazioni giuridiche soggettive, si evidenziano solo posizioni contrapposte, e gli interessi privati, pur meritevoli di tutela nei limiti consentiti dalla prevalenza di interessi pubblici, non hanno alcuna esigenza di porsi in una prospettiva collaborativa.

A ciò deve aggiungersi che talvolta la stessa partecipazione procedimentale rappresenta una vera e propria arma a doppio taglio: la sua fruizione, da parte degli interessati, può, infatti, costituire un *vulnus* per questi ultimi, nel momento in cui attraverso la stessa si finisce per fornire all'amministrazione non elementi utili a modificare gli effetti della decisione che si intende assumere, bensì fattori di considerazione che consentano alla p.a. di supportare meglio le proprie determinazioni, "aggiustando il tiro" proprio grazie agli ulteriori elementi forniti in sede partecipativa e che invece, laddove celati, avrebbero magari potuto costituire efficaci motivi di ricorso.

È per questi motivi (e altri che pure si potrebbero agevolmente individuare) che pare ragionevole sostenere che sussistono ragioni valide perché nell'ambito dell'amministrazione si dia luogo a (nuove) forme di giustizia interna.

3. *L'amministrazione pubblica è in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un'attività giustiziale?*

Si può dunque addivenire al secondo quesito, ovverosia se l'amministrazione pubblica sia o meno in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un'attività giustiziale.

Il riconoscimento della presenza di competenze di natura giustiziale, in capo alla pubblica amministrazione, non è mai stato ritenuto del tutto estraneo al sistema amministrativo, se è vero che "*La qualità di soggetto interessato non è in-*

¹⁷ Parla, invero piuttosto utopisticamente, di "spirito di «servizio» e collaborativo che deve permeare l'attività del funzionario pubblico" S. TARULLO, nel suo *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss. Sulla limitata implementazione di dinamiche procedimentali effettivamente collaborative tra cittadino e p.a., in special modo in tema di tutela dell'ambiente, v. M.C. ROMANO, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. - CdS*, 2012, 1691 ss. e M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, 95 ss.

compatibile col fine di attuare una soluzione giusta e conforme al diritto"¹⁸, pur non nascondendosi la distinzione profonda che la costituzione traccia rispetto al sistema giudiziale, munito di caratteri del tutto autonomi, incentrato sull'indipendenza del giudice terzo¹⁹.

I meccanismi interni di garanzia della legalità storicamente presenti nell'ordinamento (*in primis*, il ricorso gerarchico) non offrivano di certo adeguate garanzie di tutela, concepita com'era più in forma di "giustizia graziosa" concessa dal potere al cittadino²⁰ che come forma di tutela per quest'ultimo, più come riaffermazione del potere pubblico autoritativo, che come garanzia per quanti fossero coinvolti nell'esercizio di attività amministrative.

D'altronde le stesse modalità di nascita della tutela giurisdizionale nel sistema unitario fecero sì che la tutela giustiziale fosse impostata secondo il tradizionale sistema di tipo gerarchico nel quale, in fondo, la stessa amministrazione che aveva adottato un provvedimento veniva chiamata a pronunciarsi nuovamente sul medesimo, sebbene attraverso la decisione di un organo gerarchicamente sovraordinato, tendenzialmente propenso a svolgere un ruolo di difesa ad oltranza del precedente operato della stessa amministrazione²¹.

E la primazia dell'operato dell'amministrazione, rispetto ad una funzione di garanzia, rinverrà nuova conferma laddove la legge istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato riserverà l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi agli atti definitivi il ché, in una struttura fortemente gerarchizzata e unilaterale quale quella della pubblica amministrazione dell'epoca, corrisponderà alla diffusa esigenza di previo esperimento dei rimedi amministrativi, e ciò sino alla istituzione dei tribunali amministrativi regionali²².

¹⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 83.

¹⁹ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981, 516.

²⁰ G.C. DE MARTIN, *Gli interessi dei cittadini e l'azione dell'amministrazione davanti al giudice: l'evoluzione della giustizia amministrativa*, in *L'Amministrazione in cammino*, Milano, 1984, 193; F.G. COCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.; G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962, 589 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, voce in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.

²¹ Sul punto, A. PAPALDO, *Giustizia e pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1959, 125.

²² Come è noto, anteriormente alla istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali l'azione in sede giudiziaria era condizionata alla definitività dell'atto, conseguibile, per l'appunto, attraverso l'esperimento dei rimedi amministrativi. A seguito della introduzione della regola della immediata impugnabilità di tutti gli atti, la definitività indica semplicemente che avverso quell'atto non è possibile proporre ricorso amministrativo ordinario. Sul tema cfr. S. CASSARINO, *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1975, 83 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.

La distinzione costituzionale tra gli impliciti meccanismi interni di legalità e quelli, invece, di giustizia amministrativa non hanno impedito al dibattito dottrinale di porsi la questione della terzietà della pubblica amministrazione, confronto al quale un contributo particolarmente significativo fu apportato da Umberto Allegretti²³. L'Autore incentrava la propria riflessione sulla considerazione che se la parzialità consiste nel perseguire soltanto alcuni dei fini contemplati dal diritto positivo, l'imparzialità si fonda invece sull'esigenza di considerarli e contemperarli tutti. Da qui, la pubblica amministrazione è "parte imparziale" in quanto – seppur chiamata a tutelare un interesse primario specifico – resterebbe tuttavia imparziale, dovendosi aprire alla considerazione di tutti gli altri interessi protetti dall'ordinamento, pubblici e privati.

Come noto, la tesi fu oggetto di analisi critiche, soprattutto da parte di chi ne contestava la fondatezza in termini di mancata considerazione della condizione di terzietà dell'amministrazione anche in caso di perseguimento di uno degli interessi tutelati, atteso che esso, appartenendo all'ordinamento insieme ad altri interessi, nascerebbe comunque di volta in volta già contemperato in senso di sovraordinazione o subordinazione rispetto agli altri²⁴.

Appare evidente che la definizione dell'amministrazione quale parte, ancorché imparziale, non dovesse intendersi in senso tecnico, bensì in termini di centro formale di imputazione dell'interesse pubblico primario individuato dalla legge. Dunque l'amministrazione non può considerarsi soggetto di parte in quanto il suo interesse non è che "*una specificazione e articolazione dell'interesse generale (n.d.r. pubblico) del quale ripete i caratteri*"²⁵.

In altri termini potrebbe allora affermarsi che l'amministrazione, nel rapporto con i destinatari della sua azione, a buona ragione potrebbe definirsi *parte, ma non di parte*. Una condizione complessa, per certi versi debole, inadeguata, sul piano astratto, a fornire garanzie di effettiva imparzialità di giudizio, tanto più che non secondari fattori di carattere persino metagiuridico, culturale, concorrono a far rilevare la "naturale" propensione all'arroccamento su posizioni di difesa dell'operato amministrativo già posto in essere²⁶.

²³ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

²⁴ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 74 ss.

²⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 74. Per una ricostruzione delle diverse accezioni del principio di imparzialità elaborate negli anni da dottrina e giurisprudenza si rinvia a S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 109 ss.; S. LARICCIA, *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 1377 ss.; M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 218 ss.

²⁶ Nel riferirsi all'utilizzo del ricorso gerarchico, Giannini, affermava che "Tende a restare meramente teorico il suo fine, di permettere all'amministrazione sopraordinata il riesame del provvedimento. Normalmente infatti l'amministrazione conferma il provvedimento impugnato, ed il ricorso si risolve in una perdita di tempo" (M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, 49).

Eppure l'esercizio dell'azione amministrativa, nell'ambito del rinnovato principio di legalità mostra di contenere in sé intrinsecamente i presupposti di esercizio di un'azione imparziale.

La funzione giustiziale, anche alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e di buon andamento, si erge dunque a esigenza di funzionalità dell'amministrazione e per ciò stessa pertiene ad essa, fondata peraltro di copertura costituzionale dal dettato di cui all'art. 100 Cost. laddove la disposizione recita testualmente che "il Consiglio di Stato è organo (...) di tutela della giustizia nell'amministrazione"²⁷, consentendo a buona ragione di affermare che l'eventuale assenza (o inadeguatezza) di forme di tutela alternativa di tipo non giurisdizionale renderebbe il complessivo sistema di giustizia amministrativa incompleto e parziale²⁸.

Sembra di poter affermare, insomma, che l'idea stessa di stato di diritto, alla luce anche dell'evoluzione dell'ordinamento, imponga che tra le funzioni della pubblica amministrazione vada annoverata anche quella di "fare giustizia", e ciò sia in sede di espletamento dell'attività, sia in sede di riesame²⁹.

Nonostante la pur evidente legittimità e utilità di un efficace sistema di attività amministrativa a carattere giustiziale, l'ordinamento, anche in applicazione del dettato costituzionale e della interpretazione della Consulta, ha teso a esprimere una netta predilezione per il sistema giurisdizionale³⁰, dando vita – come noto – a profonde evoluzioni del sistema processuale (causate anche dalla opportuna azione pretoria assunta in molti casi dai giudici amministrativi) che hanno condotto persino al mutamento dello stesso oggetto del processo³¹, in una prospettiva (in-

²⁷ La Consulta ha in più occasioni qualificato il Consiglio di Stato giudice "nell'amministrazione" e non "dell'amministrazione". In termini cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214; Corte cost. 15 luglio 2005, n. 282, in *Giur. cost.*, 2005, 4; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145, in *Foro amm.*, 1997, 2729; Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 1995, n. 1034, in *Foro amm.*, 1995, 1516. Sul ruolo complesso ed intrinsecamente eterogeneo ricoperto dal Consiglio di Stato v., da ultimo, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.

²⁸ In termini, A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419.

²⁹ Peraltro, già V.E. ORLANDO, in *La giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 655 e 659, osservava che "non disconviene alla natura di un potere sovrano di ammettere che la negligenza, l'imperizia, la parzialità, se non pure il dolo, di alcuno di coloro che ricoprono un ufficio pubblico, possano danneggiare illegittimamente l'interesse di un suddito: e rientra pure negli scopi di quel potere e conviene alla dignità di esso di provvedere al rimedio, dando largamente modo al cittadino danneggiato di far valere le proprie ragioni cui si assicura un coscienzioso esame ed un ben ponderato giudizio", così riconoscendo l'esistenza di un "indipendente ed autonoma funzione, nel seno dell'amministrazione, diretta alla riparazione dei torti arrecati dall'azione degli organi di essa".

³⁰ In termini cfr. Corte cost. 16 aprile 2014, n. 98, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1723; Corte cost. 28 ottobre 2014, n. 243, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Giur. it.*, 2001, 438, 1094; TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 novembre 2009, n. 11363, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹ Come noto la riforma del processo amministrativo, attuata in più fasi mediante la legge 6 di-

vero non sempre adeguatamente soddisfatta) di maggiore tutela del cittadino e di quanti promuovessero azioni giudiziarie avverso atti e comportamenti amministrativi.

Ben altro esito si è invece registrato sul fronte degli istituti tradizionalmente espressione di forme giustiziali di amministrazione, laddove istituti ormai desueti sono andati incontro ad un inesorabile declino: per tutti, basti qui porre mente al ricorso gerarchico, soggetto a una forte dequotazione non solo a causa del sopravvenuto modello di organizzazione amministrativa (non più di tipo gerarchico, ma autonomistico e di tipo relazionale)³², ma anche per la sua intrinseca incapacità di costituire un rimedio efficace alle maggiori esigenze di legalità provenienti dalla società³³.

E la riprova dello scarso affidamento verso le forme di giustizia interne all'amministrazione si è avuta proprio con la "sostanziale giurisdizionalizzazione"³⁴ che ha connotato le sorti di un altro storico istituto, il ricorso straordinario

cembre 1971, n. 1034, la legge 21 luglio 2000, n. 205, nonché il recente d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ha determinato (ovvero formalizzato) l'attribuzione al giudice di ben più ampi poteri istruttori, cautelari, decisorii, ridefinendo la gamma di azioni ivi proponibili e di tipologia di sentenze che lo stesso è legittimato ad emanare. Sull'avvenuta transizione del giudizio dall'atto al rapporto controverso si rinvia *ex multis*, a G. ABBAMONTE, *L'oggetto della giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 357 ss.; F.G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 27 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. II, 4 luglio 2014, n. 15393, in *Foro amm.*, 2014, 2228; TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4609, in *Foro amm.*, 2013, 3153; Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *Foro amm.* – *CdS*, 2013, 2186.

³² Si intende, evidentemente, fare riferimento innanzitutto alla riforma della dirigenza statale (legge n. 748/1972), con la quale si è tra l'altro provveduto ad attribuire il carattere della definitività a numerose categorie di provvedimenti emanati da organi centrali e periferici dello Stato, con conseguente esclusione della ricorribilità in sede gerarchica al Ministro. Si sono, poi, affiancate le successive innovazioni legislative in tema di privatizzazione del pubblico impiego (d.lgs. n. 129/1993; legge n. 127/1997; d.lgs. n. 165/2001; legge n. 145/2002), comportanti, tra l'altro, una forte autonomia amministrativo-gestionale in capo ai dirigenti rispetto alle direttive ministeriali, in attuazione del principio di piena separazione tra politica ed amministrazione, nonché una conseguente soppressione del potere ministeriale di decidere dei ricorsi gerarchici avverso gli atti dirigenziali. Sull'evoluzione dell'assetto organizzativo della pubblica amministrazione, anche alla luce delle riforme della dirigenza v. F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, 2005, 388 ss.; G. GARDINI, *La dirigenza statale*, in M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, 175 ss.

³³ La profonda e, presumibilmente irreversibile, crisi del ricorso gerarchico quale rimedio di tutela affonda le sue radici anche in una intrinseca ambiguità che contraddistingue il rimedio sin dalla sua istituzione. Giannini utilizzava, al riguardo, la formula "sostituzione amministrativa", per indicare come il privato, nel proporre un ricorso gerarchico, solo in parte perseguisse un proprio individuale interesse di tutela, ponendosi contestualmente quale stimolo nei confronti della pubblica amministrazione inerte (in questo senso "sostituito") al fine di consentirle il necessario riesame del provvedimento emanato dall'organo subordinato (M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, cit., 46).

³⁴ Anche anteriormente alle ultime riforme di cui alla legge n. 69/2009 e al Codice del processo amministrativo, dottrina e giurisprudenza si erano a lungo interrogate circa la possibilità di inqua-

al Capo dello Stato, la cui *ratio*, profondamente mutata alla luce del sopravvenuto quadro normativo di riferimento e della giurisprudenza, non appare rispondere – a parere di chi scrive – ad alcuna esigenza reale, propria del sistema vigente³⁵.

Ancora una volta non può non essere evidenziato che la tutela di legittimità prestata dal giudice amministrativo è rimasta inadeguata e non solo per ragioni connesse alla durata dei processi. Peraltro la necessitata complessità garantistica del processo, peraltro minore nel giudizio amministrativo rispetto ad altri ambiti giudiziari, ha lasciato fuori numerosi interessi, soprattutto quelli più deboli (cir-

drare il ricorso straordinario nell'ambito dell'attività giurisdizionale *tout court*. In tal senso militavano: la piena garanzia del contraddittorio (almeno dal punto di vista formale); la circostanza che il parere del Consiglio di Stato fosse stato significativamente qualificato "espressione di un'attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo" (Cons. Giust. Amm. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 3066); nonché la ritenuta assimilazione ad una sentenza della decisione finale (cfr. TAR Lombardia, sez. II, 13 maggio 2004, n. 1695, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1300; Cons. Giust. Amm. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 3021; TAR Toscana, sez. II, 15 marzo 2000, n. 451, in *Ragiusan*, 2000, 51). L'orientamento prevalente, tuttavia, sosteneva che l'istituto in esame dovesse comunque configurarsi quale esercizio di potere amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2322, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. it.*, 2002, 229). Tale assetto ha subito un sostanziale stravolgimento a seguito delle novità apportate alla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato ad opera dell'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (con cui si è ammessa espressamente la deferibilità di questioni di costituzionalità anche da parte del Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi in sede consultiva su un ricorso straordinario, e tale parere è stato reso formalmente e sostanzialmente vincolante) nonché ad opera del Codice del processo amministrativo, che ha esteso l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza anche alle decisioni sul ricorso straordinario.

Anche a seguito delle recenti riforme permane, tuttavia, l'incertezza circa l'avvenuto mutamento o meno della natura giuridica da strumento di tutela di tipo amministrativo a rimedio giurisdizionale. Ad una giurisprudenza tendenzialmente favorevole a riconoscere natura giurisdizionale all'istituto (Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 3126; Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *www.lexitalia.it*. *Contra* Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525; Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 3126) si affianca una dottrina ancora oscillante. Continuano ad inquadrare il ricorso straordinario nell'ambito dei rimedi di tutela amministrativa, tra gli altri, F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 2378; M. CALABRÒ, *Modelli di tutela non giurisdizionale. I ricorsi amministrativi*, in *Ius publicum*, 2013, 1 ss.; A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2014; 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. Si pronunciano, al contrario, per l'avvenuta giurisdizionalizzazione P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 1466 ss.; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, 100; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. e, da ultimo, P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014.

³⁵ Sul punto si rinvia alle argomentazioni che saranno esplicitate nella parte finale del presente studio.

costanza, questa, ulteriormente aggravata dalla ricorrenza delle condizioni già analizzate).

È anche da rilevare, sotto un profilo solo parzialmente diverso, che l'esigenza di forme giustiziali interne all'amministrazione è stata pienamente colta da alcuni ordinamenti autonomi, espressione, a loro volta, di interessi forti. Questi, sulla spinta di evidenti esigenze di celerità ma anche di autodichia, si sono dati autonome forme di organizzazione giustiziale, preordinando veri e propri sistemi interni di giustizia persino alternativa, con complesse vicende di articolazione e coordinamento rispetto alla giurisdizione del giudice statale: si pensi, per tutti, alla c.d. giustizia sportiva³⁶, la cui normativa ha peraltro conseguito l'avallo interpretativo favorevole della Corte costituzionale³⁷.

A tanto, evidentemente, in assenza di interventi legislativi al riguardo, non si è potuto provvedere in merito a quella miriade indefinita di interessi deboli pur

³⁶ Come noto, l'emanazione del d.l. 19 agosto 2003, n. 220, poi convertito, con modificazioni, dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, ha codificato i principi in materia di rapporti tra ordinamento sportivo e statale, fornendo una collocazione giuridica al sistema sportivo all'interno dell'ordinamento dello Stato, individuando i limiti dell'autonomia dello stesso, la natura delle istituzioni sportive e dei relativi atti. Per quanto maggiormente rileva in questa sede, l'art. 2 della legge dispone che, nelle materie la cui disciplina è riservata all'ordinamento sportivo, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo. La legge ha inoltre sancito che, nei casi di rilevanza giuridica (e non meramente sportiva) degli interessi lesi, esaurita una "pregiudiziale" sportiva, tutte le controversie relative ad atti del CONI e delle Federazioni sportive nazionali sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (salvo i casi di "controversie patrimoniali tra pari ordinati", devolute alla competenza del Giudice Ordinario), individuando. Il sistema di giustizia sportiva, peraltro, è così composto: sono organi di giustizia presso la Federazione: a) Il Giudice sportivo nazionale, i Giudici sportivi territoriali e la Corte sportiva di appello; b) Il Tribunale federale e la Corte federale di appello. Per i casi e nei limiti previsti dallo Statuto del Coni, il Collegio di Garanzia dello Sport istituito presso il Coni costituisce organo di giustizia di ultimo grado. Sul tema sia consentito rinviare a M.R. SPASIANO, *Il rito sportivo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 529 ss.

³⁷ Con la sent. 11 febbraio 2011, n. 49, la Corte costituzionale ha sancito la legittimità costituzionale dell'art. 2, lett. b, legge 17 ottobre 2003, n. 280 (che "riserva" alla sola Giustizia Sportiva tutte le questioni in materia disciplinare). La Corte ha precisato, tuttavia, che l'esclusione della giurisdizione amministrativa in tale settore riguarda unicamente le c.d. azioni "demolitorie", non anche quelle meramente risarcitorie. Conseguentemente, secondo il ragionamento della Consulta, la riserva in favore della Giustizia Sportiva non produce una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale, essendo quest'ultimo non escluso, bensì solo parzialmente limitato, non potendo esplicarsi "in forma piena" (mediante l'esercizio dell'azione di annullamento), bensì "in forma limitata" (mediante l'esercizio della sola azione risarcitoria). La dottrina ha ampiamente commentato tale importante pronuncia; *ex multis* v. E. LUBRANO, *La Corte costituzionale n. 49/2011: nascita della giurisdizione meramente risarcitoria o fine della giurisdizione amministrativa in materia disciplinare sportiva?* in *www.giustamm.it*; M.R. SPASIANO, *La sentenza 49/2011 della Corte costituzionale: un'analisi critica e un tentativo di "riconduzione a sistema"*, in *Riv. dir. sportivo*, 2012, 209 ss.; A. SCALA, *Autonomia dell'ordinamento sportivo, diritto di azione ex art 24 Cost., effettività della tutela giurisdizionale: una convivenza impossibile?*, in *Riv. dir. sportivo*, 2012, 201 ss.; G. SANTAGADA, *Le sanzioni disciplinari sportive: se non sono annullabili non sono "atti amministrativi", ma "fatti storici" non arbitrabili e la domanda risarcitoria si propone davanti al giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 2012, 2519 ss.

fortemente presenti nel tessuto socio-economico dell'ordinamento, interessi che per questa ragione continuano di frequente a restare privi di qualsiasi garanzia di (efficace ed effettiva) tutela.

Va da sé che qualsiasi utile forma di amministrazione giustiziale non potrebbe ormai connotarsi in termini di esercizio autoritativo di auto-amministrazione³⁸, quanto assumere la logica di garanzia di tutela per il soggetto interessato, tendendo a porre sul medesimo piano procedimentale le posizioni delle parti contrapposte³⁹, nella consapevolezza, evidentemente, della (eventuale) diversità della natura giudica degli interessi in gioco.

Non appare utile al fine evocare gli istituti partecipativi (ai quali si è già fatto riferimento) quali strumenti di per sé in grado di integrare le esigenze di maggiore tutela dei cittadini. La mancata contrazione del contenzioso a seguito dell'approvazione della legge n. 241/1990 ne è dimostrazione palese⁴⁰ e d'altra parte l'impossibilità che le norme sulla partecipazione potessero costituire un surrogato alle esigenze di giustizia insoddisfatte dall'esercizio della giurisdizione aveva costituito una premonizione già espressa a distanza di poco tempo dall'entrata in vigore della stessa legge sul procedimento⁴¹. Del resto, il sistema partecipativo non è assimilabile a quello contenzioso, sia per l'assenza di una *res controversa et dubia*, sia per la mancanza di un adeguato livello di terzietà del soggetto pubblico agente⁴².

Invero, la considerazione della decisione amministrativa quale manifestazione di volontà assolutamente pure, autorevolmente sostenuta da Giannini⁴³, induceva l'Autore a ritenere che il fine ultimo di quella tipologia di atto non sarebbe consistito nella tutela diretta di interessi coinvolti nell'azione, quanto nella cura degli interessi della stessa autorità: la ragione fonda sulla circostanza della mancanza del carattere *super partes* dell'autorità decidente. Ma è proprio l'interesse della stessa amministrazione alla giusta soluzione di un conflitto a costituire, nel pensiero di Nigro⁴⁴, la ragione ultima della decisione amministrativa: un provvedi-

³⁸ In termini M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 35, ove osserva che "Nell'esercizio della funzione giustiziale, dunque, l'apparato amministrativo si spoglia di qualsiasi residuo di posizione privilegiata e si pone di fronte al "proprio" provvedimento illegittimamente lesivo di un interesse privato al servizio non dell'interesse pubblico originario, bensì di quello alla giustizia".

³⁹ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 41.

⁴⁰ La riflessione è contenuta già nello studio di G. MORBIDELLI, *Contro il blocco della giustizia amministrativa*, Bologna, IV, 2001, 676 ss.

⁴¹ In questa prospettiva, F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 163.

⁴² In termini, S. CASSESE, *Le basi del sistema amministrativo*, Milano, 2000, 213.

⁴³ M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, 39.

⁴⁴ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1959, 813.

mento a carattere giustiziale, da adottare su istanza di parte e nei limiti di quanto richiesto dagli interessati⁴⁵.

Alla luce delle considerazioni esposte non pare sorgere dubbio sulla circostanza che l'attività di risoluzione di una lite debba essere necessariamente affidata, anche nell'ambito di un'attività giustiziale amministrativa, ad un organo terzo, un organo cioè diverso da quello che ha posto in essere l'originario provvedimento o comportamento amministrativo. Un organo che non sia legato a quello di amministrazione attiva da alcun genere di rapporto, tantomeno a carattere gerarchico. Che sia invece imparziale, e ciò sia sotto il profilo strutturale (indipendenza) che funzionale, in quanto quest'ultimo aspetto, da solo, non è in grado di soddisfare le esigenze proprie dell'autonomia di giudizio.

La considerazione di un'amministrazione neutrale, d'altronde, non è recente nel panorama amministrativistico⁴⁶, nonostante le forti perplessità espresse da autorevoli studiosi⁴⁷. Anche i riferimenti ad altri ordinamenti mostrano da tempo la presenza di organismi istituiti con specifiche finalità giustiziali e competenze assolutamente distinte da quelle di amministrazione attiva⁴⁸, privando così gli organismi di riesame della titolarità di qualsiasi interesse pubblico che non sia quello della realizzazione della giustizia. Il passaggio attraverso le maglie dell'amministrazione giustiziale, in applicazione di disposizioni ordinamentali vigenti, colloca infatti tutti gli interessi in gioco sullo stesso piano senza doversi procedere ad una riconsiderazione degli stessi in termini di opportunità, convenienza o altro, tutti profili di merito dell'attività, in quanto tali prerogative resta esclusiva degli organi di amministrazione attiva e delle responsabilità dei suoi addetti.

La ricostruzione prospettata si pone, peraltro, in linea anche con la definizione di organo di giustizia prospettata nella giurisprudenza dei giudici europei che – come è stato osservato anche in dottrina⁴⁹ – prescindendo dalla natura giuridica (giurisdizionale o amministrativa) del soggetto, ne riconosce la sostanza di giudice sulla base della sussistenza di alcuni presupposti, primo fra tutti l'effettiva indipendenza e imparzialità rispetto alle parti⁵⁰.

⁴⁵ In termini, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 351. In generale, sulle decisioni amministrative, oltre gli scritti indicati nelle note che precedono, v. E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, voce in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 260 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 524 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, voce in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

⁴⁶ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, *passim*.

⁴⁷ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440.

⁴⁸ Sul tema, già S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 374.

⁴⁹ M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 59 ss.

⁵⁰ Gli altri requisiti richiesti sono: la sua origine legale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo appli-

4. *Quale ampiezza e quali connotati deve assumere la funzione giustiziale della pubblica amministrazione?*

L'esito conseguito dai primi due quesiti che ci si è posti al principio del presente lavoro consente dunque di poter affermare che: 1) allo stato sussistono ragioni che inducono a invocare una maggiore tutela amministrativa del cittadino o comunque del soggetto interessato; 2) l'amministrazione pubblica, alle condizioni che sono state esplicitate, è in grado di garantire un credibile esercizio, sufficientemente imparziale, di un'attività giustiziale. Occorre dunque investigare in ordine all'ampiezza e ai caratteri che è tenuta ad assumere quel tipo di attività.

Un primo profilo concerne l'oggetto dell'attività giustiziale, ovvero se essa debba riguardare i soli profili di legittimità o investire anche il merito dell'azione amministrativa. Alla luce delle riflessioni sin qui svolte appare evidente che un eventuale riesame di merito, con conseguente rinvio di una vicenda amministrativa all'organo munito del potere di amministrazione attiva, finirebbe col costituire esercizio di un potere di autotutela, in quanto tale incompatibile con un sistema a carattere giustiziale, destinato cioè a fornire una garanzia a favore di colui il quale vanta un interesse al riguardo.

Né, per ovvie ragioni, pare ipotizzabile un sindacato di merito con facoltà, per l'organo adito, di addivenire ad una nuova determinazione fondata su autonomi elementi e valutazioni di opportunità, convenienza, ecc. Anche se l'ipotesi richiamerebbe i caratteri propri del più tradizionale dei ricorsi amministrativi, quello gerarchico appunto, proprio l'assenza di un rapporto inter-organico di quel genere e, anzi, la previsione della esigenza di un organo terzo, munito di adeguati connotati di indipendenza e imparzialità sotto il profilo organizzativo prima ancora che funzionale, rende impraticabile quel meccanismo, esponendosi a fin troppo evidenti quanto incontrastabili accuse di indebito esproprio di competenze amministrative normativamente predeterminate⁵¹.

chi norme giuridiche. In termini cfr. Corte Giust. UE, 30 giugno 1966, C-61/65, *Vaassen c. Göbbels*; Corte Giust. UE, 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, in *Foro Amm.*, 1997, 2603; Corte Giust. UE, 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson c. Ordine avvocati del Lussemburgo*, in *Rass. Forense*, 2006, 1698 ss.

⁵¹ Tra l'altro, attribuire all'organo giustiziale la facoltà di decidere nel merito non solo risulterebbe del tutto incoerente con la sua funzione di mero risolutore della controversia, ma finirebbe inevitabilmente col far emergere quei profili di confusione tra autotutela contenziosa ed attività di riesame che hanno contribuito a segnare il fallimento dei tradizionali ricorsi amministrativi. Al riguardo, può osservarsi come già Orlando – pur ammettendo (anche se in via eccezionale e non generale) l'estensione al merito dell'attività amministrativa contenziosa – evidenziasse che “l'apprezzamento del merito fa sì che la funzione contenziosa si confonda, quanto alla intrinseca natura dei poteri esercitati, con quella dell'amministrazione attiva” V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 665. *Contra*, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, cit., 166, il quale, partendo dalla considerazione che la funzione giustiziale non rappresenta qualcosa di esterno, bensì si rivela connaturata alla stessa funzione amministrativa, argomenta a favore della generale sindacabilità anche dei profili di merito, sostenendo che l'organo chiamato ad

Non resta dunque che limitare l'azione alla sindacabilità della legittimità del provvedimento o del comportamento tenuto dall'organo competente in via ordinaria. Tanto più, poi, se si tenga conto della forza espansiva che ha assunto nel tempo il sindacato di legittimità.

L'eccesso di potere, come noto, ha subito un'evoluzione poderosa, scorrendo dall'originaria impostazione dello straripamento di potere a forme sempre più raffinate di sindacato che ormai vede nelle c.d. figure sintomatiche un magma fluido dai contorni quanto mai indefiniti⁵². Processo, questo, che si è accompagnato al parallelo ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, della gamma di azioni innanzi allo stesso proponibili, nonché delle differenti tipologie di sentenza che esso è legittimato ormai da tempo ad adottare⁵³.

Ma anche la violazione di legge, dal canto suo, ha subito profonde modifiche, direttamente collegate al ruolo non più meramente esecutivo di disposti legislativi, originariamente assegnato alle amministrazioni pubbliche. Si è già fatto riferimento, in questo scritto, alla funzione ormai propriamente amministrativa degli organi pubblici, una funzione nella quale la distinzione tra elementi appunto amministrativi e altri più propriamente di natura politica appare quanto mai problematica⁵⁴. Fenomeno, questo, che vede come principali interpreti non più solo gli organi di natura politica ma anche la dirigenza amministrativa, alla quale sono affidati compiti a rilevanza esterna e, soprattutto, competenze riguardanti l'amministrazione di interessi la cui cura e soprattutto il cui (complesso) bilanciamento non è disciplinato dalla legge: circostanza, questa, che – come rilevato – induce al ricorso a parametri valutativi direttamente tratti da principi generali dell'ordinamento statale e sovranazionale.

Le esposte considerazioni inducono pertanto non solo a ritenere che la legittimità costituisce l'unico ambito plausibile di operatività dell'attività giustiziale, ma anche che essa appare un riferimento più che adeguato a fornire all'organo decidente idonei poteri di intervento, ambiti di manovra congrui rispetto alle finalità perseguite.

Appare evidente, tuttavia, che il perseguimento della tutela giustiziale nei ter-

esercitare una attività di giustizia nell'amministrazione condividerebbe con l'organo di amministrazione attiva anche l'articolazione normativa delle competenze interne.

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, 2021; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1776, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 736; Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5086, in *Foro amm. – CdS*, 2007, 2837; TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 settembre 2004, n. 12592, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2621. In dottrina, sul punto, si veda F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 219 ss.; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 433 ss.

⁵³ Cfr. F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 35 ss.; A. POLICE, *Il cumulo di domande nei riti speciali e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss.; M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013.

⁵⁴ In argomento, *amplius*, v. M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, cit., 69 ss.

mini preindicati non possa che presupporre l'applicazione del principio di alternatività rispetto alla giustizia del giudice statale. Si è consapevoli della difficoltà di accettazione dell'ipotesi, con possibili dubbi anche di carattere costituzionale, eppure paiono sussistere margini di fatto e di diritto che ne consentano la percorribilità. Innanzitutto già l'ordinamento, mediante la sopravvivenza del ricorso straordinario⁵⁵, mostra la plausibilità del principio di alternatività⁵⁶. Ciò accade per la presenza, in quel procedimento, di un giudice (il Consiglio di Stato) munito evidentemente della qualificazione necessaria a garantire garanzie di indipendenza e imparzialità. Eppure la predisposizione di organismi muniti di adeguate competenze tecniche e di una condizione di imparzialità organizzativa e funzionale non pare impossibile. Tanto più, poi, se si volesse far valere anche in questo caso la regola della trasponibilità in sede giurisdizionale di cui all'art. 10, comma 1, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199⁵⁷. È evidente, tuttavia, che nel caso di tra-

⁵⁵ In passato Giannini invitava alla soppressione del ricorso straordinario, definendolo un istituto anacronistico ed obsoleto, un vero e proprio "reliquo storico" (M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, cit., 79). La giurisprudenza Costituzionale, al contrario, ne ha sempre difeso l'utilità in termini di tutela alternativa per il cittadino (cfr. Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Foro it.*, 1987, 674). Il legislatore ha, evidentemente, "creduto" nell'istituto e – sebbene permangano profili non sempre compatibili con una tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei cittadini – da allora molte cose sono cambiate: il termine per la proposizione del ricorso è passato da 180 a 120 giorni; si sono registrati notevoli miglioramenti sia in termini di trasparenza che di celerità ed efficacia (si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità riconosciuta agli interessati di accedere agli atti dell'istruttoria, all'estensione dell'operatività della tutela cautelare, all'esperibilità dell'ottemperanza); si è attribuita la titolarità della decisione finale al Consiglio di Stato in sede consultiva, il che ha, senza dubbio, contribuito ad incrementare il grado di imparzialità del soggetto decidente, nonché delle modalità decisorie fondate sull'applicazione obiettiva di norme giuridiche (desumibile dalla sollevabilità dell'eccezione di costituzionalità), con l'esclusione di forme (dirette) di influenza politica o di valutazioni di tipo discrezionale.

⁵⁶ In ordine al ricorso straordinario, attese le conseguenze in termini di limitazioni al diritto di azione, la giurisprudenza pretende la sussistenza di diversi requisiti per legittimare la concreta applicazione del principio di alternatività. In particolare, occorre la presenza di tutti i presupposti richiesti per la configurazione della litispendenza (identità di soggetti, di *petitum* e di *causa pretendi*). In termini cfr. Cons. Stato, sez. I, 5 novembre 2003, n. 2325, in *Ragiusan*, 2004, 243; Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 1997, n. 1460, in *Cons. Stato*, 1997, 1427; TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 febbraio 1997, n. 237, in *TAR*, 1997, 829. In passato, la Corte costituzionale, chiamata pronunciarsi in ordine alla regola dell'alternatività fra ricorso straordinario e giurisdizionale, ed al suo presunto contrasto con il principio della pienezza della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost., superò le eccezioni di incostituzionalità sostenendo come la suddetta regola si risolvesse in una scelta "che sollecita l'autonomia soggettiva e, così essendo, non intacca il precetto costituzionale che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi" (Corte cost. 2 luglio 1966, n. 78, in *Giur. cost.*, 1966, 1013).

⁵⁷ Sui presupposti e i limiti dell'attuazione della regola della trasponibilità v., *ex multis*, G. GRECO, *Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell'amministrazione resistente*, in *Giust. civ.*, 1982, 2273 ss.; A. BERTOLDINI, *La connessione tra provvedimenti impugnati con ricorso straordinario estende il regime dell'alternatività ex art. 8 comma 2, d.P.R. n. 1199/1971, alla trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 1768 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso*

sposizione giurisdizionale di un procedimento giustiziale, le esigenze di celerità imporrebbero la disciplina di un rito speciale, sulla falsariga di quanto accade per i processi in tema di accesso agli atti o di silenzio, previa predisposizione di tutte le garanzie necessarie, proprie dei procedimenti giustiziali.

A differenza del ricorso straordinario, il rimedio giustiziale, proprio in considerazione delle peculiari esigenze alle quali risponde, ossia di tutela di interessi pretensivi degli interessati, non potrebbe presentare carattere squisitamente impugnatorio; andrebbe invece prevista, accanto al rimedio costitutivo cassatorio, la possibilità di pronunce di accertamento, dichiarative e di condanna⁵⁸, anche in considerazione del fatto che – come noto – nel rapporto con la pubblica amministrazione, i comportamenti di quest'ultima costituiscono oggetto ormai consueto di censura da parte dei portatori di interesse di vario tipo.

Né sono individuabili motivi ostativi al riguardo. Infatti, la limitazione al rimedio cassatorio da parte del ricorso straordinario al Capo dello Stato – pur con le attenuazioni al principio affermate dalla giurisprudenza⁵⁹ – rinviene propria giustificazione sia nella storia stessa dell'istituto, sia nei suoi caratteri strutturali. Ma questi fattori non concernono l'amministrazione giustiziale, connotata semmai proprio da elementi di senso contrario.

Se le prospettate condizioni sono condivise, ne deriva che il potere istruttorio dell'autorità cui sia demandato l'esercizio dell'attività giustiziale deve configurarsi adeguato, non limitato naturalmente all'ordine, rivolto nei confronti dell'organo di amministrazione attiva, di deposito di atti e documenti. La facoltà di esercizio di azioni declaratorie, di accertamento e di condanna non può che presupporre, infatti, un sistema probatorio adeguato, che consenta di accedere al rapporto sottostante alla lite per sindacarne i relativi profili di legittimità.

Orbene, pervenuti a questo punto, l'intero impianto prospettato sarebbe reso del tutto vano se non fosse accompagnato da due fattori di primaria rilevanza,

straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale, Milano, 2008, 307 ss.; F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. merito*, 2012, 958 ss.

⁵⁸ In ordine all'inammissibilità di azioni di mero accertamento e della richiesta di pronunce dichiarative mediante il rimedio del ricorso straordinario v. Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 4648, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 1381; Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2003, n. 466, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2664; Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 1992, n. 1932, in *Cons. Stato*, 1994, I, 109.

⁵⁹ È noto che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già ammesso l'impugnazione del silenzio-rifiuto dell'amministrazione mediante il ricorso straordinario, pur in assenza di una specifica determinazione esplicita dell'autorità amministrativa e, in particolare, di un atto amministrativo definitivo (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 8 gennaio 2014, n. 3763, in *Foro amm.*, 2014, 159; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 1240, in *Foro amm. – CdS*, 2010, 2250; Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2007, n. 1040, in *www.giustizia-amministrativa.it*); continuando tuttavia a negare la possibilità di contestare meri comportamenti (diversi dal silenzio) della pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 maggio 1995, n. 2933, in *Cons. Stato*, 1997, I, 606; Cons. Stato, sez. I, 12 marzo 1976, n. 1246, in *Riv. amm. it.*, 1978, 978). Sul tema si rinvia alle osservazioni di C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

elementi che danno senso profondo alla prefigurazione del potere giustiziale. Il primo è costituito dalla irritualità. La stessa *ratio* dell'attività giustiziale non avrebbe, infatti, senso se il procedimento in questione non si ispirasse all'assenza del rispetto di particolari forme, alla mancanza della necessità di una procura ad un avvocato, all'utilizzo di procedure estremamente rapide, distinte per ambiti (materie) di riferimento, definite anche in termini di obbligo di relativa conclusione⁶⁰. Procedure, peraltro, talvolta anche gratuite, al fine di consentire a qualsiasi interessato un accesso semplice ed efficace a tutela dei propri interessi⁶¹. Peraltro la tutela garantita dal meccanismo giustiziale dovrebbe essere di tipo esclusivamente ripristinatorio, non già riparatorio. Quest'ultimo, infatti, in considerazione delle complesse valutazioni che lo connotano, potrebbe invece essere riservato al giudice amministrativo, sulla falsariga di quanto peraltro già riconosciuto costituzionalmente legittimo dalla Consulta, con la sentenza interpretativa n. 49/2011, in ordine alla giurisdizione (residuale) del giudice amministrativo in materia di sanzioni disciplinari sportive⁶².

Queste riflessioni inducono, dunque, ad un profondo ripensamento dell'attività giustiziale anche in termini di concreta attuazione. La (utile) deflazione del contenzioso amministrativo non passerebbe più attraverso l'incremento dei costi, dunque il sostanziale impedimento all'accesso specie per gli interessi economicamente più deboli che, allo stato, restano di fatto privi di tutela.

Il quadro, peraltro, pare coerente con l'impianto costituzionale, addivenendosi semmai ad una maggiore e più efficace tutela degli interessi, ancorché da parte di soggetti non muniti di funzione giurisdizionale. Purché – come rilevato – ciò possa aver luogo mediante la predisposizione di organismi muniti di adeguate condizioni di indipendenza, imparzialità, e competenza. I relativi costi finanziari,

⁶⁰ In tal senso è possibile richiamare la letteratura in materia di *Alternative dispute resolutions* (a.d.r.), intesi come procedimenti economici, rapidi e, per l'appunto, informali, finalizzati a dirimere una controversia con il coinvolgimento di soggetti terzi e imparziali non appartenenti al potere giudiziario. Per una ricostruzione del fenomeno dei rimedi giustiziali attraverso (anche) la figura delle a.d.r. v. M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, 2014; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e formazione*, 2004, 1203 ss.

⁶¹ Al riguardo, deve segnalarsi come, in relazione al ricorso straordinario, il minor costo rispetto alle forme di tutela giurisdizionale ormai si limiti alla sola facoltà di difendersi personalmente da parte dell'interessato, facoltà che, per evidenti ragioni, viene assai raramente sfruttata. Ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*), infatti, è stato superato il precedente regime di "gratuità" dell'istituto, essendo stato anch'esso inserito nei procedimenti per i quali è necessario effettuare il pagamento del contributo unificato (ad oggi pari ad euro 650,00) occorrente per il deposito degli atti. Sul tema cfr. P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *www.giustamm.it*.

⁶² Sul punto si rinvia alla precedente nota 37.

peraltro, sarebbero di certo (almeno in parte) compensati da una minore spesa per gli apparati della giurisdizione statale e soprattutto dall'introduzione di tempi certi nella definizione di controversie la cui soluzione si pone in non pochi casi alla base del mancato avvio di attività anche a carattere economico.

Né, tutto ciò, potrebbe ritenersi un *vulnus* per l'attività giudiziaria, semmai un suo opportuno alleggerimento, restando peraltro intatte le sue prerogative anche grazie all'eventuale esercizio della facoltà di trasposizione dei procedimenti; purché quella stessa facoltà – esercitata dall'amministrazione resistente o da controinteressati – possa aver luogo a particolari condizioni e con l'assunzione di precise responsabilità da parte dei promotori, traducibili anche in termini di adeguata condanna alle spese in caso di soccombenza e di più congrui riconoscimenti risarcitori. In caso contrario, un "abuso" dell'esercizio della trasposizione rischierebbe di rendere vana la prospettata valorizzazione dell'attività giustiziale, che – piuttosto che incrementare il livello di giustizia fornita dall'ordinamento al cittadino – finirebbe per tradursi in un inutile "passaggio", atto solo a procrastinare i tempi della giustizia.

*Giorgio Giovannini**

Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Configurazione pregressa del ricorso straordinario. – 3. Configurazione attuale. – 4. Criticità: aspetti costituzionali. – 5. Criticità: aspetti strutturali. – 6. Criticità: aspetti procedurali. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Desidero anzitutto ringraziare gli organizzatori per avermi invitato a parlare in questo convegno.

Li ringrazio, in particolare, per aver voluto dedicare il convegno al ricorso straordinario al Capo dello Stato, che è un istituto al quale in Consiglio di Stato ci sentiamo particolarmente legati.

Lo siamo perché il ricorso straordinario è all'origine stessa della nostra funzione di giustizia.

Quando infatti il Consiglio di Stato venne istituito, nel 1831, fra i suoi compiti vennero ascritti i pareri sui ricorsi al Re (art. 29, r.e. 18 agosto 1831).

Tale competenza fu successivamente via via confermata, mentre il relativo procedimento veniva sempre più precisandosi in virtù di vari interventi legislativi susseguitisi nel tempo: dalla legge Rattazzi del 1859 (art. 15, legge 30 ottobre 1859, n. 3707), alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D, dettata nell'ambito delle norme per l'unificazione amministrativa del Regno, (art. 9, comma 4), alla legge, ancora Crispi-Zanardelli del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (legge 31 marzo 1889, n. 5992), che tra l'altro stabilì per prima il principio di alternatività tra il ricorso straordinario e ricorso, appunto alla sezione IV, poi definito dalla Corte di Cassazione come di natura giurisdizionale (art. 6).

Qualche storico del diritto dovrebbe approfondire meglio questo primo originario periodo dell'attività consultiva del Consiglio di Stato, perché nei pareri da esso pronunciati all'epoca troverebbe sicuramente i germi di quella giurisprudenza successivamente espressa, che avrebbe letteralmente fondato il diritto amministrativo ed il suo ordinamento in Italia.

* *Presidente del Consiglio di Stato.*

Ma la speciale affezione che noi abbiamo per il ricorso straordinario, deriva anche dal ruolo che esso, almeno fino a pochi anni fa, ha assunto nel nostro sistema di giustizia amministrativa, il ruolo cioè di tutela dei meno abbienti e di risoluzione delle controversie di minore valenza economica, ma a volte egualmente rilevanti per l'interessato sul piano personale e morale.

Sono, se volete, controversie di carattere molto minuto, direi marginali dal punto di vista tecnico, per il quale l'interessato non si sognerebbe mai o non avrebbe i mezzi per intraprendere la costosa – anzi costosissima – via giurisdizionale. È quindi un bene che per esse l'ordinamento, a conferma della sua completa giuridicità, metta a disposizione uno strumento snello e almeno fino a poco tempo fa economico come il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Dico “fino a poco tempo fa”, perché nel 2011, con uno dei tanti provvedimenti legislativi volti alla stabilizzazione finanziaria in funzione anticrisi (il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in legge 15 luglio 2011, n. 111) anche per la proposizione del ricorso straordinario è stata imposta la corresponsione del contributo unificato, determinandolo nella non esigua cifra di 600 euro, successivamente portati a 650, e dunque la tradizionale connotazione di economicità dell'istituto è un po' venuta meno.

Resta comunque il vantaggio di poter proporre tale rimedio senza assistenza legale e questo continua a restare un buon risparmio, conoscendo le tariffe dei nostri avvocati.

2. *Configurazione pregressa del ricorso straordinario*

Come è emerso dalle osservazioni espresse da chi mi ha preceduto, l'attenzione verso il ricorso straordinario si è ravvivata in questi ultimi tempi a seguito delle nuove disposizioni che lo hanno interessato: l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e talune norme del codice del processo amministrativo.

Fino ad allora si può dire che il ricorso straordinario, fondato sulla disciplina organica contenuta nel d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, non abbia dato luogo a particolari problemi circa la sua natura, che secondo il generale convincimento era una natura amministrativa, sia pure caratterizzata dalla funzione giustiziale, resa particolarmente incisiva in virtù della presenza nella relativa procedura del parere – all'epoca obbligatorio ma non vincolante – del Consiglio di Stato.

Questa è la posizione più volte assunta dalla Cassazione, che ha ripetutamente negato, proprio in relazione a tale carattere amministrativo del ricorso straordinario, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza ai fini della sua attuazione coattiva, nonché la sua impugnabilità in Cassazione con il ricorso *ex art. 111 Cost.* (Cass. S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978; Cass., S.U., 11 novembre 1988, n. 6075; Cass., 25 febbraio 1978, n. 2368).

Simile è stata la posizione della Corte costituzionale che, sempre in riferimento a questo periodo, ha costantemente dichiarato inammissibili le questioni di co-

stituzionalità sollevate in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato, proprio in quanto promananti da un'autorità che in detta sede non ha carattere di organo giudiziario (Corte cost. 17 dicembre 2004, n. 392; 21 luglio 2004, n. 254; 1° febbraio 1964, n. 1).

È interessante sempre nello stesso senso, una sentenza del 2005 (del 15 luglio, n. 282), che è stata pronunciata in relazione ad una norma di legge del 2000 (legge 23 dicembre 2000, n. 388, legge finanziaria per il 2001), la quale faceva venire meno taluni benefici economici previsti per i magistrati.

Nell'occasione la Corte ha affermato che, in ossequio al principio di separazione del potere giudiziario da quello legislativo, la disposizione non poteva incidere sulle situazioni consacrate in pronunce giurisdizionali passate in giudicato, mentre ben poteva spiegare effetto, travolgendoli, sui riconoscimenti del beneficio operati da decisioni su ricorsi straordinari, stante appunto la loro natura amministrativa e, quindi, la non riconducibilità a veri e propri giudicati.

A sua volta, il Consiglio di Stato, malgrado taluna voce dissonante espressa principalmente dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, si è adeguato a tale indirizzo (Cons. Giust. Amm. Sic., 9 dicembre 2008, n. 971; 28 aprile 2008, n. 379; 19 ottobre 2005, n. 695; nello stesso senso v. anche Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; sez. V, 20 dicembre 2000, n. 6843; sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695).

In ambito europeo, poi, sono maturati indirizzi contrastanti: la Corte europea dei diritti umani, con una sentenza 28 settembre 1999, ha negato al ricorso straordinario la natura di mezzo giurisdizionale.

Viceversa, con sentenza 16 ottobre 1997, n. 69, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha affermato l'ammissibilità della rimessione ad essa di questioni di rilevanza comunitaria sollevate dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario, nel rilievo che in tale occasione esso opera in veste di autorità giudiziaria. Si è ritenuto, però, che tale pronuncia della Corte non abbia per il diritto interno significato determinante, in quanto basata sui criteri peculiari dettati dal Trattato europeo.

3. Configurazione attuale

Tutto è invece mutato a seguito delle innovazioni introdotte nell'istituto con la legge n. 69/2009 e con il codice del processo amministrativo.

Prendendo atto di esse, le Sezioni Unite della cassazione, con una importante sentenza del gennaio 2001 (28 gennaio 2011, n. 2065), ha affermato la natura "sostanzialmente giurisdizionale" del procedimento su ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Le ragioni sono note e sono già state indicate da chi mi ha preceduto.

Riassuntivamente: c'è la circostanza che, con la legge n. 69/2009, il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante, oltre che obbligatorio, onde in esso è da

vedere l'atto centrale e determinante della decisione finale, atto il quale viene dunque emesso da un organo di magistratura, dotato a norma dell'art. 108, comma 2, Cost. di tutti i requisiti di terzietà ed indipendenza prescritti dalla Costituzione stessa ai fini della configurazione di un organo come giurisdizionale.

C'è la circostanza, poi, che la stessa legge n. 69/2009 riconosce al Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario la potestà di sollevare questioni di costituzionalità e ciò – assumono le Sezioni Unite – concorre a definire il relativo procedimento come giurisdizionale, noto essendo che ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è dato promuovere incidente di costituzionalità esclusivamente nel corso di un giudizio.

C'è ancora la circostanza – osservano altresì le Sezioni Unite – che il codice del processo amministrativo, all'art. 7, comma 8, consente ora l'esperibilità del ricorso straordinario soltanto entro i limiti della giurisdizione di pertinenza del giudice amministrativo, salvo, ai sensi dei successivi artt. 127 e 128, la materia dell'affidamento degli appalti e quella elettorale. Il che è, per la Corte, ulteriore indice della sua attuale mutata natura.

Vi faccio grazia dal richiamare gli altri argomenti, anche di carattere testuale indicati dalle Sezioni Unite, che in seguito hanno ripetutamente ribadito tale indirizzo, approfondendone i molteplici aspetti, individuandone le varie implicazioni e giungendo al risultato per il quale, in ordine alla decisione assunta sul ricorso straordinario, è oggi possibile ricorrere in Cassazione per difetto di giurisdizione e ne è consentita l'attuazione coattiva tramite giudizio di ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato quale giudice al quale va imputata nella sostanza la decisione finale.

Il Consiglio di Stato ha quindi aderito a questa nuova definizione della procedura su ricorso straordinario con due sentenze dell'Adunanza plenaria – le leggi 5 giugno 2012, n. 18 e 6 maggio 2013, n. 9 –, anche se qualche voce dissonante ha continuato ad esprimersi come nel recente parere della I sezione 31 luglio 2014, n. 2553/14.

Tale orientamento ha trovato infine l'avallo della Corte costituzionale con sentenza 2 aprile 2014, n. 73, che ha di massima ribadito talune delle argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite della Cassazione e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Quindi, per usare una categoria logica cui spesso la Corte costituzionale fa riferimento, attualmente il diritto vivente è nel senso che il ricorso straordinario va annoverato tra i mezzi di tutela di carattere giurisdizionale.

4. *Criticità: aspetti costituzionali*

Tuttavia il complessivo regime giuridico relativo alla procedura sul ricorso straordinario, lascia, sul piano teorico, residuare varie perplessità.

Perplessità che è del resto possibile avvertire nelle stesse sentenze delle Sezioni Unite, ove, con una certa cautela, si parla sempre non di strumento giurisdizionale *tout court*, ma di strumento “sostanzialmente giurisdizionale”. Espressione questa, con uguale cautela, fedelmente ripetuta dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Così come analoga cautela emerge nella sentenza della Corte costituzionale del 2014, la quale ugualmente non parla direttamente del ricorso straordinario come mezzo di tutela giurisdizionale, ma con più ampio giro di parole lo definisce – cito testualmente – “rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo”.

Ed allora ci si deve interrogare da dove nasca questa prudenza definitiva.

In primo luogo, considerando sopravvenuto il carattere giurisdizionale di un procedimento che in passato era quasi pacificamente ritenuto amministrativo, si pone sicuramente il problema di compatibilità con l’art. 102, comma 2, Cost., che vieta l’istituzione di nuovi giudici speciali, mentre la VI disposizione transitoria della stessa Costituzione legittima – entro cinque anni, con termine ritenuto però non perentorio (Corte cost. 14 marzo 2008, n. 64) – la revisione dei giudici speciali già allora esistenti e con salvezza comunque delle giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dei Tribunali militari.

Ora, trasformare un organo, quale il Consiglio di Stato cui nel procedimento in questione è demandato *ab antiquo* un ruolo amministrativo in un organo che in riferimento allo stesso procedimento viene ad assumere un ruolo giurisdizionale, può in effetti far dubitare che si sia finito col creare *ex novo* una giurisdizione speciale.

Varie sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione hanno affrontato la questione, rilevando che comunque il Consiglio di Stato è fra i giudici speciali conservati dalla Costituzione.

Quelle sentenze non sembra, però, che abbiano tenuto conto della duplice funzione del Consiglio di Stato, l’una amministrativo-consultiva, sia pure del tutto peculiarmente configurata, e l’altra giurisdizionale e della effettiva convertibilità, in rapporto al divieto di cui all’art. 102, comma 2, Cost., della prima nella seconda.

Queste stesse sentenze hanno poi richiamato la vicenda riguardante le Commissioni tributarie, quale si è svolta dinanzi alla Corte costituzionale.

Si è trattato, per la verità, di una vicenda tutt’altro che lineare, ricordata dal prof. Scoca in un suo eccellente scritto.

Qui la Corte è passata da una originaria affermazione della natura giurisdizionale delle Commissioni (sentt. nn. 12/1957, 42/1957, 81/1958) per assestarsi in seguito, al contrario, sul concetto della loro natura amministrativa (sent. n. 6/1969). Successivamente poi, intervenuta la riforma delle Commissioni con il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, la Corte è tornata ad affermare la natura giurisdizionale delle Commissioni, rilevando come la riforma stessa avesse fatto emergere tale carattere in realtà già presente in precedenza, onde essa riforma si iscriveva nell’area di revisione dei giudici speciali consentita dalla VI disposizione transitoria, che ho prima ricordato.

Mi astengo dall'evidenziare le ragioni alla base di tali oscillazioni, che il prof. Scoca bene evidenzia nel suo scritto.

Ho citato questa vicenda soltanto per sottolineare come quella attinente al ricorso straordinario sia profondamente diversa

Nel nostro caso, infatti, Corte costituzionale e Cassazione non hanno mai dubitato che in seno a quel procedimento il Consiglio di Stato abbia sempre in passato operato nel suo ruolo di carattere amministrativo e che il diverso ruolo giurisdizionale esso abbia assunto – si sostiene – solo a seguito delle modifiche intervenute tra il 2009 ed il 2010.

E ciò è tanto vero che le stesse Sezioni Unite riconoscono la giurisdizionalità del procedimento in questione solo ove promosso dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (Cass., S.U., 2 settembre 2013, n. 20054).

Sempre rispetto al quadro costituzionale meno fondata appare invece l'obiezione sollevata da varie voci in dottrina, circa la possibile violazione dell'art. 125, comma 2, Cost., che prevede la presenza presso le Regioni di organi di giustizia amministrativa di primo grado costituiti attualmente, come è noto, dai Tribunali amministrativi regionali.

Al riguardo dovrebbe valere, infatti, quanto affermato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 395/1988, secondo cui nella giustizia amministrativa il principio del doppio grado di giurisdizione assume rilevanza solo per le controversie che il legislatore affidi agli organi giurisdizionali locali. Non vale invece – sempre per questa pronuncia della Corte costituzionale – l'inverso, perché nessuna norma costituzionale impone che il Consiglio di Stato svolga il solo ruolo di giudice di appello.

È da ricordare, infatti, che ai sensi dell'art. 113 cod. proc. amm., come anche a norma della legislazione precedente (art. 37, legge 6 dicembre 1971, n. 1034) il Consiglio di Stato è giudice di unico grado nei giudizi per l'ottemperanza alle sue decisioni che abbiano riformato la sentenza di primo grado.

5. *Criticità: aspetti strutturali*

Ma a parte queste questioni di fondo, le difficoltà circa la piena riconducibilità del procedimento su ricorso straordinario nell'alveo della funzione giurisdizionale nascono soprattutto dalla concreta disciplina cui è improntato il suo svolgimento.

Va in particolare rimarcato che questa disciplina deriva dalla confluenza di due diverse normative, entrambe dirette a regolare tipiche attività di carattere amministrativo.

La prima normativa è data dal d.P.R. n. 1199/1971, che fin nella sua intitolazione si afferma volto a regolare la materia dei ricorsi "amministrativi". In tal modo esso aderisce pienamente alla legge di delegazione in base alla quale è stato emanato – la legge n. 249/1968 – la quale, all'art. 4, demandava appunto al Go-

verno l'emanazione di uno o più decreti aventi valore di legge ordinaria " per disciplinare – dice testualmente la disposizione – i singoli procedimenti amministrativi nei vari settori".

L'altra normativa è quella che concerne l'attività consultiva del Consiglio di Stato, che proprio in virtù del carattere almeno formalmente non giurisdizionale di tale funzione, si esplica, anche in riferimento ai ricorsi straordinari, con le modalità proprie dei plessi amministrativi.

C'è, quindi, anzitutto l'anomalia inerente la composizione del collegio giudicante.

Come sappiamo, per gli organi giurisdizionali vale il principio del numero fisso di componenti ed il criterio anche funzionale del collegio perfetto. Si tratta di regole ispirate a tipiche esigenze di garanzia della funzione. Ad esse fanno eccezione soltanto la composizione della Corte costituzionale, che può operare anche se non con l'intero *plenum* dei suoi membri e quella delle Sezioni unite della Commissione tributaria centrale, che è organo ormai in via di estinzione.

Viceversa per l'attività consultiva del Consiglio di Stato vale un discorso diverso, perché l'art. 19 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, stabilisce che a rendere valide le deliberazioni in sede consultiva, tanto nelle adunanze generali quanto nelle adunanze di sezione, è necessaria la presenza almeno – e soltanto – della metà del numero dei consiglieri che compongono il Consiglio o la sezione, con il limite minimo di quattro consiglieri *ex art.* 51 del r.d. 21 aprile 1942, n. 444.

Così come appare difficilmente conciliabile col principio del giudice naturale precostituito per legge *ex art.* 25 Cost., la facoltà data dall'art. 22 del medesimo T.U. del 1924 al Presidente del Consiglio di Stato di formare commissioni speciali per dare parere su affari di natura mista o indeterminata, "scegliendone – dice la norma – i consiglieri nelle sezioni". Ovvero l'altra facoltà riconosciutagli dalla stessa disposizione di aggiungere alla sezione incaricata di esaminare determinati affari alcuni membri di altre sezioni, sia pure con solo voto consultivo.

Analoga anomalia emerge dall'art. 43 del menzionato regolamento n. 444/1942, il quale stabilisce che quando nel parere non abbia concorso la maggioranza assoluta dei voti, si esprime anche il parere della minoranza. Sappiamo, invece, che, ai sensi dell'art. 16 della legge 13 aprile 1988, n. 117, nelle procedure propriamente giudiziarie la c.d. *dissenting opinion* può sì essere espressa ma è poi conservata in plico sigillato e riservato

6. Criticità: aspetti procedurali

Ma a parte questi aspetti per dir così strutturali, anomalie forse anche più evidenti si configurano a proposito delle regole procedurali.

Anzitutto c'è la previsione che demanda l'istruttoria sul ricorso al Ministero competente in riferimento alla materia trattata.

Ora, fin quando il Ministero è autorità diversa da quella che ha emanato l'atto

impugnato, la norma è forse compatibile con i principi propri del procedimento giurisdizionale. Quando invece è il Ministero stesso l'autorità del cui provvedimento si discute, la deviazione da quei principi appare evidente.

Non per nulla il codice del processo amministrativo nel disciplinare mezzi istruttori propri, quali la consulenza tecnica e la verifica, dispone che il consulente ed il verificatore debbano essere del tutto estranei alle parti del giudizio (art. 19 cod. proc. amm.).

Ancora in parte nebulosa è poi la posizione delle parti rispetto al principio di conoscibilità degli atti della procedura, che, come noto, nei procedimenti giurisdizionali è e deve essere assolutamente piena.

Qui, invece, in passato il Consiglio di Stato ha ritenuto che la conoscenza degli atti potesse essere acquisita mediante l'esercizio del diritto di accesso alla documentazione in possesso dell'Amministrazione, ma ha negato nel contempo l'onere di questa di ostenderla *ex officio* (Cons. Stato, sezz. I e II riunite, 7 maggio 2012, nn. 2131 e 4648).

Più recentemente si è invece in un caso affermato il diritto del ricorrente ad estrarre copia degli atti direttamente presso la segreteria della sezione consultiva del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 25).

E questo nuovo orientamento, se si consolidasse, potrebbe effettivamente superare l'inconveniente, anche se contestualmente dovrebbe essere attivato, *praeter legem*, tutto un sistema di avvisi da parte delle segreterie alle parti circa l'avvenuto deposito dei vari atti dell'amministrazione e delle controparti del procedimento.

C'è poi la questione della mancanza nella procedura su ricorso straordinario della discussione orale e della udienza pubblica.

Al riguardo l'art. 49 del regolamento 21 aprile 1942, n. 444, dispone espressamente che gli affari sui quali è richiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati e dei loro rappresentanti o consulenti.

Ora non è chi non veda l'incompatibilità di tale previsione con l'art. 47, comma 2, del Trattato di Nizza sui diritti fondamentali nell'Unione europea (Trattato 11 dicembre 2000-26 febbraio 2001), secondo cui ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata "pubblicamente", oltre che equamente ed in un termine ragionevole. Così come analogamente dispone l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani, in riferimento al quale la Corte Edu ha desunto che l'udienza pubblica è un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione, per cui esso non può essere precluso a priori (Corte Edu, 23 aprile 1997, nn. 14696/89, 14697/89).

Meno determinante appare invece l'altra differenziazione che separa il ricorso straordinario da quello giurisdizionale ordinario, attinente alla possibile ampiezza della decisione finale.

Come infatti sapete, con il codice del processo amministrativo si è ormai compiuto il cammino che ha portato la giustizia amministrativa a dotarsi di tutte le specie di azioni conosciute: quella di annullamento, quella costitutiva o di adem-

pimento, quella di accertamento, quella risarcitoria: la sentenza dell'Adunanza plenaria 29 luglio 2011, n. 15 è stata molto precisa sul punto.

Viceversa l'area decisoria del ricorso straordinario è rimasta confinata nel solo ambito dell'azione di annullamento.

Si tratta, però, di un limite autoimpostosi dalla giurisprudenza, la quale, valorizzando il profilo conformativo delle sue pronunce, potrebbe – credo – ampliare i suoi poteri. Così come potrebbe finalmente riconoscere l'esperibilità in sede straordinaria dell'azione risarcitoria.

7. Conclusioni

In conclusione dunque, fermo restando che – come ho detto – il diritto vivente designa ormai il ricorso straordinario come un mezzo di tutela sostanzialmente giurisdizionale con tutte le conseguenti implicazioni, nell'osservare la sua complessiva regolamentazione giuridica resta un senso di insoddisfazione o, se volete, di incompiutezza.

Resta, come già si disse anni fa, la sensazione di un istituto ibrido, una sorta di irrocervo, nel quale si intrecciano connotazioni giurisdizionali con connotazioni – specie sul piano procedimentale – ancora amministrative.

C'è quindi ancora molto lavoro da fare per giungere a disegnare un mezzo di tutela veramente omogeneo in ogni sua parte.

E qui qualche cosa può fare la giurisprudenza, che però è destinata a trovare il naturale limite dei suoi interventi nella natura interpretativa della propria funzione e non può quindi giungere là dove la lettera della norma, pur intesa nella sua massima estensione possibile, non lo consenta.

Molto di più potrebbe invece fare il legislatore, il quale, però, dovrebbe preliminarmente scegliere la strada da seguire.

Una via potrebbe essere quella già intrapresa della completa giurisdizionalizzazione dell'istituto, attraverso le dovute modifiche ai vari aspetti procedurali della cui criticità ho prima detto. Questo, però, sottrarrebbe al ricorso straordinario quella snellezza che oggi presenta e finirebbe col farlo divenire una sorta di doppione della fase dell'ordinario giudizio giurisdizionale che si svolge dinanzi al Consiglio di Stato.

Mi chiedo pertanto, in questa ipotesi, se non sarebbe tutto sommato più semplice consentire, sull'accordo di tutte le parti, la diretta adizione del Consiglio di Stato *per saltum* rispetto al giudice di primo grado. Il che realizzerebbe un fenomeno analogo al ricorso *per saltum* in Cassazione già oggi previsto dall'art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

L'altra via potrebbe invece essere quella, forse più utile, di far rientrare l'istituto nell'ambito delle cosiddette, con acronimo anglosassone, a.d.r. (*alternative dispute resolution*), cioè degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione.

Di tali strumenti o almeno di quelli che hanno forma facoltativa, il ricorso straordinario possiede già il presupposto di base, costituito dal necessario accordo di tutti le parti per lo svolgimento della relativa procedura.

Occorrerebbe semmai configurarne meglio il contraddittorio e la terzietà dell'organo istruttore, ferma restando la sua inerenza all'ambito amministrativo e la sua alternatività al ricorso giurisdizionale, con salvezza di forme di controllo sul rispetto dell'area di competenza anche in riferimento ai poteri esercitati in concreto dall'organo decidente.

In questa configurazione tutto sommato l'atto meno utile potrebbe essere proprio il decreto finale del Presidente della Repubblica, che già ora ha una funzione estremamente limitata, onde la procedura ben potrebbe concludersi direttamente con la pronuncia del Consiglio di Stato.

Se tutto ciò fosse accompagnato dalla eliminazione o dalla consistente riduzione del contributo unificato, si attribuirebbe quindi all'istituto un ruolo di deflazione del contenzioso giurisdizionale, che, come sapete, è oggi un problema particolarmente attuale.

Luigi Rovelli*

Nuove prospettive del ricorso straordinario: l'ircocervo prende forma?

1. Strano il destino di questo Istituto che affonda le radici nelle brume dello Stato assoluto e che, attraverso lunghe vicende legislative, da ultimo segnate anche da arresti giurisprudenziali, da “relitto storico” – come lo chiamò Arturo Carlo Jemolo –, sembra, oggi, risorgere dalle sue ceneri e si avvia a rappresentare uno strumento di giustizia del tutto nuovo, fino a proporsi, addirittura, come rimedio giustiziale alternativo al sistema della giurisdizione amministrativa, soprattutto come strumento di tutela degli interessi deboli.

Tale è la travagliata storia del ricorso straordinario, un Ircocervo (secondo la Corte costituzionale), ossia rimedio alternativo di risoluzione dei conflitti (per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa) con rito speciale in unico grado fondato sull'accordo delle parti che consente il rimedio *per saltum*.

Opportuno è il richiamo alle origini.

Sappiamo che l'origine più lontana del Consiglio di Stato rimonta addirittura al XIII laddove il monarca detentore assoluto del potere giudiziario decideva in ultima istanza.

Sappiamo anche che, dopo il Medio Evo in Francia, la funzione giudiziaria veniva semplicemente “delegata” ai tribunali, denominati parlamenti (*parlements*) e che sulle decisioni di detti organi era possibile rivolgersi al re allorché erano contestati atti della loro amministrazione.

Ciò consente di comprendere il concetto di giustizia “ritenuta” – *justice retenue* (dal sovrano).

In tal caso i giuristi (*légistes*) assistevano il re medesimo, sia per la formulazione delle leggi, sia per l'esercizio della giurisdizione ritenuta.

Il Sovrano, comunque, come vertice assoluto dell'apparato poteva non solo derogare alle competenze ma decidere in ultima istanza senza alcuna garanzia per gli interessati.

Dalle origini, il ricorso al sovrano costituiva, perciò, il solo rimedio dei “*cives*” contro gli errori ed eventuali arbitri dell'autorità, tanto che la lettura storica delle origini del ricorso straordinario ci riporta al *Conseil du roi* evocativo di tutto

* *Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione.*

l'apparato di consiglieri che assistevano il re di Francia nelle decisioni che, dal *Conseil* stesso, erano predisposte. Il ruolo di snodo irrinunciabile delle scelte reali in ogni più diverso ambito di governo evoca, infatti, uno dei fondamenti della monarchia francese secondo il quale il re non poteva agire senza l'avviso del *Conseil* che, nel XVI secolo vide la creazione di un organo autonomo denominato Gran Conseil, con competenze di tribunale separato dal *Conseil du roi* le cui sedute si tenevano presso il "*Conseil d'État privé*".

Questo organo, di spiccate caratteristiche giuridico legali, destinato nella sua funzione consultiva e di interpretazione della legge, alla fine del XVIII secolo verrà diviso in tre sezioni: il "*Conseil des parties*", la "*Grande direction des finances*" e la "*Petite direction des finances*".

Il "*Conseil d'État privé*" può considerarsi il vero antenato dell'attuale Consiglio di Stato.

Con la Rivoluzione le riforme volute dall'avvocato di Arras non intaccano il principio della giustizia sul contenzioso amministrativo e con la legge del 16-24 agosto 1790 si afferma che: «Le funzioni giudiziarie sono distinte e devono rimanere sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi, né convenire in giudizio davanti a loro gli amministratori per motivi concernenti le loro funzioni» (legge 16-24 agosto 1790, Titolo 2, art. 13) così il decreto del 16 fruttidoro anno III conferma il principio della separazione affermando, in un unico articolo, che «È fatto assoluto divieto ai tribunali di giudicare sugli atti di amministrazione, di qualunque specie siano, con le pene di legge».

È interessante, comunque, notare come la storia del Consiglio di Stato s'intrecci con l'origine della Corte di Cassazione dal momento che il principio della separazione dei poteri muoverà lo stesso Robespierre a volere, nel 1791, la creazione presso il Parlamento, come suo organo ausiliare, del *Tribunal de Cassation*, destinato a cassare quelle decisioni che pretendessero di legiferare a partire dal caso singolo, perché la giustizia non può promanare dal re e non può essere amministrata da Giudici da lui nominati.

I limiti del progetto rivoluzionario e dell'illusione illuministica, in parte da esso tradita, emergeranno, però, con chiarezza nel pensiero di Alexis de Tocqueville, vitale testimone della esperienza americana, il quale comprenderà precocemente gli stessi limiti della democrazia rappresentativa come risultati dopo l'operazione rivoluzionaria definendo quelle istituzioni come "Vino nuovo in otri vecchi", parafrasando il Vangelo secondo Marco (2, 18-22).

La Costituzione piemontese del 1723 che opera in regime di monarchia assoluta parla riguardo al ricorso al re di "suppliche graziose o miste di grazia e giustizia".

Da notare che l'art. 68 dello Statuto Albertino dice: "La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce", ma l'art. 73 recita: "L'interpretazione della legge in modo per tutti obbligatoria (*id est vincolante*) spetta esclusivamente al potere legislativo" intendendosi così definire come

“potere” lo svolgimento dell’attività interpretativa, escludere il re e denegare la giurisdizione all’esercizio di tale potere.

Certo la norma sembra riferirsi al potere di interpretazione autentica, ma resta lo sfavore verso vincoli dell’attività interpretativa derivanti da uniforme giurisprudenza o dall’autorità delle Sezioni Unite.

L’affermazione sembra riecheggiare il discorso pronunciato da Robespierre il 25 maggio 1790 davanti alla Costituente: «se un’autorità diversa da quella del legislatore potesse interpretare le leggi, essa finirebbe per alterarle e per elevare al di sopra la sua volontà», e il 18 novembre aggiunse che «questo termine di giurisprudenza dei tribunali deve essere cancellato dalla nostra lingua» dato che «in uno Stato che ha una Costituzione e una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è nient’altro che la legge».

2. Al caotico e complesso sistema della giurisdizione amministrativa nell’Italia preunitaria si pensò di mettere mano con la riforma detta Rattazzi, attuata con quattro decreti reali (nn. 3705-3708), emanati il 30 ottobre 1859, su delegazione conferita al governo in occasione della seconda guerra d’indipendenza.

Rimaneva, tuttavia, il punto critico della devoluzione al giudice speciale di molte questioni di tipo civilistico e, del resto, la catalogazione minuziosa delle materie attribuite ai tribunali ordinari e speciali del contenzioso abbandonava numerose ipotesi alla sola possibilità di reclamo dell’interessato alla stessa amministrazione, mentre riduceva la competenza del giudice ordinario. Era proprio questo epilogo della riforma ad urtare la cultura liberale e che spingeva il deputato e Consigliere di Stato Silvio Spaventa a parlare di «usurpazione mostruosa».

Bisogna, però, riconoscere, che l’istituzione di un ordinamento di giustizia amministrativa aveva certamente contribuito a diminuire l’importanza del ricorso al sovrano, ma il “giudice speciale” rimanendo legato all’amministrazione attiva, non poteva certo vantare un profilo di terzietà.

In particolare, il ricorso straordinario al Re inteso come rimedio “*extra ordinem*” diverso dal ricorso gerarchico prevedrà l’obbligo del sovrano di sentire il parere del Consiglio di Stato – così limitando la sfera decisionale reale. Questo pure previsto con gli stessi interventi legislativi (30 ottobre 1859, n. 3707) trovò collocazione definitiva nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D. che rendeva, anzi, obbligatorio l’acquisizione del parere del Consiglio dei Ministri ove il provvedimento da adottare fosse difforme dal parere del Consiglio di Stato.

In questo clima si giunse alla l’abolizione del contenzioso amministrativo di cui all’allegato E della legge 20 marzo 1865 che prevedeva la soppressione dei c.d. giudici ordinari del contenzioso amministrativo e che rese, per converso, più esteso l’accesso al rimedio del ricorso straordinario. Tuttavia, con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 che istituì la Sezione IV del Consiglio di Stato può dirsi che nasca la giurisdizione amministrativa in Italia ad opera della riforma che prende il nome dallo stesso Silvio Spaventa.

Quindi, dall'originaria giurisdizione del Re (giustizia ritenuta del Re) dopo l'89, il Consiglio di Stato cominciò a qualificare il rimedio del ricorso straordinario come amministrativo per poterlo sindacare in sede giurisdizionale quando e solo il ricorso fosse stato deciso dal Consiglio dei Ministri con delibera immotivata.

Con le modifiche portate dalla legge n. 62/1907 (e la procedimentalizzazione che ne derivò) si ha già una mutazione del ricorso straordinario come procedimento amministrativo contenzioso che mutua peculiari aspetti del rimedio giurisdizionale anche se l'art. 34 del T.U. n. 1054/1924 lo qualifica sempre come ricorso in sede amministrativa.

Rimane la percezione dell'anomalia di un istituto ancora ibrido che appariva rompere l'armonia del riparto tra G.O. e G.A. ancora fondato pressoché interamente sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

La successiva normazione, fino alla più recente, non ha toccato direttamente l'istituto del ricorso straordinario, ma, avendo ad oggetto la disciplina del Consiglio di Stato (T.U. n. 1054/1924; r.d. n. 444/1942) se ne occupa come caso in cui è necessario il parere del Consiglio di Stato (Adunanza Generale).

Il rimedio non è previsto dalla Costituzione, ma non vi contrasta l'art. 113 perché resta consentita all'interessato la scelta tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale al G.A.

Dopo la Costituzione si ritenne la natura amministrativa delle decisioni (e si negò spazio al giudizio di ottemperanza) sia dalle S.U. (1598/2001) che dalla Corte costituzionale (n. 254/1974), (malgrado la legge cost. n. 2/1948 – Statuto della Regione Sicilia – all'art. 2 avesse disciplinato l'istituto isolano come giurisdizionale), soprattutto perché la disciplina positiva prevedeva la possibile prevalenza di un organo politico (C.d.M.) sul parere del C.d.S. (mentre la Corte di Giustizia europea 16 ottobre 1997 ha riconosciuto al C.d.S. in sede di ricorso straordinario natura di "giudice nazionale").

A seguito della revisione *ex art.* 69 della legge n. 69/2009 che ha soppresso il potere del Governo di discostarsi dal parere ed ha ammesso (*v. art.* 137 Cost.) il potere del C.d.S. di sollevare questione di costituzionalità *ex art.* 23 legge n. 87/1953 (e dunque quale autorità giurisdizionale) e in conformità ai principi espressi dalla CEDU (*ex artt.* 6 e 13 Conv.), il nuovo percorso legislativo che sarà completato poi dal C.p.A. (artt. 7, 48 e 112) ha portato a dover tornare a riconoscere, per altra via, all'istituto l'originaria natura giurisdizionale.

3. A seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il quale in particolare dispone (all'art. 7, comma 8) che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa", se ne deve trarre la conseguenza che non sia più proponibile un ricorso straordinario per una controversia rientrante nella giurisdizione del G.O.

Da ultimo, l'art. 120, comma 1, cod. proc. amm. ha stabilito che gli atti concernenti le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture sono impugnabili unicamente mediante ricorso ai TAR e, quindi, ha codificato l'esclusione del ricorso straordinario in tale materia.

La Corte di Cassazione (S.U., n. 10414/2014 ed, ancor prima, con Cass., S.U., 6 settembre 2013, n. 20569, nonché, Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464) ha affermato che le caratteristiche sostanziali di contenuto (parere vincolante del Consiglio di Stato) e formali che assume con il decreto del Presidente della Repubblica, non ostano al riconoscimento della natura decisoria del provvedimento adottato, attraendo il rimedio straordinario nella garanzia costituzionale dell'impugnazione avanti alla stessa Cassazione per i soli motivi di giurisdizione *ex art. 111 Cost.*, comma 8.

La natura giurisdizionale dell'istituto sembra, perciò, trovare conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 265/2013) che ha riconosciuto l'ammissibilità del rilievo incidentale della questione di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – sezioni riunite, ed, ancor prima, dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 6 maggio 2013 n. 9, ove si afferma che quelle specifiche caratteristiche del rimedio che vanno dalla limitatezza delle azioni esperibili, al carattere sommario dell'istruttoria, trovano una loro composizione nell'essere, il rimedio prescelto, fondato sul consenso delle parti e, dunque, sulla loro accettazione della natura di procedimento semplificato, idoneo a definire il conflitto sia pure in unico grado, ma nel rispetto dei principi generali del contraddittorio.

Certo è che con la legge n. 69/2009, venuta meno la concorrenza tra ricorso straordinario ed il ricorso davanti all'autorità giurisdizionale ordinaria ed affermata la regola dell'alternatività con l'impugnazione davanti al giudice amministrativo risolvibile con la traslazione del rimedio straordinario verso quello proponibile innanzi al Tribunale amministrativo, l'attributo giurisdizionale limitato, peraltro, dall'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010 – il quale ammette il ricorso straordinario per le sole controversie sulle quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo – evidenziano l'avvenuta "giurisdizionalizzazione" dell'istituto.

Va sottolineato l'ulteriore elemento di novità della riforma di cui alla legge n. 69/2009 che, elidendo quell'elemento decisivo per ritenere la natura amministrativa del ricorso straordinario (Corte cost., sent. n. 254/2004) ossia la facoltà del Consiglio dei ministri di disattendere il parere obbligatorio del Consiglio di Stato, sembra volere depurare l'istituto da ogni possibile questione di controvertibilità mentre la Corte di Cassazione con la sentenza a S.U. n. 10414/2014 sottolinea la stabilità della decisione in uno con la verifica della giurisdizione che spetta secondo il principio costituzionale di cui all'art.111 alla stessa Corte di Cassazione.

Questi elementi militano a favore dell'attributo originario del carattere giurisdizionale del rimedio e lo saldano all'altra garanzia costituzionale della precostituzione del giudice naturale di cui all'art. 24 Cost.

4. Un forse non gradito sigillo nominalistico alla riacquistata natura giurisdizionale dell'istituto proviene dall'art. 37, comma 6, della legge n. 111/2011 che assoggetta il ricorso al contributo unificato, qualificando il ricorso straordinario come rimedio giurisdizionale all'interno del complesso "sistema giurisdizione".

Tale riqualificazione ha effetto retroattivo costituendo una revisione in senso tecnico della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

Come rilevato dalle Sezioni Unite, per il ricorso straordinario si verifica ciò che era avvenuto per le Commissioni Tributarie.

Dopo la riforma del 1972, la Corte costituzionale ha ravvisato una revisione delle Commissioni (di cui aveva prima ritenuto natura amministrativa) nel senso della loro giurisdizionalità e le ha ritenute tali con effetti *ex tunc* (ammettendo la proponibilità di questioni di costituzionalità da parte delle vecchie Commissioni).

Ma quanto alla sorte delle decisioni rese anteriormente alla "revisione" dell'istituto, come sancita dagli artt. 7, 48, 113 cod. proc. amm. e, dunque, prima del 16 settembre 2010 (legge n. 69/2009) il regime può differenziarsi da quello relativo alle decisioni rese dopo tale data (idoneità al giudicato- ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione).

Quelle rese prima, in regime di alternatività e già cogenti (irrevocabili salvo art. 395 cod. proc. civ.), restano ferme, acquisiscono la natura giurisdizionale e sono suscettibili di giudizio di ottemperanza (Cass. n. 2065/2011).

Le decisioni anteriori, ma rese *praeter legem* invadendo la giurisdizione ordinaria in regime di giurisdizione concorrente e, quindi, disapplicabili come atti amministrativi quelli non imputabili al C.d.S. per il discostamento dal C.d.m. dal parere e, quindi, imputabili al Governo, sono atti amministrativi "disapplicabili".

Non può avere rilievo la "revisione" che riguarda soltanto le decisioni previste dalla legge e, dunque, imputabili al C.d.S. e rese in regime di alternatività.

Per contro, però, per le decisioni emesse dopo la revisione, resta ferma la loro attitudine al giudicato, anche se abbiano invaso altra giurisdizione, ma non sia seguita impugnazione o sia stata dichiarata inammissibile.

Il ricorso è ammesso contro ogni atto amministrativo per la difesa d'interessi legittimi ed anche di diritti soggettivi, in ogni caso in cui la giurisdizione appartenga al G.A., il rimedio è alternativo.

5. Il difetto di giurisdizione, è rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del processo, sia pure con i temperamenti che in ossequio alle norme della Cedu ed alla attività interpretativa della Corte Edu funzionali ai principi dell'equo processo lo attraggono nell'orbita dei mezzi impugnatori più tradizionali.

La specialità del ricorso straordinario impone qualche riflessione sulle novità della riforma della legge n. 69/2009 considerato che per il giudizio amministrativo, all'art. 9 cod. proc. amm., si prevede la proposizione della questione di giurisdizione nelle due diverse discipline a seconda che si tratti del primo o del secondo grado, così, evidentemente recependo la nota elaborazione giurisprudenziale

volta, in ossequio al principio di ragionevole durata processo a contenere i tempi processuali. Ivi si prevede che, mentre il difetto di giurisdizione è rilevabile in primo grado anche di ufficio, viceversa, nel giudizio di secondo grado è rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della sentenza impugnata che abbia comunque statuito sulla giurisdizione.

È vero che nel caso di ricorso straordinario, trattandosi di rimedio in unico grado, la distinzione tra primo e secondo grado non è evidentemente possibile, ma è anche vero che pure per esso troverà applicazione uno dei principi che giustificano la compressione della rilevabilità del difetto di giurisdizione, ossia la scelta della giurisdizione da parte del ricorrente nel momento stesso in cui abbia dato avvio al procedimento, senza alcuna contestazione della parte intimata o controinteressata (che, in caso contrario, potranno anche proporre il regolamento preventivo di giurisdizione, salva sempre la facoltà del Consiglio di Stato, in sede di parere, di porre la questione e determinarsi ad una pronuncia d'inammissibilità) talché non potrà ritenersi che il ricorrente (che pure sia risultato soccombente nel merito) sia soccombente sulla questione di giurisdizione e, in tale veste, legittimato a proporre impugnazione.

È certo, però, che laddove nessuna di queste questioni sorga, la giurisdizione dell'organo adito rimanga incontroversa, il rimedio riconferma la propria singolarità anche nell'essere in unico grado, il che non preclude, tra l'altro, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza considerate le esigenze perseguite dal legislatore mediante la previsione di un procedimento sì peculiare e semplificato, ma destinato a consentire, nell'accordo tra le parti, una sollecita definizione del conflitto.

Il rispetto del principio di ragionevole durata del processo unito all'ulteriore evoluzione giurisprudenziale relativa al cosiddetto giudicato implicito che, anche da un punto di vista processuale, impedisce che la questione della giurisdizione possa essere proposta in grado di gravame, al di fuori di ogni previa contestazione delle parti (e salva la sua deduzione con specifico motivo d'impugnazione del giudizio di secondo grado davanti al giudice amministrativo) viene così fatta salva anche per il rimedio del ricorso straordinario al capo dello Stato, talché anche per questo speciale strumento occorre evitare che la questione del difetto di giurisdizione diventi strumento dilatorio per la parte che in base a un calcolo di convenienza (*secundum eventum litis*) la sollevi dopo la decisione del Consiglio di Stato.

Questa regola che risponde all'esigenza di accelerazione del processo conformemente all'art. 111 Cost., oltre che ai principi della CEDU, consente così di affermare, che anche nel caso di ricorso straordinario al capo dello Stato si formi una preclusione processuale di rilevabilità della questione della giurisdizione, allorché essa, durante tutto il percorso procedimentale, non sia stata mai sollevata e nessuno, il ricorrente per primo, ne abbia dubitato.

Naturalmente resta fermo che la questione di giurisdizione potrebbe, invece, essere sollevata in quelle ipotesi del tutto eccezionali nelle quali possa lamentarsi un eccesso di potere giurisdizionale (come nella ipotesi scrutinata da Cass. n. 23464/2012).

In tal caso, infatti, la questione della giurisdizione non costituirebbe, come avviene per le regole di riparto, un presupposto, che deve sussistere nel momento in cui si aziona il rimedio del ricorso straordinario al capo dello Stato, ma sorge in un momento successivo, ossia quello della decisione che, in ipotesi eccezionali, di cui potrebbe predicarsi l'eccedenza dei limiti del potere giurisdizionale vuoi rispetto a quelle legislative, che rispetto all'ambito della P.A.

6. La stessa Corte costituzionale (Corte cost. n. 73/2014) è intervenuta nuovamente sulla natura del ricorso straordinario, considerandolo rimedio "giustiziale", amalgama tra i caratteri della giurisdizione e la specialità del mezzo impugnatorio, quasi un "ircocervo mentale", a volere parafrasare Benedetto Croce.

In sostanza, la Corte costituzionale supera la questione dell'ammissibilità del ricorso – legittimazione del Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario a sollevare questioni di costituzionalità rilevanti espressamente sancita dall'art. 69, comma 1, legge n. 69/2009 – ma, a sua volta, sospettare d'incostituzionalità per la riserva di legge costituzionale sulle "condizioni" di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale sancita dall'art. 137 Cost., ma solo potendo ammettere che l'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato che vale come decisione ha modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in "rimedio giustiziale", sostanzialmente assimilabile ad un giudizio con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.

La Corte, ha poi "salvato" la disposizione dell'art. 7, comma 8, (che sancisce la regola dell'alternatività, sospettata dell'eccesso di delega in quanto limitata al riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del G.A.) proprio postulando che di un intervento "sulla giurisdizione" si tratti; intervento volto alla ricomposizione sistematica perseguita, tenendo conto che l'esperibilità del ricorso anche per controversie devolute al G.O. in regime di concorrenza e non di alternatività, si basa sul tradizionale presupposto della natura solo amministrativa del rimedio e del permanente potere del G.O. di disapplicare la decisione sul ricorso.

È dunque l'effettiva attitudine al giudicato del *decisum* nel ricorso straordinario che la Corte esprime con la traslazione del ricorso dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei "rimedi giustiziali" o la inconcepibilità di rendere il ricorso straordinario rimedio alternativo nelle controversie che vedono parte una P.A. rientranti nella giurisdizione del G.O. (giudice tributario o contabile) che fa dire alla Corte che il limite della traslazione "poteva già ricavarsi dal sistema" ed è la conseguenza necessitata della scelta, compiuta dalla legge n. 69/2009, con la previsione del carattere vincolante del parere che ha comportato la definitiva traslazione del ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi.

Infine, "forte" argomento sistematico in favore della piena assimilazione al regime giurisdizionale si può ricavare dalla fondamentale sentenza della Corte cost. n. 379/1996 (espressamente richiamata anche da Corte cost. n. 120/2014 sopra

citata) relativa al regime di impugnazione delle decisioni rese dal Consiglio di garanzia del Senato nei rapporti di lavoro dei dipendenti: davanti a ciò che “esuli dalle capacità classificatorie “dell’istituto deve prevalere “la grande regola” dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono sottoposti, nel nostro sistema costituzionale tutti i beni giuridici e tutti i diritti.

Marco Calabrò*

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla natura giuridica del ricorso straordinario: le ragioni a favore della tesi “amministrativa”. – 2. Istanze europee volte alla valorizzazione di rimedi di tutela alternativi e caratteri delle a.d.r. amministrative di tipo aggiudicativo. – 3. Il profilo della maggiore “adeguatezza” del rimedio e la nozione di *appropriate dispute resolution*. – 4. I limiti del ricorso straordinario e la non inquadrabilità dell’istituto nel novero delle a.d.r. – 5. Modelli di rimedi giustiziali conformi all’esigenza di una tutela “adeguata”. Considerazioni *de iure condendo*.

1. *Il dibattito sulla natura giuridica del ricorso straordinario: le ragioni a favore della tesi “amministrativa”*

Nella relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2011, l’allora Presidente del Consiglio di Stato De Lise si soffermava, tra l’altro, sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, inquadrandolo espressamente nell’ambito degli *alternative dispute resolution instruments*¹. In quell’occasione veniva, in particolare, sottolineata la sempre più urgente esigenza di introdurre (o valorizzare) – in alternativa al sistema processuale, non più in grado di sostenere da solo la complessiva “domanda” di giustizia – forme alternative di tutela degli interessi dei cittadini². Nel corso delle brevi riflessioni che seguono mi soffermerò sul tema delle a.d.r. nel contesto del diritto amministrativo, anche con l’intento di verificare la correttezza o meno dell’operazione volta a riconoscere nel ricorso straordinario una espressione di tali rimedi.

Viene inevitabilmente in rilievo la discussa natura giuridica dell’istituto. È evi-

* Professore di Diritto Amministrativo presso la Seconda Università degli Studi di Napoli.

¹ Cfr. P. DE LISE, *Inaugurazione dell’Anno Giudiziario 2011*, in *www.lexitalia.it*.

² L’Autore sottolineava come la giurisdizione dovesse essere considerata come una risorsa non illimitata, da riservare alle questioni più rilevanti. «Pertanto, nell’interesse del cittadino, occorre introdurre forme di tutela che ne assicurino la soddisfazione, con le dovute garanzie di terzietà, al di fuori del sistema processuale ordinario».

dente, infatti, che laddove si intendesse aderire alla tesi (oggi dominante) dell'avvenuta giurisdizionalizzazione del rimedio³, dovrebbe nel contempo concludersi per la non riconducibilità dello stesso nell'ambito delle a.d.r. amministrative, nella misura in cui ci troveremmo comunque all'interno dell'apparato giurisdizionale e non in un ambito alternativo ad esso.

Non è certo questa la sede per ripercorrere il complesso e articolato dibattito che ancora oggi impegna sia la dottrina che le Corti⁴; mi limiterò, pertanto, ad indicare le principali ragioni che mi inducono a collocarmi tra le fila di coloro che continuano ad inquadrare il ricorso straordinario nell'ambito dei rimedi di tutela amministrativa⁵. Ritengo, infatti, che le recenti riforme non abbiano reso tale istituto una espressione del potere giurisdizionale, quanto, piuttosto ne abbiano perfezionato la natura di atto giustiziale⁶, espressione di un'attività che – seppure amministrativa – è connotata da una finalità puramente contenziosa (non riconducibile, nemmeno latamente, a quella di amministrazione attiva), che resta alternativa e distinta rispetto alle forme di tutela giurisdizionale⁷. Si è venuto in altri termini a concretizzare quella ricostruzione dell'istituto in passato auspicata dalla Corte costituzionale, ove si giustificava la permanenza del ricorso straordinario nell'ordinamento italiano in base alla circostanza che esso avrebbe rappresentato «per la pubblica amministrazione un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell'imparzialità della propria azione, che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa»⁸.

³ In dottrina sostengono che le recenti riforme abbiano ormai segnato il passaggio da rimedio amministrativo a rimedio giurisdizionale, tra gli altri, P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2720 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69/2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss.

⁴ Per una completa ricostruzione del dibattito sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi*, in www.ius-publicum.com, 2013, 24 ss.; nonché a F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012.

⁵ In tal senso v. A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in www.giustamm.it, 2014; 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; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 93 ss.

⁶ In termini v. anche A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69/2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.

⁷ In ordine ai caratteri propri della funzione giustiziale esercitata dalla pubblica amministrazione sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012. Ma v. anche M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 393 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991.

⁸ Corte cost. ord. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Giur. cost.*, 1986, 2387 ss.

Militano in tal senso diversi fattori. Primo fra tutti l'inesistenza di un contraddittorio orale – non essendo prevista né un'udienza pubblica innanzi al soggetto decidente, né la possibilità per il ricorrente di conoscere (ed eventualmente contestare) gli atti istruttori – come noto entrambi considerati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo elementi indispensabili per la configurabilità di un'attività giurisdizionale, rispettosa dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU⁹. A ciò si aggiunge la, invero dirimente, attribuzione della competenza istruttoria al solo Ministro – di fatto, spesso, “parte” (in via diretta o indiretta) della controversia stessa – e non ad un organo giurisdizionale. Sul punto è stato osservato come anche nell'ambito del processo penale possa accadere che l'attività istruttoria venga svolta da un organo amministrativo, la polizia giudiziaria, senza che ciò abbia mai posto in dubbio la natura giurisdizionale della relativa attività¹⁰: le due fattispecie, tuttavia, non sono affatto analoghe, nella misura in cui l'elemento dissonante con la pretesa giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario non è rappresentato dal carattere amministrativo dell'autorità titolare dell'istruttoria, quanto dall'assenza di neutralità, rinvenibile in capo al Ministro e non certo in capo alla polizia giudiziaria.

In ordine, poi, all'avvenuto riconoscimento del carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato¹¹ – argomento principale della tesi a favore del mutamento della natura giuridica – se è vero che ciò ha sostanzialmente attribuito a quest'ultimo il potere di dirimere la controversia, è altrettanto vero che il medesimo parere resta un atto endoprocedimentale, “interno” al procedimento decisorio, in grado di dispiegare i suoi effetti solo se e quando fatto proprio dal Ministero competente e poi recepito dal decreto del Presidente della Repubblica. Non può, in altri termini, non riconoscersi il giusto rilievo alla circostanza che «un parere, per quanto diventi vincolante, non è mai una sentenza»¹² e che la decisione finale, l'atto che incide sulle situazioni giuridiche dei soggetti in conflitto, non è rappresentato da una sentenza o da un diverso atto giurisdizionale ad essa assimilabile,

⁹ *Ex multis* cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 maggio 2011, caso 24920/07, *Capitani et Campanella v. Italy*; Id., 11 luglio 2002, caso 36590/97, *Göç v. Turkey*; Id., 16 febbraio 2000, caso 28901/95, *Rowe and Davis v. United Kingdom*; Id., 26 settembre 1995, caso 18160/91, *Diennet v. France*. In dottrina, per tutti, v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

¹⁰ In termini v. P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 91.

¹¹ Come è noto, l'art. 69, comma II, della legge 19 giugno 2009, n. 69 ha modificato l'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, eliminando la possibilità – originariamente prevista – che il Ministero, nel formulare la proposta di decisione finale, si discosti dal parere espresso dal Consiglio di Stato, previa sottoposizione della sua proposta al Consiglio dei Ministri. Con il medesimo art. 69 cit. (comma I), il legislatore ha altresì espressamente esteso anche al Consiglio di Stato, chiamato a rilasciare parere consultivo in sede di ricorso straordinario, la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale. Sulla compatibilità di tale legittimazione con la natura amministrativa del ricorso v. A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69/2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, cit., 1008 ss.

¹² A. TRAVI, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, 483.

bensì da un provvedimento amministrativo, espressione, quindi, dell'esercizio del potere esecutivo, per quanto a carattere puramente contenzioso e non connotato dai caratteri propri del potere di amministrazione attiva.

Tale ricostruzione, a ben vedere, appare perfettamente coerente con altri elementi spesso "dimenticati" dai teorici della giurisdizionalizzazione: si pensi alla norma che ancora oggi consente l'impugnazione del decreto decisivo innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale «per vizi di forma o di procedimento»¹³, facoltà del tutto incompatibile con la pretesa natura giurisdizionale della decisione finale; o all'estensione del rimedio dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 112, lett. *d* del cod. proc. amm. (*provvedimenti equiparabili alle sentenze passate in giudicato*)¹⁴; nonché, più in generale, all'art. 100 della Costituzione che definisce il Consiglio di Stato organo di tutela della giustizia nell'amministrazione e che – da quanto emerge anche da un'attenta lettura dei lavori preparatori dell'assemblea costituente – sembra addirittura imporre che ad esso venga attribuita la titolarità di una funzione propriamente giustiziale, distinta sia da quella meramente consultiva, sia da quella giurisdizionale di cui all'art. 103 Cost.¹⁵.

Del resto, come più volte sottolineato in passato dal medesimo Consiglio di Stato, anche il rapporto di alternatività tra ricorso straordinario e giurisdizionale – oggi confermato – impone «che le loro individualità restino distinte e inconfondibili, senza di che verrebbe meno la stessa ragion d'essere della scelta»¹⁶. In effetti, non avrebbe alcun senso la permanenza nel nostro ordinamento di un rimedio di natura giurisdizionale ulteriore ma dalle potenzialità (e garanzie) ridotte. Il grado unico di giudizio, le limitazioni in termini di istruttoria e contraddittorio, l'assenza di azioni diverse da quella di annullamento finirebbero, altrimenti, per dover essere considerate "lo scotto" da pagare per la mancata attivazione della tutela giurisdizionale nei termini ordinari.

Ciò nonostante, deve registrarsi come le più recenti pronunce della Cassazione, come anche del Consiglio di Stato – in special modo a seguito delle ultime riforme apportate alla disciplina del ricorso straordinario dal Codice del processo

¹³ Cfr. art. 10, comma III, d.P.R. n. 24 novembre 1971, n. 1199.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 12 dicembre 2011, n. 2341, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4145. L'orientamento che riconosce natura giurisdizionale al "nuovo" ricorso straordinario sostiene, al contrario, che l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza trovi il suo fondamento normativo non nella lett. *d*, bensì nella lett. *b* dell'art. 112 cit., ove si sancisce l'operatività del ricorso per ottemperanza nei confronti degli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo». In termini v. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 1520; Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 3126.

¹⁵ In termini v. L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al presidente della repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, 1285 e E. GRILLO, *Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza Sezioni unite della Cassazione n. 23464/2012*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 297.

¹⁶ Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 1954, n. 724, in *Cons. Stato*, 1954, I, 704.

amministrativo¹⁷ – sottolineano essenzialmente le innegabili analogie esistenti tra l'istituto in esame e il ricorso innanzi al TAR, configurando il ricorso straordinario come un rimedio «formalmente amministrativo ma sostanzialmente giurisdizionale»¹⁸. Tale formula, tuttavia, si rivela non solo profondamente ambigua – non sottintendendo necessariamente l'avvenuta giurisdizionalizzazione del rimedio¹⁹ – ma anche difficilmente sostenibile, a fronte di un sistema ordinamentale come il nostro che – come autorevolmente sostenuto – si basa su una concezione formale della giurisdizione²⁰.

Un atteggiamento decisamente più “cauto” è, invece, registrabile da parte della Consulta. Con la più recente delle decisioni che hanno avuto ad oggetto la natura giuridica del ricorso straordinario (Corte cost. n. 73/2014), il Giudice delle leggi definisce espressamente il ricorso straordinario un rimedio giustiziale amministrativo, attratto solo per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa, non possedendone tutte le caratteristiche²¹. Ebbene – nonostante non sia mancato chi ha voluto leggere anche in tale pronuncia un allineamento alla tesi della giurisdizionalizzazione²² – appare quanto meno improbabile che la Corte,

¹⁷ Oltre ad aver previsto – seppur in maniera non esplicita – l'estensione del rimedio dell'ottemperanza (su cui v. la precedente nota 14), il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), ha altresì disposto l'estensione della facoltà di richiedere la trasposizione della controversia a qualsiasi “parte” nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, compresi, quindi – oltre all'amministrazione che ha emanato l'atto impugnato – anche i cointeressati (art. 48, co. I), nonché circoscritto la sfera di applicazione del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (art. 7, VIII comma). Sulla legittimità di tale ultimo intervento e sul carattere innovativo o meno dello stesso v. F.F. TUCCARI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo*, in *Urb. e app.*, 2012, 82 ss. e E GRILLO, *La Consulta sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un revirement evasivo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2014, 893 ss.

¹⁸ Per la giurisprudenza della Suprema Corte civile cfr. Cass. civ., S.U., 6 settembre 2013, n. 20569, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 2295; Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro it.*, 2013, I, 2587; Cass. civ., S.U. 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 1465. Per la conforme giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1346, in *Foro amm.*, 2014, 785; Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 55, in *Foro amm.*, 2014, 30; Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4867, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 2485; Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, nn. 9 e 10, in *Corr. giur.*, 2014, 224 ss.; Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525; Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 4648, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 1381.

¹⁹ Cfr. A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, cit., 19.

²⁰ In termini F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 2378 e A. TRAVI, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario*, cit., 483.

²¹ Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, in *www.cortecostituzionale.it*. La medesima pronuncia, nel legittimare il perdurante regime di alternatività, specifica ulteriormente che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, quale rimedio giustiziale amministrativo, ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali del ricorso giurisdizionale.

²² In tal senso v. L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 715 ss.

alla luce della eco del dibattito in corso, abbia utilizzato “con leggerezza” la formulazione «rimedio giustiziale amministrativo»: con tali parole, evidentemente, si è inteso sancire il definitivo collocamento dell’istituto in esame all’interno dei c.d. procedimenti contenziosi della P.A.

Sul punto è bene ricordare come il riconoscimento di una funzione giustiziale autonoma in capo alla pubblica amministrazione sia ormai pacifico. In termini generali, l’idea di un’amministrazione che agisce in modo neutrale – che si pone, cioè, in posizione di estraneità (indipendenza) ed indifferenza (imparzialità) rispetto alla materia ed agli interessi destinatari della funzione – pur essendo stata definita in passato «soltanto un mito»²³, rinvia ormai piena legittimazione, sia teorica che pratica. Per quanto maggiormente rivela in questa sede, è interessante osservare che gli studi che si sono occupati del tema richiamano tra le ragioni a favore dello sviluppo di un simile modello di pubblica amministrazione soprattutto scopi garantistici a tutela di alcune posizioni giuridiche del cittadino che non rinvergono, per diverse ragioni, adeguata protezione nel sistema processuale, in ordine alle quali si prospetta l’opportunità di istituire soggetti pubblici con competenze puramente contenziose (giustiziali), la cui neutralità si manifesta nel mancato perseguimento di un interesse pubblico specifico e nella collocazione indipendente dall’apparato di amministrazione attiva²⁴. La prospettata ricostruzione del ricorso straordinario quale istituto non giurisdizionale, bensì giustiziale, si collega pertanto “a doppio filo” (e ivi rinvia autorevole conferma) a quel particolare modello di amministrazione contenziosa – teorizzato in passato da Sandulli – chiamata a perseguire il massimo grado di neutralità decisoria in vista, appunto, di una pronuncia «di giustizia»²⁵.

2. Istanze europee volte alla valorizzazione di rimedi di tutela alternativi e caratteri delle a.d.r. amministrative di tipo aggregativo

Compiuta tale doverosa premessa, è possibile ora affrontare il tema centrale

Non può negarsi, in effetti, che la pronuncia *de qua* sia affetta da una certa ambiguità: pur riconoscendo nel ricorso straordinario un rimedio giustiziale amministrativo, essa infatti sancisce la legittimità dell’art. 7, comma 8, cod. proc. amm. – che limita l’operatività del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione esclusiva – in quanto il legislatore delegato non avrebbe ecceduto l’oggetto della delega accordata al Governo dall’art. 44, legge n. 69/2009 e consistente nel riordino del “processo amministrativo”. Per una critica in tal senso v. A. AULETTA, *Le recenti vicende del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (ovvero dell’incerta natura di un ipotetico rimedio giurisdizionale)*, in *www.neldiritto.it*, 2014.

²³ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440.

²⁴ In termini cfr. M.P. CHITI, *L’effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell’amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994.

²⁵ A.M. SANDULLI, *Funzione pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 204.

dello scritto, in ordine al quale deve immediatamente precisarsi che la riconduzione del ricorso straordinario ai rimedi di tutela amministrativi di tipo contenzioso non è sufficiente, di per sé, a dimostrarne l'appartenenza alla categoria delle a.d.r.

Come è noto, con la formula *Alternative Dispute Resolution* si intende fare riferimento ad alcuni istituti giuridici con l'uso dei quali è possibile definire una lite senza ricorrere all'esercizio del potere giurisdizionale²⁶. Si tratta, invero, di una categoria piuttosto eterogenea che negli ultimi decenni si è notevolmente sviluppata, finendo per ricomprendere istituti aventi caratteristiche anche molto differenti tra loro. La dottrina è tuttavia concorde nel riconoscere alcuni elementi essenziali, requisiti minimi, di una a.d.r.: l'esistenza di una controversia (anche solo potenziale); il porsi in posizione alternativa rispetto alle forme di tutela giurisdizionale ordinaria; la presenza di un soggetto terzo, neutrale rispetto alle parti, a cui è affidato il compito di risolvere la lite o di coadiuvare le parti nella ricerca di un accordo; il rispetto dei principi del giusto processo; l'economicità; l'informalità delle procedure.

In Italia il ricorso a procedure di risoluzione alternative a quelle giurisdizionali – soprattutto nel campo del diritto amministrativo – ha conosciuto uno sviluppo lento e limitato²⁷. Alla domanda di una più efficace e veloce tutela, il legislatore ha tendenzialmente risposto intervenendo sulla disciplina processuale, ad esempio introducendo riti speciali in relazione a settori particolarmente sensibili, piuttosto che affidando compiti di tipo giustiziale a organi posti al di fuori del potere giudiziario. Eppure è evidente che l'opzione puramente processualistica non è sufficiente. Lo sviluppo di modelli di protezione alternativi, infatti, è potenzialmente in grado di garantire innanzitutto il necessario effetto deflattivo del numero di ricorsi presentati innanzi al giudice amministrativo, ma anche di implementare il grado di efficacia della tutela in relazione a particolari ambiti nei quali il

²⁶ La produzione della dottrina nazionale e internazionale sul tema è molto ampia. Per tutti si rinvia a S. VIOTTI, *Brevi spunti per una configurazione unitaria delle alternative dispute resolution (ADR)*, in *Giust. civ.*, 2013, 825 ss.; B. PRESTON, *The use of alternative dispute resolution in administrative dispute*, in *Alternative dispute resolutions journal*, 2011, 144 ss.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2011; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e formazione*, 2004, 1203 ss.; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; H. BROWN, A. MARRIOT, *Alternative Dispute Resolution: Principles and Practice*, Londra, 1992; H.T. EDWARDS, *Alternative dispute resolution: panacea or anathema?*, in *Harvard Law Review*, 1986, 668 ss.

²⁷ Per una recente e completa disamina delle tipologie di forme di tutela alternative a quella giurisdizionale esistenti nell'ambito dell'ordinamento amministrativo nazionale si rinvia a L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 655 ss.

sistema giurisdizionale si rivela non sempre adeguato. Il fattore della eccessiva durata dei processi non è, infatti, l'unico punto debole del sistema: si pensi, ad esempio, a quanto sia penalizzante in termini di effettività della tutela la circostanza che spesso lo stesso accesso alla giustizia è di fatto precluso a coloro i quali non sono in grado di sostenerne gli oneri economici²⁸. Le ingenti spese connesse alla presentazione di un ricorso, infatti, finiscono inevitabilmente per avere un peso notevole nella scelta da parte del cittadino circa l'opportunità o meno di agire a tutela del proprio interesse: ciò senza dubbio comporta una riduzione del numero dei ricorsi, ma in ragione di un parametro (la disponibilità economica) assolutamente inaccettabile!

Su questa direttrice, d'altro canto, può osservarsi come anche l'Unione Europea da tempo richieda ai Paesi membri di garantire livelli minimi di efficienza del sistema giustizia inteso in senso complessivo, quindi comprensivo di qualsiasi rimedio posto a tutela di posizioni giuridiche soggettive, indipendentemente dal carattere giurisdizionale o meno dello stesso²⁹. In particolare, sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che diversi documenti di *soft law* e atti normativi europei non si limitano a pretendere l'introduzione di regole processuali nazionali adeguate, ma richiedono nel contempo interventi volti a valorizzare forme alternative di tutela, anche nell'ambito dei conflitti tra privati e p.a., e a prescindere dal livello di efficienza del sistema giurisdizionale interno³⁰. Da ultimo, può essere richiamato il nuovo art. 81, comma 2, lett. g del TFUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, ai sensi del quale – ai fini dell'implementazione del sistema di cooperazione giudiziaria – l'Unione Europea può adottare misure volte a garantire «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie».

In relazione al presente scritto si rivela, tuttavia, di particolare interesse l'esame della raccomandazione n. 9/2001, adottata il 5 settembre 2001 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa³¹, con la quale sono stati stabiliti principi

²⁸ In ordine a tale profilo v. L. SPAIN, *Alternative Dispute Resolution for the Poor: Is it an Alternative?*, in *North Dakota Law Review*, 1994, 269 ss.

²⁹ Sul tema si rinvia alle osservazioni di G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 349 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. Adr nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; R. DANONI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, 326 ss.

³⁰ Tra i documenti maggiormente significativi si ricorda: il Libro Verde sull'accesso alla giustizia dei consumatori e agli strumenti di risoluzione delle liti in materia di consumo nel mercato unico, del 16 novembre 1993; la dir. 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri; la dir. 97/7/CE sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza; la Raccomandazioni della Commissione europea sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle materie di consumo del 30 marzo 1998, seguita dalla Raccomandazioni della Commissione europea del 4 aprile 2001 sul medesimo oggetto; la dir. 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa alla materia civile e commerciale. Da ultimo, v. la dir. 2013/11/EU del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo, ed il connesso Regolamento n. 524/2013 del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori.

³¹ Raccomandazione 5 settembre 2001, n. 9 "Alternatives to litigation between administrative

comuni in tema di a.d.r. relative a controversie tra cittadini e pubbliche amministrazioni. In quel documento si sottolinea sia l'opportunità di intervenire al fine di ridurre il carico di lavoro delle giurisdizioni amministrative nazionali, sia la circostanza che il ricorso a misure alternative di soluzione delle controversie, più semplici e rapide, nonché meno onerose, contribuirebbe ad "avvicinare" le due parti, cittadino e pubblica amministrazione. Vengono, poi, individuati veri e propri standard ai quali sono chiamate a conformarsi le procedure di a.d.r. amministrative introdotte a livello nazionale: adeguata informazione, terzietà ed indipendenza del soggetto decidente, trasparenza, informalità, tempi e costi ridotti.

Da tali premesse discende, pertanto, l'invito ai Paesi membri ad introdurre e/o potenziare modelli di a.d.r. amministrative, sia di tipo aggiudicativo che non aggiudicativo, caratterizzate le prime dall'affidamento della decisione ad un soggetto terzo che impone la propria scelta alle parti, le seconde, invece, dalla composizione pseudo-negoziale della lite³². Ai nostri fini, tuttavia, viene in rilievo unicamente la prima tipologia di a.d.r., quella di tipo aggiudicativo (c.d. *internal review*), l'unica all'interno della quale (almeno in linea teorica) potrebbe essere inquadrato il ricorso straordinario. Del resto, mentre in altri settori (primo fra tutti quello commerciale) istituti quali la mediazione e la conciliazione trovano terreno fecondo in quanto effettivamente in grado di comporre conflitti soddisfacendo gli interessi di tutte le parti coinvolte, è opinione comune che rimedi di tipo transattivo si adattino difficilmente ai conflitti tra cittadino e P.A.³³: i margini

authorities and private parties". All'interno delle Linee Guida annesse alla Raccomandazione vengono individuati i principali ostacoli allo sviluppo delle a.d.r. amministrative che i Paesi membri sono chiamati ad affrontare: "member States are unaware of the potential usefulness and effectiveness of alternatives to litigation between administrative authorities and private parties; therefore few efforts have been made in order that administrative authorities are aware of the advantages of these means, which can lead to creative, efficient and sensible outcomes; distrust of the courts to the development of non-judicial alternatives to litigation in the administrative field; lack of awareness of various alternative dispute resolution means in this specific field; lack of specialized neutrals in this area; little academic research has been undertaken on alternatives to litigation in administrative field".

³² In ordine a tale distinzione ed ai differenti caratteri dei due modelli di a.d.r. si rinvia a H. BROWN, A. MARRIOT, *Alternative Dispute Resolution: Principles and Practice*, cit., 206; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Foro it.*, V, 2003, 165 ss.; E. SILVESTRI, *Conciliazione e mediazione*, voce in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, vol. I, 284.

³³ Sul tema si rinvia a P. CHIRULLI e P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLIV, 867 ss. Per una impostazione differente v. M. RAMAJOLI, *Giurisdizione amministrativa e rimedi alternativi*, testo inedito della relazione al 60° Convegno di studi amministrativi di Varenna, settembre 2014, ove l'Autrice sostiene che «questa chiusura normativa non deve essere assunta come un postulato e pertanto può essere utile analizzare se le ragioni su cui essa si fonda siano superabili o meno per poi verificare se de iure condendo vi possano essere spazi per un impiego dei rimedi alternativi anche con riferimento alle controversie pubblicistiche, dal momento che buona parte dell'agire amministrativo in campo economico richiede ancora l'utilizzo di provvedimenti amministrativi», 5.

di utilizzabilità si riducono spesso ad uno spazio ridotto, perimetrato da un lato dalla problematica individuazione della quota di “disponibilità” dei diritti e degli interessi di cui è titolare l’amministrazione, e dall’altro dal regime di responsabilità dei funzionari pubblici, notoriamente restii a gestire in maniera “flessibile” la propria funzione, presupposto indispensabile per il buon esito di un accordo transattivo.

3. *Il profilo della maggiore “adeguatezza” del rimedio e la nozione di appropriate dispute resolution*

Il passaggio della raccomandazione n. 9/2001 cit. senza dubbio più significativo è, tuttavia, contenuto nel 6° considerando, dove si evidenzia che «i procedimenti giurisdizionali possono non sempre essere i più *appropriati* per la corretta risoluzione della controversia». Dello stesso tenore il Libro Verde presentato nel 2002 dalla Commissione Europea in tema di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, laddove si specifica che «L’ADR svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adoperati dalle ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie»³⁴. L’ordinamento europeo, dunque, pone l’attenzione sulla circostanza che il reale potenziale dei rimedi alternativi non deve essere colto tanto nella funzione di riduzione del contenzioso, quanto piuttosto nella capacità di migliorare la qualità della tutela del cittadino, integrandola. L’obiettivo primario, pertanto, è quello di garantire nuovi e più idonei mezzi di tutela in relazione ad ambiti in cui, per diverse ragioni, esiste il forte rischio che il mero ricorso ai tradizionali strumenti giurisdizionali si riveli inadeguato³⁵.

La dottrina ha parlato, al riguardo, di *appropriate dispute resolution*³⁶: si pensi, ad esempio, a questioni di lieve entità economica (c.d. *small claims*), a fronte delle

³⁴ Commissione delle Comunità europee, 19 aprile 2002, “Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, emanato in attuazione dell’invito del Consiglio Europeo del 29 maggio 2000.

³⁵ Parla di “valore aggiunto” delle a.d.r. rispetto ai mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie G. ROSSILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, cit., la quale, tuttavia, – nel richiamare il Regolamento (CE) n. 861/2007 dell’11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità – sottolinea come di recente l’Unione Europea abbia dato vita a strumenti di carattere giurisdizionale tesi a rispondere alle medesime esigenze alle quali rispondono le a.d.r. «Il valore aggiunto delle ADR, costituito dal fatto di permettere una riduzione dei tempi e dei costi di risoluzione della controversia, riduzione che può essere molto opportuna soprattutto in relazione alle controversie di modesta entità o caratterizzate dalla presenza di una parte più debole, in relazione alle controversie suscettibili di rientrare nell’ambito di applicazione di tale regolamento perde infatti rilievo», 17.

³⁶ La formulazione è utilizzata per la prima volta da H.T. EDWARDS, *Alternative dispute resolu-*

quali un cittadino difficilmente è disposto ad affrontare le spese connesse alla tutela giurisdizionale, laddove, al contrario, potrebbe trovare una valida alternativa in procedure semplici e gratuite; o a fattispecie che presuppongono la valutazione di aspetti tecnici piuttosto che giuridici e che rischiano di non trovare, nell'ambito del sistema processuale, un adeguato livello di comprensione e apprezzamento; in altri casi l'urgenza della pretesa (si pensi agli interessi del malato) rende di fatto inaccessibile (perché inutile) la tutela di tipo giurisdizionale; come pure altro aspetto da non sottovalutare è quello della generale semplicità ed informalità di tali procedure, caratteristica che, tra l'altro, riduce la sperequazione spesso esistente tra la parte più "forte" della lite (in termini economici e, quindi, anche di difesa tecnica) e quella più debole. Si delinea, in altri termini, uno "spazio di giustizia" che richiede che alcuni interessi dei cittadini – spesso marginali dal punto di vista economico ma non per questo poco rilevanti – trovino forme di tutela in grado di condurre ad una definizione della controversia "*quickly, cheaply, simply, expertly and finally*".

È evidente che il riferirsi alle a.d.r. in termini di rimedi di tutela "più appropriati" rispetto a quelli giurisdizionali non significa affatto riconoscere alle stesse un ambito riservato di operatività³⁷. Non si instaura, infatti, un rapporto di vera e propria complementarietà tra tali strumenti di tutela ed i ricorsi in sede giurisdizionale: gli interessi oggetto di a.d.r. risultano (almeno nella maggior parte dei casi) comunque potenzialmente suscettibili di essere "sindacati" dinanzi ad un giudice, solo che – per le ragioni appena segnalate – è difficile che ciò avvenga.

4. I limiti del ricorso straordinario e la non inquadrabilità dell'istituto nel novero delle a.d.r.

Alla luce del quadro tracciato è possibile procedere alla verifica circa la sussistenza, in capo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, delle condizioni per un suo inquadramento nell'ambito dei rimedi di tutela alternativi a

tion: panacea or anathema?, cit., 668. Per una lettura delle a.d.r. in termini di "appropriatezza" piuttosto che di mera "alternatività" v. S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 743 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004; M. LEGG, S. MIRZABEGIAN, *Appropriate Dispute Resolution and the Role of Litigation*, in *Australian Bar Review*, 2013, 55 ss.

³⁷ Sul punto, di particolare interesse si rivela lo studio del sistema di giustizia amministrativa britannico, fondato su un modello di forte integrazione tra rimedi giustiziali (in buona parte affidati ad organi amministrativi neutrali chiamati *Administrative Tribunals*) e ricorsi giurisdizionali, sulla base del convincimento che «*both tribunals and judicial review are essential components of the proportionate dispute resolution machinery for a contemporary administrative state*» (C. HARLOW, *Judicial Review and Administrative Justice*, in *Effective Judicial Review*, a cura di C. FORSYTH, M. ELIOT, S. JHAVERI, M. RAMSDEN e A. SCULLY-HILL, Oxford University Press, 2010, 99).

quelli giurisdizionali, così come delineati dall'ordinamento europeo. Coloro che propugnano la permanenza dell'istituto nel nostro ordinamento³⁸ invocano, in effetti, diverse ragioni – quali la semplicità procedimentale, la neutralità del soggetto decidente, l'economicità e la rapidità della decisione – che, almeno apparentemente, sembrerebbero condurre ad un esito positivo della suddetta verifica.

A ben vedere, tuttavia, non tutti i suddetti profili trovano conferma nella realtà delle cose: in merito alla presunta semplicità del rimedio, ad esempio, se è vero che in linea astratta la normativa prevede l'assenza della necessità di utilizzare formule tecniche particolari per la predisposizione dell'atto, con conseguenziale facoltà del privato di redigerlo senza l'ausilio di un difensore, di fatto tale circostanza avviene piuttosto di rado, atteso, tra l'altro, che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che le censure devono essere formulate in modo non generico (sebbene atecnico) e supportate da idonei elementi probatori³⁹.

In ordine alle limitate garanzie di neutralità decisoria, poi, ci si è già soffermati sulla decisività del ruolo istruttorio posto a carico del Ministro, atteso che il parere del Consiglio di Stato verterà, di fatto, unicamente su quanto prospettato gli attraverso la relazione istruttorio, nonché la mancata previsione di un dibattimento orale innanzi all'organo consultivo. È stata, invero, da più parti auspicata la positivizzazione di alcune "buone prassi" oggi esistenti, quali, da un lato, la trasmissione, da parte del Consiglio di Stato, di copia dei pareri interlocutori agli interessati, invitandoli a controdedurre e, dall'altro, l'invio al ricorrente, da parte del Ministro, di una copia del parere conclusivo; ciò nonostante, ad oggi il contraddittorio resta quanto meno "incerto".

Anche il requisito dell'economicità – a seguito della recente estensione del pagamento del contributo unificato⁴⁰ – si riduce ormai alla facoltà di difendersi personalmente da parte dell'interessato, facoltà che, come già sottolineato, viene assai raramente sfruttata. Deve osservarsi, tra l'altro, come in alcune circostanze la via del ricorso straordinario possa rivelarsi un'opzione addirittura più onerosa rispetto alla presentazione di un ricorso giurisdizionale, se solo si pensa alle diverse materie (accesso, silenzio, cittadinanza, ecc.) in ordine alle quali per il solo ricorso innanzi al TAR è previsto il pagamento di un contributo notevolmente ridotto.

³⁸ Non sono mancate in passato voci, anche autorevoli, a favore della soppressione dell'istituto del ricorso straordinario, ritenuto ormai obsoleto a fronte dello sviluppo del sistema di giustizia amministrativa. In termini v. M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, 79; V. MARTIRE, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, 180 ss.; E. D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3224 ss.

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 1998, n. 109, in *Cons. Stato*, 1999, 1272.

⁴⁰ Con l'art. 37, comma 6, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), come è noto, è stato superato il precedente regime di "gratuità" del ricorso straordinario, essendo stato anch'esso inserito nell'ambito dei procedimenti per i quali è necessario effettuare il pagamento del contributo unificato (pari ad euro 650) occorrente per il deposito degli atti.

L'affermazione che il ricorso straordinario garantisca una forma di tutela celere, infine, non è poi del tutto esatta: se è vero, infatti, che il Ministro competente è tenuto a concludere l'attività istruttoria entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto per la deduzione dei controinteressati (pena la facoltà dell'interessato di rivolgere l'istanza direttamente al Consiglio di Stato), il legislatore non prevede alcun termine per la formulazione del parere da parte del Consiglio di Stato, con la conseguenza che la decisione finale viene spesso assunta dopo anni dalla presentazione del ricorso. A ciò deve aggiungersi come l'amministrazione resistente – pur avendo l'obbligo di trasmettere “immediatamente” il ricorso al Ministro competente – non di rado ottemperi a tale onere dopo mesi, il tutto senza che il ricorrente possa averne contezza, non essendo prevista alcuna forma di comunicazione nei suoi confronti.

Allo stato, pertanto, non si rinvengono ragioni che inducono a guardare con favore eventuali operazioni di valorizzazione di un rimedio che – pur aspirando ad una sorta di assimilazione alla tutela giurisdizionale – si rivela deficitario sotto molteplici aspetti, e che sembra trarre il proprio successo unicamente dalla previsione di un termine decadenziale più lungo. Certo, sono innegabili gli effetti deflattivi del contenzioso innanzi ai TAR, ma ciò è davvero sufficiente a giustificare gli entusiasmi di recente manifestati in dottrina e giurisprudenza in merito alle potenzialità del “nuovo” ricorso straordinario?

Ciò che manca del tutto è la capacità di porsi quale strumento di tutela realmente alternativo, nel senso di più appropriato, rispetto al processo. Per giustificare la conferma della “cittadinanza” dell'istituto nel nostro ordinamento esso dovrebbe essere in grado di porsi in rapporto di alternatività non solo nella natura (amministrativa) ma anche nella tipologia di tutela garantita. Al contrario, alla luce di quanto considerato, esso appare inidoneo a soddisfare non solo le istanze di sviluppo di rimedi alternativi di tutela presenti nei documenti europei esaminati, ma anche lo stesso art. 24 della Costituzione e la connessa esigenza che l'ordinamento garantisca al cittadino una tutela “piena”: come condivisibilmente osservato, infatti, tale pienezza non pretende solo l'inesistenza di spazi di non-tutela, ma anche la «garanzia di strumenti di tutela adeguati e coerenti con l'identità della situazione soggettiva fatta valere»⁴¹.

5. *Modelli di rimedi giustiziali conformi all'esigenza di una tutela “adeguata”. Considerazioni de iure condendo*

Gli stessi, se non maggiormente significativi, effetti di riduzione del “carico” di lavoro dei tribunali amministrativi potrebbero essere conseguiti, piuttosto, va-

⁴¹ A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 della Costituzione come principi unitari di garanzia*, in *Tutela dei diritti e “sistema” ordinamentale*, Napoli, 2012, 24.

lorizzando altri rimedi giustiziali, idonei, nel contempo, a coprire aree di tutela che non trovano nel processo adeguate risposte alla domanda di giustizia. Si pensi ad istituti già esistenti nel nostro ordinamento, quali, ad esempio, il ricorso gerarchico improprio⁴² o il reclamo al difensore civico. Il primo viene in genere erroneamente affiancato agli ormai obsoleti ricorso gerarchico in senso proprio e ricorso in opposizione, pur differenziandosene sotto molteplici aspetti. Come è noto, esso è attualmente articolato come rimedio eccezionale, eppure, a ben vedere, una sua eventuale generalizzazione – già in passato formalmente proposta⁴³ – soddisferebbe le richieste dell'ordinamento europeo in termini di *internal reviews* (a.d.r. di tipo aggiudicativo), attese le caratteristiche di economicità, informalità, capacità impositiva della decisione finale, e, soprattutto, affidamento della titolarità decisoria ad un organo amministrativo neutrale chiamato ad agire non sulla base dei medesimi presupposti della funzione di amministrazione attiva, bensì in posizione di terzietà e con il solo fine di dirimere, secondo giustizia, la controversia insorta⁴⁴.

In tale direzione, del resto, si è già da tempo orientata la stessa Unione Europea: negli ultimi dieci anni si sono affermati specifici rimedi giustiziali contro le decisioni individuali di organi e organismi europei, consistenti per l'appunto nella presentazione di ricorsi amministrativi a Commissioni indipendenti composte da soggetti dotati di specifiche competenze tecniche, alle quali è demandata la sola funzione di dirimere la controversia con una decisione vincolante⁴⁵.

⁴² Istituto che ha tendenzialmente poco interessato la dottrina, spesso limitatasi a richiamare i contesti in cui esso opera. Fra i contributi che si sono maggiormente soffermati sulle peculiarità del rimedio v. L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, 249 ss.; F. BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padova, 1958, 50 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 71 ss.; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 626 ss.

⁴³ Si intende fare riferimento ai lavori della Commissione di studio governativa su "La giustizia nell'amministrazione", nominata nel 1993 dall'allora Ministro della Funzione Pubblica Sabino Casese: tra le proposte di riforma legislativa avanzate, vi era anche quella di istituire autorità (su base regionale), dotate del carattere dell'indipendenza e dell'estraneità rispetto alla p.a. titolare della funzione di amministrazione attiva, cui affidare la risoluzione di determinate controversie. I risultati dei lavori della Commissione sono pubblicati in AA.VV., *La riforma della pubblica amministrazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, Roma, 1994.

⁴⁴ Per una più ampia ed articolata proposta di generalizzazione e valorizzazione – con contestuale limitazione di operatività in relazione ai soli vizi di legittimità – del ricorso gerarchico improprio, quale unico rimedio amministrativo a carattere puramente giustiziale, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 133 ss.

⁴⁵ Per una completa disamina di questi ed altri rimedi giustiziali che l'ordinamento europeo ha introdotto proprio al fine di giungere, ove possibile, a soluzioni celeri e proporzionate di controversie sorte nei confronti degli apparati esecutivi dell'UE si rinvia a L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2013, 323 ss.

In merito al difensore civico⁴⁶, poi, è purtroppo noto quanto poco peso esso abbia oggi in Italia, in termini di raggio di azione ed efficacia della stessa, il che, del resto, ha non a caso condotto alla perdurante mancata introduzione di un difensore civico a livello nazionale, nonostante le molteplici sollecitazioni in tal senso⁴⁷. L'esperienza di altri ordinamenti (ad es. svedese e francese) consente, tuttavia, di apprezzarne le potenzialità⁴⁸: laddove è stato valorizzato il carattere giurisdiziale della figura, fornendole gli strumenti (giuridici ed economici) per incidere realmente sull'operato della p.a., profili quali la peculiare vicinanza agli interessi "deboli", la gratuità, l'informalità e l'indipendenza rendono il difensore civico il soggetto ideale a cui assegnare la gestione di strumenti di *appropriate dispute resolution*, in particolare in relazione alle c.d. *small claims*.

Alla luce delle brevi riflessioni che precedono trova innanzitutto conferma l'assunto secondo il quale l'opzione unicamente processualistica della tutela del

⁴⁶ La letteratura in tema di difensore civico è vastissima. *Ex multis* v. C. MORTATI, (a cura di), *L'Ombudsman (difensore civico)*, Torino, 1974; G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, voce in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 879 ss.; G. PASTORI, *Il difensore civico nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 901 ss.; M. COMBA, *Ombudsman*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 296 ss.; F. VERDE, *Il Difensore civico*, Padova, 1996; M.R. SPASIANO, *Il difensore civico regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3067 ss.; R. SCARCIGLIA, *L'istituto del Difensore civico in Italia fra "declamazioni", poteri di fatto e regole procedurali*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, 1773 ss.; A. CELOTTO (a cura di), *Il ruolo del difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008; F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Foro amm. - CdS*, 2009, 2971 ss.; D. BORGONOVINO RE, *Il difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento, 2010; M. IMMORDINO, *Il difensore civico regionale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giurisdizionale*, Napoli, 2012, 125 ss.

⁴⁷ In passato si sono pronunciati a favore dell'introduzione di un organo di difesa civica anche a livello statale, tra gli altri, C. MORTATI, *L'Ombudsman: studi di diritto pubblico comparato*, cit. e A. CARACCIOLO, *Note critiche sulla figura del difensore civico*, in *Foro amm.*, 1979, 482. Più di recente, diversi documenti di diritto internazionale hanno in più occasioni invitato i pochi Paesi ancora privi di una figura nazionale assimilabile al difensore civico a porre rimedio (cfr. da ultimo, la *Dichiarazione finale della VI Conferenza Mondiale dell'International Ombudsman Institute*, in *www.theioi.org*) e l'Italia è stata oggetto di un espresso richiamo in tal senso da parte del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite (cfr. *Observations du Comité des droits de l'homme, Comité des droits de l'homme*, 51^a sessione, 3 agosto 1994, CCPR/C/79/Add. 37, in *www.unhchr.ch*).

⁴⁸ Per l'analisi di alcune delle più significative esperienze di altri ordinamenti si rinvia a A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004, 146; M. MAZZA, *La proliferazione degli Ombudsman negli ordinamenti nordeuropei e il controllo dell'amministrazione: profili di tutela del diritto oggettivo nazionale e dei diritti soggettivi dei cittadini*, in *Dir. pubbl. comparato europeo*, 2006, 1713 ss.; F. PALERMO e J. WOELK, *L'Ombudsman in Germania e Austria: tra competenze generali e settoriali, una discrasia tra forma e sostanza?*, in *Dir. pubbl. comparato europeo*, 2006, 1733 ss.; A. TORRE, *Maladministration, tutela del cittadino e controllo parlamentare: il Parliamentary Commissioner britannico*, in *Dir. pubbl. comparato europeo*, 2006, 1783 ss.; S. COLAGROSSI, *L'Ombudsman nei "nuovi" paesi dell'Unione Europea*, in A. CELOTTO (a cura di), *Il ruolo del difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, cit., 17 ss.

cittadino nei confronti della p.a. rischia di rivelarsi fallimentare, perché spesso tardiva, ma anche, e forse soprattutto, perché non sempre in grado di rispondere alle concrete e legittime domande di giustizia nei confronti di un'amministrazione ancora oggi troppe volte incapace di dare riscontro efficacemente e prontamente alle istanze dei cittadini. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – sebbene senza dubbio reso maggiormente efficace dalle ultime riforme – non sembra, purtroppo, possedere le caratteristiche idonee per supplire a tali lacune. Quel che è certo, però, è che la perdurante esistenza di quotidiani “vuoti di giustizia”, soprattutto in contesti nei quali l'amministrazione si trova ad incidere su interessi (economicamente e socialmente) deboli, rende lo studio delle a.d.r. e del loro potenziale sviluppo un campo di indagine di notevole interesse per lo studioso di diritto amministrativo.

*Erik 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*"!

Con la sentenza 2 aprile 2014, n. 73¹, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8², del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104³, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 77, comma 1, Cost., dalla prima Sezione consultiva del Consiglio di Stato⁴, che aveva dubitato dei limiti posti dal nuovo codice del processo amministrativo all'ambito di operatività dell'istituto del ricorso straordinario, ammesso unicamente per le controversie devolute al giudice amministrativo.

Secondo la Sezione consultiva remittente, la legge delega n. 69/2009, nell'innovare profondamente la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato⁵ e consentendo

* *Professore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

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

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

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

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

⁵ L'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante «disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», ha aggiunto al testo dell'art. 13, comma 1, alinea, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, il seguente disposto: «Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 ss. della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati».

Il comma 2 dell'art. 69 ha disposto l'aggiunta al primo periodo del primo comma dell'art. 14 del medesimo d.P.R. n. 1199/1971 delle parole «conforme al parere del Consiglio di Stato» e la soppressione del secondo periodo del primo comma dello stesso articolo, nonché l'abrogazione del se-

che in tale sede potessero essere sollevate questioni di legittimità costituzionale, aveva esaltato la caratterizzazione giurisdizionale del ricorso straordinario e fatto venir meno la sua natura incerta o ibrida, a metà strada tra il ricorso amministrativo e quello giurisdizionale⁶, per fargli assumere natura di rimedio giustiziale⁷ ed attrarlo nell'area della c.d. giurisdizionalità⁸. Per i giudici di palazzo Spada, però, la restrizione alle sole controversie amministrative del ricorso straordinario, per il passato indifferente al riparto di giurisdizione in virtù di una risalente tradizione interpretativa consolidatasi *praeter legem*⁹ e da sempre ascritto al novero dei ricorsi amministrativi, sarebbe intervenuta in assenza di ogni esplicito riferimento nella legge di delega e, nello specifico, in una materia estranea all'oggetto della delega, sì da far dubitare della legittimità costituzionale della norma delegata.

Con la sentenza n. 73/2014 la Corte delle leggi, da un lato, riconosce che il procedimento consultivo dinanzi al Consiglio di Stato ha ormai acquisito natura sostanzialmente giurisdizionale, trasformando l'antico ricorso amministrativo in un rimedio *giustiziale*, dall'altro, nega che la norma censurata si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «*riassetto del processo amministrativo*», attribuita al governo dall'art. 44 della legge n. 69/2009¹⁰, per cui dichiara non fondata nel merito la relativa questione di legittimità costituzionale.

condo comma, così eliminando la possibilità del ministero competente, originariamente prevista, di discostarsi dal parere obbligatorio del Consiglio di Stato, previa sottoposizione della difforme proposta al Consiglio dei ministri.

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

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

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

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

¹⁰ L'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, disponeva: «Il Governo è delegato ad adottare,

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

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

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

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

Infine, l’art. 1 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale individua nel «giudice, individuale o collegiale, davanti al quale pende la

entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

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

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

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

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

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

causa» il soggetto legittimato a promuovere il giudizio di costituzionalità in via incidentale.

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

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

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

A partire, infatti, dalla sentenza n. 1/1964¹⁹, con cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art. 34 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054²⁰, in quanto il ricorso straordinario non assicurava ai controinteressati la tutela giurisdizionale, così implicitamente affermandone la natura amministrativa, i giudici delle leggi hanno a più riprese negato la natura giurisdizionale di tale rimedio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corte delle leggi, pur ribadendo l'atipicità e la «specialità» di tale rimedio, riconosceva che «il carattere amministrativo del procedimento risulta tuttavia

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

²² Punto 2 del Cons. dir.

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

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

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

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

temperato dall'esigenza derivante dal fatto che si è pur sempre in presenza di un meccanismo di risoluzione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi e, soprattutto, in considerazione²⁷ della sua alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale.

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

Al riguardo i giudici costituzionali richiamavano i «sostanziali parallelismi e i sicuri raccordi» con l'attività giurisdizionale, stabiliti dalla legislazione e dalla giurisprudenza, onde rendere il ricorso straordinario compatibile con l'art. 113 Cost.²⁹, ricordando, secondo la precedente decisione n. 148/1982, «la facoltà dei privati (...) di chiedere in limine litis la trasportazione della controversia nella sede giurisdizionale³⁰ e quella di impugnare presso il giudice amministrativo la decisione del ricorso per vizi di forma e di procedimento, nonché l'estensione allo stesso ricorso straordinario del rimedio della revocazione³¹ e dell'azione giudiziaria di fronte al giudice ordinario»³².

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

²⁷ Punto 2 del Cons. dir.

²⁸ Punto 2 del Cons. dir.

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

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

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

³² Punto 2 del Cons. dir.

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

³⁴ Punto 2 del Cons. dir.

Quindi, se il ricorso straordinario non poteva essere (all'epoca) assimilato ad un istituto *tout court* giurisdizionale, d'altro canto esso «*si armonizza(va) perfettamente con le forme di garanzia rappresentate dai principi costituzionali vigenti sulle attività amministrative, attività fra le quali indubbiamente rientra, seppure in una posizione del tutto peculiare, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*»³⁵.

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

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

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

Con la sentenza 21 luglio 2004, n. 254 infatti, la Corte costituzionale dichiara-

³⁵ Punto 3 del Cons. dir.

³⁶ Punto 4 del Cons. dir.

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

³⁸ Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254, con note critiche di M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2004, 2249 ss., A. POZZI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali*, in *Rass. Cons. Stato*, 2005, I, 589; N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 779 ss.; A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. - CdS*, n. 9, 2004, 2461 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2005, 652 ss.

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

va inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, della legge 29 gennaio 1994, n. 87⁴⁰, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 Cost., dalla sezione II del Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto da una ex dipendente avverso il provvedimento, emesso dall'INPDAP di Salerno, di diniego del diritto al computo dell'indennità integrativa speciale ai fini dell'indennità di buonuscita.

Tale decisione era tutta incentrata sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato, atteso che⁴¹ l'art.14, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971 stabiliva che, ove il ministro competente intendesse proporre al Presidente della Repubblica una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, doveva sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale.

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

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

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

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

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

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

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

Non a caso, da tempo autorevole dottrina sosteneva che, ai fini della proponibilità della questione di legittimità in via incidentale, fosse sufficiente *una qualunque autorità che eserciti una funzione qualificabile come giurisdizionale*, sia pure sotto il profilo formale e procedurale⁴⁴, ed auspicava l’ampliamento della legittimazione al Consiglio di Stato in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

D’altronde, la stessa Corte costituzionale aveva riconosciuto, seppur ai limitati fini della proposizione della questione incidentale⁴⁵, la legittimazione quale giudice *a quo* ad altri organi che presentavano prevalente natura amministrativa, quali, di volta in volta, la Corte dei conti in sede di controllo preventivo degli atti del governo⁴⁶ ed in sede di giudizio di parificazione⁴⁷, la Sezione disciplinare del

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

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

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

⁴⁶ Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226 (Rel. Crisafulli), che giustifica il riconoscimento di tale legittimazione con l’esigenza sostanziale di ammettere al sindacato di costituzionalità «*leggi che (...) più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*», atteso che la funzione di controllo della Corte dei conti «è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa» (punto 3 del Cons. dir.). V. i commenti di G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti*, in *Giur. cost.*, 1976, 1985 ss., e di F. GABRIELE, *La sezione di controllo della corte dei conti quale giudice “a quo” e l’obbligo di copertura della spesa nelle leggi di delegazione*, in *Giur. it.*, n. 6, 1977, 1025 ss. Per S. PERGAMENO, *Funzione di controllo della Corte dei conti e instaurazione del processo di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1976, 2031 ss., è possibile rinvenire in tale decisione una sorta di decalogo («analogia del controllo della Corte dei conti con l’attività giurisdizionale, posizione neutrale del magistrato addetto al controllo, garanzia di mera legalità della funzione di controllo della Corte dei conti») della legittimazione a ricorrere per questioni di costituzionalità nei casi dubbi da parte di “giudici” e nel corso di “giudizi”, riferibile anche ad altri possibili remittenti. V. altresì le sentenze nn. 384/1991 e 168/1992.

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

Consiglio superiore della magistratura⁴⁸, i Commissari per la liquidazione degli usi civici⁴⁹, il Consiglio nazionale forense in sede disciplinare⁵⁰, le Commissioni tributarie⁵¹, le Commissioni dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio brevetti e marchi⁵² ed i collegi arbitrali negli arbitrati rituali⁵³.

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

In sintesi, i requisiti soggettivi ed oggettivi della giurisdizione sono stati rinvenuti dalla Consulta in ogni organo, anche non incardinato in un ordine giurisdizionale, il quale, secondo l'ordinamento: 1) risulti legittimato a decidere definitivamente (ovvero *in via ultimale*) sull'interpretazione/applicazione di una norma; 2) sia in posizione di radicale «terzietà»; 3) giudichi nel *contraddittorio* con gli interessati⁵⁵.

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

Quindi, l'analisi della giurisprudenza costituzionale, che riteneva sufficiente l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, da parte

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

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

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

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

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

⁵³ Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, con note di R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla “naturale” elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2001, 3747 ss.; R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, 2887 ss., e, se si vuole, E. FURNO, *Corte costituzionale ed arbitrati: un nuovo “giudice a quo”?*, in *Giur. it.*, n. 2, 2004, 437 ss.

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

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

⁵⁶ Aderiscono alla tesi estensiva della sufficienza del solo parametro oggettivo V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice «a quo» nel giudizio incidentale di costituzionalità della legge (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 232 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1974, 44; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., vol. II, Padova, 1976, 1384-1385.

di organi pur estranei all'apparato giurisdizionale vero e proprio⁵⁷, deponeva nel senso di prefigurare, già prima della legge n. 69/2009, il Consiglio di Stato in sede consultiva, quale possibile "organo *a quo*", sotto il profilo oggettivo.

A ciò si aggiunga che anche sotto il profilo soggettivo il Consiglio di Stato, che decideva il ricorso in sede consultiva con un parere obbligatorio (anche se potenzialmente non vincolante), era comunque un "giudice", attesa la sua posizione costituzionale di giudice speciale dell'amministrazione⁵⁸.

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

Erano questi i nodi, cioè la impossibilità di esecuzione tramite il rimedio del-

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

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

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

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

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

l'ottemperanza e la teorica possibilità di discostarsi dal parere decisorio per rimettere la questione al Consiglio dei ministri, organo squisitamente politico, che costituivano per la Corte delle leggi un ostacolo insormontabile al riconoscimento della legittimazione di Palazzo Spada quale giudice *a quo* nel ricorso straordinario⁶².

In tale contesto si inseriva il legislatore del 2009, che, rendendo vincolante il parere espresso dai giudici di Palazzo Spada nel ricorso straordinario e, quindi, del tutto definitiva la decisione contenuta nel parere, a conferma della natura dichiarativa del giudizio finale⁶³, rimuoveva, quasi in via di interpretazione autentica⁶⁴, il principale ostacolo al riconoscimento dalla legittimazione del Consiglio di Stato quale giudice *a quo* in sede di ricorso straordinario.

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷ Per i dubbi di incostituzionalità della nuova disciplina per violazione, tra l'altro, della riserva

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

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

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

Nella specie, se il Consiglio di Stato, la Cassazione e la Corte di giustizia ave-

di legge costituzionale in materia ex art. 137 Cost., F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.giustamm.it*, F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l’effettività della tutela (rilevati critici sull’approccio)*, in *Foro amm.* – CdS, 2009, 1606 ss. e N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 legge n. 69/2009)*, in *www.giustamm.it*, nonché in giurisprudenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104. Secondo tale dottrina, l’art. 69 della legge n. 69/2009 sarebbe in contrasto con l’art. 137, comma 1, Cost., che pone una riserva di legge su condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia.

In senso opposto, L. PLATANIA, *Ancora sulla “natura” del ricorso straordinario alla luce della legge n. 69/2009*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2: «Ove si potesse riconoscere al Consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario la qualifica di giudice che compie un giudizio, la disposizione dovrebbe essere mandata assolta».

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

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

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

vano riconosciuto al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica l'applicabilità di istituti tipici di un processo giurisdizionalizzato o comunque teso verso la giurisdizionalizzazione⁷⁰, se il legislatore era intervenuto per riconoscere alle Sezioni consultive di palazzo Spada la facoltà di sollevare l'incidente di costituzionalità, non poteva la Corte costituzionale non prendere atto di ciò, dando riscontro del superamento della propria precedente impostazione.

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

⁷⁰ Preme evidenziare che ora l'art. 112, lett. *b*, del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) consente l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni emesse a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Le innovazioni legislative avevano preso avvio già dall'art. 3, comma 4, legge 21 luglio 2000, n. 205, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che, nel riformare il processo cautelare dinanzi al giudice amministrativo, aveva esteso anche all'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato la facoltà di ottenere, allegando danni gravi ed irreparabili, la sospensione del provvedimento impugnato. Tale sospensione è disposta con atto motivato del ministero competente ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato.

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

*Cesare Mastrocola**

Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Con riferimento alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, occorre sottolineare che né la Corte costituzionale, né le Sezioni Unite della Cassazione, né l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato hanno mai affermato che si tratti di un istituto che abbia ormai assunto un carattere sostanzialmente giurisdizionale; al contrario, in realtà, per il modo in cui si svolge l'iter procedimentale che conduce all'adozione del provvedimento del Capo dello Stato, l'istituto è stato semplicemente, anche se sostanzialmente, assimilato ad un organo giurisdizionale.

La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario trova il proprio presupposto nel fatto che la decisione sul ricorso viene sostanzialmente assunta dal Consiglio di Stato, tenuto conto che essa non può più essere disattesa dall'amministrazione, al contrario di quanto poteva avvenire in passato; ciò, tuttavia, non è sufficiente per addivenire ad una piena giurisdizionalizzazione dell'istituto per le ragioni che il Presidente Giovannini ci ha specificamente illustrato.

Invero la decisione resa dal Consiglio di Stato, sia pure assunta dalla competente Sezione consultiva in composizione collegiale ed in posizione di terzietà, per poter esplicitare gli effetti che gli sono propri deve essere necessariamente trasfusa nel relativo decreto del Presidente della Repubblica e cioè in un formale provvedimento amministrativo che, affetto da vizi autonomi, può essere impugnato davanti al giudice amministrativo ed eventualmente annullato, con conseguente travolgimento del parere reso dal Consiglio di Stato.

È difficile non essere d'accordo con il Prof. Police, secondo cui rendere giurisdizionale il ricorso straordinario non aggiunge nulla a quella che è sempre stata ed è tuttora l'utilità dell'istituto in esame; deve sottolinearsi, tuttavia, che dalla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario è derivata una conseguenza negativa per l'utenza e cioè la sottoposizione di tale rimedio giustiziale al previo pagamento del contributo unificato.

* *Presidente TAR Campania.*

*Eugenio Mele**

Notazioni minime sulla natura amministrativa
o giurisdizionale del ricorso straordinario
al Presidente della Repubblica

È evidente che questi sono tempi difficili per il diritto (e non solo per il diritto), con una proliferazione continua ed assillante di normativa di specie, nell'ingenuo tentativo di regolamentare ogni possibile futura fattispecie dell'agire umano, per cui aggiungere oggi alla babele di voci che si incrociano continuamente, una teorizzazione che tenda ad individuare una natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica rischia di aggiungere confusione a confusione e a dare luogo alla perdita di quei pochi valori ordinamentali che ancora resistono nel tempo presente e a non capire più niente del sistema, con la conclusione che ognuno sarebbe autorizzato (o si sentirebbe autorizzato) a ritenere ciò che vuole e a fare ogni possibile interpretazione.

Mi rendo conto che, soprattutto dopo le recenti modificazioni che hanno interessato l'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, lo stesso ha assunto delle garanzie che lo hanno rafforzato, facendogli assumere una connotazione sostanziale di pari efficacia rispetto ad un ricorso giurisdizionale.

Mi riferisco agli elementi più comuni e più noti:

– la presenza di un parere da parte del Consiglio di Stato con natura obbligatoria e, soprattutto, vincolante per l'Amministrazione procedente; la necessità, spesso imposta dallo stesso Consiglio di Stato, del pieno ed integrale contraddittorio fra tutte le parti; la possibilità di procedere con il mezzo dell'ottemperanza, per l'esecuzione del decreto del Presidente della Repubblica conclusivo del procedimento, innanzi al giudice amministrativo; la possibilità della richiesta di revocazione di un d.P.R. sulla base di un nuovo parere del Consiglio di Stato.

Ma occorre chiarire l'equivoco in cui si può facilmente incorrere nell'esaminare le cose superficialmente.

Innanzitutto, nella specie concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il Consiglio di Stato è chiamato ad intervenire ai sensi dell'art.

* *Consigliere di Stato.*

100 della Costituzione¹, e non ai sensi dell'art. 113 della stessa Costituzione, per cui il suddetto Consiglio di Stato è chiamato ad esprimere il parere nella sua specifica qualità di organo ausiliario del governo, e non nella qualità di organo terzo, come si conviene a qualsiasi organo o soggetto che rivesta carattere giurisdizionale.

In altre parole, una delle ragioni che viene generalmente richiamata a favore della tesi che vuole la natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica finisce per essere proprio una prova contraria, in quanto, come si è detto, l'intervento del Consiglio di Stato, nella resa del parere, ha luogo come consulente del governo.

Che, poi, il Consiglio di Stato abbia sempre interpretato la sua funzione consultiva in modo rigorosamente scientifico, ciò fa onore al Consiglio di Stato stesso, ma non è idoneo a trasformare un parere in una sentenza o in una proposta di sentenza.

Altro elemento che occorre attentamente considerare è la vincolatività del parere espresso dalla sezioni consultive del Consiglio di Stato, relativamente al provvedimento da adottare da parte dell'Amministrazione di riferimento.

In proposito, va ricordato, innanzitutto, che prima della piena vincolatività del parere del Consiglio di Stato, di cui all'art. 69 della legge n. 69/2009², il parere era solo parzialmente vincolante, nel senso che si poteva ottenere una deliberazione del Consiglio dei ministri per andare in contrario avviso al parere stesso, ma non vi è memoria di una fattispecie del genere, per cui in concreto non è cambiato niente.

Poi, non deve dimenticarsi che il parere emanato dal Consiglio di Stato è un parere e non una sentenza. Il fatto che esso sia vincolante non significa affatto che il ricorso straordinario sia diventato giurisdizionale, e ciò sia perché, come si è detto, l'attività è svolta dal suddetto Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 100 Cost., e cioè nella sua qualità di organo consultivo del governo, e sia perché la vincolatività significa soltanto che l'Amministrazione, nella decisione amministrativa, deve conformarsi al parere dell'organo consultivo, che opera all'interno dell'Amministrazione e non in una posizione di neutralità.

L'altro elemento rilevato a favore della raggiunta giurisdizionalità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è quello della cosiddetta pienezza

¹ Si riporta il testo della norma costituzionale: Art. 100. – «Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela di giustizia nell'amministrazione. La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo della gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al governo».

² L'articolo di cui testo prevede la vincolatività del parere del Consiglio di Stato all'art. 2, comma 1, dove è detto: «1. Al primo periodo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "conforme al parere del Consiglio di Stato».

del contraddittorio, nel senso che la parte ricorrente e ogni eventuale controinteressato sono messi nelle condizioni di dire e contraddire pienamente, affermando e difendendo le proprie ragioni.

L'affermazione è totalmente infondata.

Infatti, il contraddittorio fra le parti non è, quanto meno nei tempi attuali, una prerogativa della giurisdizione.

Esso, invero, è previsto per tutti i ricorsi amministrativi (anche per quello gerarchico) e non solo. Dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990³, infatti, il contraddittorio esiste e si è affermato anche nella generalità dei procedimenti amministrativi che, proprio grazie a questa legge, hanno modificato la loro caratteristica inquisitoria (precedente) nell'altra, appunto contraddittoria (attualmente esistente).

La caratteristica suddetta (contraddittorio integrale fra le parti) non è, quindi, peculiare del procedimento di cui al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Un altro elemento ancora che conduce a ritenere la natura giurisdizionale (e questa volta non soltanto in via sostanziale) del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è la possibilità di poter procedere alla esecuzione del decreto del Presidente della Repubblica, conclusivo del procedimento, mediante un giudizio di ottemperanza⁴.

Ma la riflessione suddetta è anch'essa superficiale e sicuramente non risolutiva della questione.

Ed invero, la eseguibilità del decreto del Presidente della Repubblica, conclusivo del ricorso straordinario, mediante il procedimento di ottemperanza (che si conclude con una sentenza) non determina affatto la natura di sentenza del decreto presidenziale: si tratta solo della individuazione di un mezzo (questo, sì, di natura giurisdizionale) per l'esecuzione di un provvedimento amministrativo, cosa che è espressamente prevista, nell'interpretazione della Corte di Cassazione di cui si è detto, nell'ambito dell'art. 112 cod. proc. amm.

Come si può ben capire, la giurisdizionalità non riguarda affatto il ricorso straordinario, che opera nell'ambito di uno specifico procedimento amministrativo di tipo contenzioso, ma solo la sua esecuzione, che è, come è facile comprendere, fatto esterno al procedimento che conduce al decreto presidenziale di decisione del ricorso straordinario.

A titolo puramente statistico, va peraltro rilevato che, una volta emanato il d.P.R. n. (che è firmato dal Presidente della Repubblica ma è predisposto dalla stessa amministrazione pubblica interessata), risulta estremamente difficile che

³ Legge 7 agosto 1990, n. 241, più nota come legge sul procedimento amministrativo.

⁴ Il giudizio di ottemperanza non è specificamente previsto in via legislativa per il ricorso straordinario. Esso è stato ritenuto ammissibile dalla Corte di Cassazione per il disposto del punto d) del comma 2 dell'art. 112 cod. proc. amm. «altri provvedimenti per i quali non è previsto il rimedio dell'ottemperanza».

l'Amministrazione si rifiuti di adempiere ad un proprio provvedimento e infatti non si ha notizia di un fatto del genere.

Un altro elemento ancora che viene portato a supporto della ormai intervenuta giurisdizionalità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è la vicenda per cui può richiedersi la revocazione di un precedente decreto presidenziale conclusivo di un ricorso straordinario, ai sensi delle fattispecie tipicamente previste dagli artt. 395 e 396 cod. proc. civ. (errore di fatto, sopravvenienza di nuovi elementi di prova, ecc.).

Ma anche tale revoca non è per niente rilevante per la ritenuta giurisdizionalità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Infatti, la revoca di un provvedimento amministrativo è una regola indefettibile dell'attività della pubblica amministrazione, traducendosi in un procedimento di secondo grado, con il quale si rivede l'originario procedimento amministrativo, e la revoca o revocazione⁵ in parola non fa eccezione.

Il fatto che intervenga un nuovo parere del Consiglio di Stato è vicenda normale, in quanto si tratta di una nuova valutazione dello stesso contenzioso; e che poi vengano in rilievo gli elementi indicati negli artt. 395 e 396 cod. proc. civ. è perfettamente normale, trattandosi delle fattispecie tipiche per le quali può essere richiesto un nuovo esame del caso contenzioso.

Ma quello che è più rilevante in tutta la questione attinente alla pretesa giurisdizionalità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è che lo stesso si conclude con un d.P.R., vale a dire con un provvedimento di natura amministrativa, emanato dal Presidente della Repubblica, ma sostanzialmente formato da una pubblica amministrazione.

Il che blocca sul nascere qualsiasi velleità di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, in quanto occorrerebbe attribuire al decreto del Presidente della Repubblica il valore di una sentenza (sia pure solo in senso sostanziale), determinandosi, per conseguenza, in capo allo stesso Presidente della Repubblica, la qualità di giudice, cosa che non è nell'ambito del nostro sistema costituzionale, ove la suddetta figura assume una qualità "*super partes*", al di sopra e al di fuori dei tre poteri che costituiscono ed integrano la sovranità dello Stato, avendo in questa sede solo quello di solennizzare un'attività amministrativa.

Certo, tutto è possibile, specialmente in tempi come questi in cui sembra che il nostro legislatore (che poi è il governo) voglia comportarsi come il legislatore prussiano del XVIII secolo⁶, per cui qualora dovesse essere approvata una legge che dichiarasse la natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della

⁵ I due termini sono esattamente la stessa cosa. L'apocope (taglio delle ultime sillabe) è una costante della nostra terminologia amministrativa.

⁶ Si può vedere, sul punto, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 112, in cui viene ricordato come il legislatore prussiano si era adoperato per regolamentare un numero enorme di possibili fattispecie concrete, dovendosi però arrendere all'evidenza di non poter disciplinare tutto il possibile concreto dell'ordinamento.

Repubblica, allora ci sarebbe (come si dice “per decreto”) la invocata giurisdizionalità del mezzo amministrativo.

Naturalmente, in questo caso, scatterebbero i dubbi e le perplessità rispetto alla nostra carta costituzionale per la conseguente individuazione di un nuovo giudice speciale, con intervento della Corte costituzionale e con un eventuale “*dictum*” della stessa, al che si potrebbe ovviare, naturalmente, solo con l’approvazione di una modifica della Costituzione.

*Giovanni Puoti**

Dalla giurisdizione tributaria alla giurisdizione
amministrativa (una proposta *de iure condendo*:
ricorso straordinario al Capo dello Stato
per le controversie tributarie)

Dai risultati del Convegno emergono spunti di riflessione assai stimolanti anche con riferimento all'area del diritto tributario.

Mi riferisco, in particolare, a quanto è stato sottolineato da più parti, e cioè che le novità introdotte dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (possibilità di sollevare l'eccezione di costituzionalità in sede di ricorso straordinario; vincolatività del parere espresso dal Consiglio di Stato) possono condurre al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Muovendo da tale prospettiva, vorrei allora sottolineare i vantaggi che potrebbero derivare dalla utilizzabilità di tale strumento giuridico (giustamente definito come assai rilevante ai fini del deflazionamento della giustizia amministrativa) relativamente alle controversie tributarie.

Come è noto, per effetto dell'art. 12, comma 2, legge 28 dicembre 2001, n. 448, appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali, le sovrimposte e addizionali, le sanzioni amministrative irrogate da uffici finanziari, gli interessi ed ogni altro accessorio.

Tali controversie sono decise, nel merito, dalle commissioni tributarie provinciali e, in sede di appello, dalle commissioni tributarie regionali, con l'ulteriore istanza di legittimità incentrata sul ricorso ordinario alla Corte di Cassazione.

Il giudizio tributario ha per oggetto l'annullamento dell'atto impositivo o sanzionatorio, ovvero l'annullamento del diniego (espresso o tacito) del rimborso richiesto dal contribuente.

Si tratta dunque di un giudizio nel quale deve essere valutata la legittimità dell'atto impugnato, e quindi la conformità dell'attività amministrativa alle dispo-

* *Professore di Diritto Tributario e Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Telematica Roma.*

sizioni normative, e che risulta del tutto carente di una fase istruttoria, come avviene per il giudizio dinanzi al tribunale amministrativo regionale, salvo che non venga disposta la consulenza tecnica.

Le caratteristiche del giudizio tributario fanno ritenere tecnicamente possibile, ovviamente sulla base di una espressa disposizione di legge, l'utilizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato quale mezzo di impugnazione alternativa dell'atto impositivo, sanzionatorio o del diniego di rimborso.

Il vantaggio evidente sarebbe quello deflattivo della giustizia tributaria, accompagnato dalla possibilità di una decisione definitiva in unico grado di giudizio.

A voler essere particolarmente "rigorosi" si potrebbe ipotizzare la esclusione dalla alternatività del ricorso straordinario per le controversie che non riguardino esclusivamente la legittimità dell'atto ma coinvolgano questioni di valutazione (ad esempio ai fini delle imposte di registro e successione, ovvero con riguardo a talune componenti del reddito d'impresa) per le quali potrebbe essere disposta la consulenza tecnica.

Si potrebbe anche pensare ad un meccanismo di rinvio del giudizio al giudice tributario di primo grado: ciò potrebbe avvenire, d'ufficio, nel caso in cui sia necessaria una istruzione particolarmente complessa e comunque la consulenza tecnica.

In questo caso il fascicolo verrebbe trasmesso alla Commissione tributaria competente, con avviso alle parti ed obbligo di costituzione in giudizio nel termine assegnato.

Ovviamente la trasmissione degli atti comporterebbe la incardinazione di un giudizio ordinario dinanzi ai giudici tributari, con grado d'Appello e ricorribilità in Cassazione delle sentenze della Commissione tributaria provinciale.

La ipotesi che ho brevemente delineato, e che spero non venga ritenuta "fantasiosa" potrebbe costituire la prima tappa di un percorso che potrebbe vedere finalmente un assetto dignitoso, e costituzionalmente ineccepibile, del contenzioso tributario italiano.

Intendo alludere alla possibilità della devoluzione della giurisdizione tributaria al giudice amministrativo, eliminando così tutte le incongruenze dell'attuale sistema di giustizia tributaria, e la spada di Damocle della possibile declaratoria di incostituzionalità delle commissioni tributarie come (nuovi) giudici speciali, creati in spregio del divieto di cui all'art. 102, comma 2, Cost.

*Franco Gaetano Scoca**

Intervento conclusivo

A chiusura di una mattinata di dibattito, con ottime relazioni e interventi stimolanti, non resta che ringraziare relatori, interventori e, soprattutto, il numeroso e partecipe uditorio.

Il panorama di idee e di tesi esposte, e finemente argomentate, sul ricorso straordinario, e, in particolare, sulla sua natura, si è mostrato molto vario, ed ha implicato l'approfondimento di concetti giuridici di fondo.

Non credo che sia utile farne una rassegna: non farei che ripetere cose già dette, con il rischio di storpiare il pensiero dei relatori. Mi limito, perciò, ad esporre il mio punto di vista.

La natura del ricorso straordinario non è stata affatto problematica fino a data recentissima: nato assai prima che il Consiglio di Stato diventasse organo giurisdizionale, anzi molto prima della Unificazione del Regno d'Italia, ha sempre avuto indubbia natura amministrativa; e tale natura ha pacificamente conservato, salvo qualche sporadica opinione dottrinale divergente, anche a seguito della profonda modificazione della sua disciplina, intervenuta nei primi anni '70 del secolo scorso.

Le ultime modifiche legislative hanno però sconvolto il quadro tradizionale, in modo tale da innescare un nutrito dibattito, in sede teorica e nelle aule delle giurisdizioni superiori, sulla eventualmente acquisita natura giurisdizionale, ovvero sulla perdurante natura amministrativa.

Bisogna riconoscere che le modifiche non sono di poco conto: reso vincolante il "parere", la decisione del ricorso viene riservata per intero al Consiglio di Stato, per cui il successivo decreto del Presidente della Repubblica viene ridotto a mera esternazione della decisione.

È espressamente prevista dalla legge la possibilità per le Sezioni consultive del Consiglio di Stato di rimettere questioni di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale.

Le controversie conoscibili in sede di ricorso straordinario sono, in linea di massima, e salvo eccezioni, le stesse che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, con esclusione, quindi, della controversie su diritti soggettivi. E via dicendo.

* *Professore Emerito di Diritto Amministrativo.*

Buona parte della dottrina si è orientata, con un certo entusiasmo, a riconsiderare la natura del ricorso straordinario, propugnandone la conquistata natura giurisdizionale.

A loro volta, le giurisdizioni superiori, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, quasi all'unisono, ne hanno affermato la natura "sostanzialmente giurisdizionale", utilizzando una qualificazione che ha il sapore del compromesso; e che, se, da un lato, dimostra la prudenza con cui è corretto che si muovano gli organi giurisdizionali, pone in campo, dall'altro lato, una nozione che stride fortemente con la costruzione costituzionale della organizzazione della funzione giurisdizionale, e le conferisce valore di diritto positivo.

Più accorta è stata, a mio avviso, la Corte costituzionale, che definisce il ricorso straordinario come rimedio giustiziale amministrativo, dando prova di non riconoscergli natura giurisdizionale, né sostanziale né tanto meno formale.

Il problema che si profila è se, nel nostro ordinamento, possano essere creati nuovi giudici. A mio avviso non è possibile; e, per convincersene, è sufficiente rileggere il secondo comma dell'art. 102 e la sesta disposizione transitoria della Costituzione.

L'organizzazione della funzione giurisdizionale si articola su un numero chiuso di organi, non suscettibile di aumento. È vero che l'esperienza dimostra che nuovi giudici sono pur stati introdotti nel sistema: si pensi alle Commissioni tributarie, le quali comunque, prima della Costituzione, avevano natura giurisdizionale (imprudentemente disconosciuta, in un primo tempo, dalla Corte costituzionale). Diverso è il caso dei c.d. giudici parlamentari e degli organi giudicanti presso la Presidenza della Repubblica, che sono il frutto della disattenzione o dello scarso rigore di Cassazione e Corte costituzionale; ma per tali "giudici" sembra che sia ormai all'orizzonte il viale del tramonto.

Il sistema chiuso degli organi giurisdizionali comporta che, secondo la Costituzione, la giurisdizione sia una nozione positiva di valore formale: possono essere qualificati come giurisdizionali soltanto i procedimenti di soluzione di controversie che, oltre ad avere i requisiti tipici del giusto processo, si svolgono dinanzi ad uno degli organi giudiziari nominati in Costituzione o revisionati sulla base della sesta disposizione transitoria.

Contrariamente a quello che succede in altri ordinamenti (si pensi a quello francese), nel nostro è inconcepibile la qualificazione di "sostanzialmente giurisdizionale": una via di giustizia o è formalmente giurisdizionale o non è giurisdizionale; non ci sono qualificazioni intermedie.

Non è per nulla rilevante che la Corte di giustizia europea abbia ritenuto che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, possa sollevare questioni pregiudiziali di interpretazione di disposizioni comunitarie: nell'ordinamento europeo vige, come in Francia, una nozione sostanziale di funzione giurisdizionale, per cui un organo amministrativo (ad esempio il *Conseil d'État* francese, può tranquillamente svolgere funzioni qualificabili come giurisdizionali.

Allo stato, non mi sembra che il ricorso straordinario, che pure è finalizzato a

risolvere controversie, possa essere considerato giurisdizionale in senso proprio; e qualificarlo come “sostanzialmente giurisdizionale” non ha senso compiuto. Si rifletta, a puro titolo di esempio, sulla disciplina della trasposizione del ricorso straordinario presso il Tribunale amministrativo regionale: che senso avrebbe se già il ricorso straordinario avesse carattere giurisdizionale? e desse quindi piena attuazione agli artt. 24 e 113 Cost.?

Possiamo avanzare una ipotesi, che potrebbe non essere soltanto teorica: che una legge ordinaria stabilisca esplicitamente che il ricorso straordinario abbia, o, meglio, acquisisca, carattere giurisdizionale; sarebbe essa costituzionalmente legittima?

Possono darsi, a mio avviso, due diverse risposte: tenendo conto di quanto si è detto, la creazione di un nuovo processo giurisdizionale non è consentita. Tuttavia, ed è il secondo corno dell’alternativa, la trasformazione in organi giurisdizionali delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato non solo è possibile, ma ha già avuto luogo nel recente passato: la sezione III da consultiva è stata trasformata in giurisdizionale.

La suddetta trasformazione, che dovrebbe riguardare quanto meno una delle attuali Sezioni consultive, ove si intenda concentrare presso di essa l’intero contenzioso straordinario (altrimenti occorrerebbe rendere giurisdizionali ambedue le sezioni consultive “ordinarie”), comporterebbe, tuttavia, che la Sezione “giurisdizionalizzata” non potrà contemporaneamente svolgere anche attività consultiva. Dovrebbe diventare un organo esclusivamente giurisdizionale, riducendo, in tal modo, la capacità del Consiglio di Stato di svolgere la sua delicata funzione di consigliere del principe.

Inoltre, si porrebbero difficili problemi circa la conformità della disciplina del procedimento del ricorso straordinario rispetto ai principi costituzionali sul giusto processo, con particolare riguardo alla fase istruttoria, nonché rispetto ai principi della Convenzione dei diritti dell’uomo, almeno per la mancanza di un dibattimento in udienza pubblica. Sarebbe, infine, da abolire del tutto l’intervento del Presidente della Repubblica, già oggi ridotto ad un ruolo poco confacente con l’autorevolezza della carica; ma che, nella prospettiva giurisdizionale, sarebbe addirittura contraddittorio.

In definitiva, ove il ricorso straordinario diventasse effettivamente un mezzo giurisdizionale, la sua disciplina dovrebbe essere profondamente rivista e non potrebbe, alla fine, risultare molto diversa da quella prevista dal codice del processo amministrativo. Per cui il ricorso straordinario, perdendo i suoi attuali pregi di minore costo e maggiore celerità, diverrebbe un doppione di quello giurisdizionale, e se ne dovrebbe denunciare la totale superfluità.

Tale osservazione risulta chiaramente dal dibattito che si è svolto in questa sede sul tema.

Se si vuole creare una valida alternativa alla giustizia amministrativa, per deflazionare il contenzioso, più che puntare sulla giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, che comunque viene deciso in sede di Consiglio di Stato, si po-

trebbero rivitalizzare i ricorsi amministrativi ordinari, disciplinandoli tuttavia come seri, efficaci, mezzi di soluzione di controversie, e, quindi, per prima cosa, affidandone la decisione a collegi imparziali.

In chiusura, mi sia consentito esprimere i miei complimenti per l'organizzazione del Convegno, che ha visto la partecipazione dei vertici delle giurisdizioni superiori e di qualificatissimi esponenti della dottrina. Il rigore e l'originalità delle relazioni di tutti gli intervenuti fa di questo incontro un prezioso contributo all'approfondimento del controverso istituto.

Comunicazioni

*Stefano Tarullo**

Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza

SOMMARIO. 1. Inquadramento del problema. – 2. Il silenzio del Codice del processo amministrativo. – 3. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2013. – 4. La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. *b* del Codice. – 5. *Segue*: rilievi critici. – 6. La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. *d* del Codice. – 7. *Segue*: rilievi critici. – 8. Notazioni conclusive.

1. *Inquadramento del problema*

Da tempo la dottrina si interroga in merito alla esperibilità del giudizio di ottemperanza (oggi disciplinato dagli artt. 112 ss. cod. proc. amm.) allorché a rimanere inattuata sia non già una sentenza passata in giudicato o altro provvedimento giurisdizionale comunque esecutivo, bensì un decreto del Presidente della Repubblica adottato in esito ad un ricorso straordinario.

L'evoluzione in materia è stata ampiamente analizzata dagli studiosi¹ e non mette conto tornarvi in questa sede, se non per focalizzare i punti essenziali di una tematica ancora fortemente controversa.

Se si esamina l'orizzonte dottrinale, si coglie agevolmente lo sforzo di accreditare il rimedio dell'ottemperanza al d.P.R. decisivo quale strumento di effettività esecutiva irrinunciabile per attuare le garanzie poste dagli artt. 24, comma 1, e 113, commi 1 e 2, Cost. In tale direzione è sembrato utile valorizzare soprattutto l'art. 113, comma 2, Cost., che vieta ogni limitazione “per determinate categorie di atti” (quali potrebbero essere i d.P.R. decisori dei ricorsi straordinari) della tutela giurisdizionale (esecutiva) di diritti ed interessi nei riguardi della pubblica amministrazione².

* *Professore di Diritto Amministrativo presso la Seconda Università degli Studi di Napoli.*

¹ Si rinvia, per tutti, al cap. I del volume di P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 3 ss.

² Cfr. F. D'ORO, *L'esperibilità del ricorso di ottemperanza per l'attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 351.

È apparsa d'altro canto assai poco persuasiva l'alternativa astrattamente praticabile ed in passato additata da numerosi precedenti, vale a dire il ricorso al rito del silenzio (già disciplinato dall'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971 ed oggi regolato dagli artt. 31 e 117 del Codice)³. Tale strumento è infatti lontano dal poter conseguire un grado di tutela equipollente (quanto ad immediatezza ed ampiezza) a quello dell'ottemperanza.

Benché, ad onor del vero, nell'attuale assetto normativo le fasi di cognizione e di esecuzione proprie del ricorso avverso il silenzio-rifiuto possano «fondersi» assieme così come consentito dall'art. 117, comma 3, cod. proc. amm.⁴, l'impiego di tale rimedio per ottenere l'«esecuzione» del d.P.R. decisorio continua a risultare per larghi tratti inadeguato, in particolare allorché l'amministrazione adotti atti elusivi o violativi del provvedimento presidenziale. Poiché in tali ipotesi il giudizio di ottemperanza non è incardinabile se non dopo aver esperito un'ordinaria azione costitutiva di annullamento, la tutela esecutiva rischia di essere oltremodo dilazionata; e tale evenienza appare tanto più probabile considerando la ritrosia dei TT.AA.RR. ad avvalersi dello specifico potere – assegnato loro dall'art. 34, comma 1, lett. *e*, del Codice – di statuire già in sede cognitoria le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta* destinato ad «entrare in azione» alla scadenza del termine fissato per l'attuazione della pronuncia.

Per tali più che valide ragioni, la soluzione imperniata sul ricorso avverso il silenzio-rifiuto risulta generalmente abbandonata nei più recenti contributi scientifici, che manifestano una spiccata propensione per la (immediata) proponibilità del giudizio di ottemperanza.

Nella stessa lunghezza d'onda si è gradualmente disposta la giurisprudenza.

La posizione più tradizionale e radicale contestava *tout court* il rimedio dell'ottemperanza per avere il procedimento di ricorso straordinario natura amministrativa, ancorché collocato al di fuori dell'ordine gerarchico della p.a. e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale. Sul presupposto che tale natura dovesse automaticamente estendersi al relativo provvedimento decisorio (il predetto d.P.R.), si riteneva che il rimedio dell'ottemperanza, tipico delle sentenze (o comunque dei provvedimenti giurisdizionali), non fosse attingibile⁵.

³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008 n. 1440, in *Foro amm.* – *CdS*, 2008, 1190. In questa pronuncia come in numerose altre dei giudici di primo grado (ad es. TAR Lazio, sez. III, 6 marzo 1985 n. 231, in *TAR*, 1985, I, 1155 ed ancor prima ID., 9 maggio 1977, n. 253, *ibidem*, 1977, I, 1561), viene proposta la strada del ricorso avverso il silenzio-rifiuto della p.a. (in origine previo esperimento di diffida rivolta alla P.A. inadempiente al d.P.R. decisorio), in quanto strumento finalizzato a conseguire la declaratoria dell'illegittimità dell'inerzia amministrativa e la conseguente comminatoria giurisdizionale dell'ordine di esecuzione.

⁴ Tale norma abilita il giudice amministrativo a nominare un commissario *ad acta* con la medesima sentenza con cui definisce il giudizio impartendo all'amministrazione l'ordine di provvedere entro un termine di regola pari a trenta giorni.

⁵ Per una sintesi degli orientamenti negativi v. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, 667 ss.

Progressivamente si è fatta largo una ricostruzione di segno inverso, che ascrive al procedimento di ricorso straordinario una «indole giurisdizionale» destinata anch'essa a «traslare» sul decreto decisorio; sicché questo sarebbe del tutto assimilabile ad una sentenza del giudice amministrativo.

Pur non essendo mancate cospicue oscillazioni a partire dagli anni 2000⁶, da ultimo l'orientamento incline alla ottemperabilità dei d.P.R. decisori è emerso con netta prevalenza, anche per essere stato confermato dalle massime giurisdizioni⁷.

Tale approdo è soprattutto frutto degli stimoli ermeneutici offerti dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (di poco anticipata da una rilevante sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa risalente al maggio dello stesso anno)⁸. Secondo un'opinione diffusa, infatti, tale novella avrebbe accentuato il processo di «ibridazione» del ricorso amministrativo in parola avvicinandolo in modo ancor più marcato al rimedio giurisdizionale; di qui l'idea che anche il d.P.R. decisorio sia suscettibile di esecuzione (*rectius*, attuazione) nelle forme tipiche del processo amministrativo⁹.

⁶ In senso favorevole Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Giur. it.*, 2001, 842. In senso contrario Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2447, nonché in *Cons. Stato*, 2002, II, 1319, con nota di M. SANTORO, *Inammissibilità del giudizio di ottemperanza nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*. Nello stesso senso v. anche Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 1640; *Id.*, sez. V, 29 gennaio 2003 n. 456, in *Ragiusan*, 2003, 231-232, 523; *Id.*, sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 2546. Ancor più recentemente v. Cons. Stato, sez. V, 29 agosto 2006, n. 5036, in *Foro amm. – CdS*, 2006, 2214, ove vengono esplicitamente respinte «talune suggestioni rivenienti dall'ordinamento comunitario» e segnatamente «l'ampia nozione di "giudice" elaborata, ai fini dell'applicazione dell'art. 234 TrCE, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee».

⁷ Cfr. Cass. civ., SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Foro it.*, 2011, I, 749, con nota di G. D'ANGELO, *Ricorso straordinario e giudizio d'ottemperanza, il revirement della Cassazione dopo il codice del processo amministrativo*; nonché in *Foro pad.*, 2011, I, 253, con nota di A. SALUSTRI, *Le Sezioni Unite aprono la strada al giudizio di ottemperanza in tema di decisioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato*. Ad analogo indirizzo ha acceduto Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Foro it.*, 2013, III, 483, con nota di A. TRAVI, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*; nonché in *Corr. merito*, 2013, 803, con nota di I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*. Da segnalare anche Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro it.*, 2012, 12, III, 629, in cui la dottrina ha ravvisato un segnale già sufficientemente nitido circa il riconoscimento della natura giurisdizionale al provvedimento decisorio del ricorso straordinario. Cfr. per tutti G. FERRARI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il giudice dell'ottemperanza*, in Treccani, *Il Libro dell'anno del Diritto*, 2013, 747 ss.

⁸ Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 18 maggio 2009, n. 415, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1186, con il commento di A. MARI, *Vecchi e nuovi presupposti per il giudizio di ottemperanza*. Vedila anche in *Urb. e appalti*, 2009, 1501, con il commento di F.F. TUCCARI, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: incompatibilità di genere o convivenza possibile*. In realtà il Supremo Consesso siciliano si era già similmente espresso nel 2005: v. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 3068, con nota di A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*.

⁹ Indiscutibilmente, il ricorso straordinario mostra già nella sua disciplina originaria elementi di estrema peculiarità rispetto ai ricorsi amministrativi ordinari. Ciò non solo perché tale ricorso rap-

2. *Il silenzio del Codice del processo amministrativo*

Resta però la constatazione che la ricostruzione sopra accennata non trova alcun appiglio testuale nel Codice del processo amministrativo del 2010.

È dato di oggettiva evidenza, infatti, che l'originaria versione dell'articolato codicistico non contiene alcun esplicito riferimento a suffragio della utilizzabilità del rimedio dell'ottemperanza nel senso anzidetto. Né può sostenersi che la relazione governativa al Codice offra elementi davvero decisivi a sostegno di questa posizione.

La relazione, infatti, giustifica l'attuale formulazione (variata rispetto all'impianto originario) dell'art. 112, comma 2, lett. *d*, del codice¹⁰ limitandosi a richiamare una «specifica richiesta della Commissione Giustizia della Camera, per conseguire l'esecuzione dei lodi arbitrari e, in recepimento della necessità segnalata dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato, di dare applicazione agli artt. 6 e 13 della CEDU, per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili». L'allusione al d.P.R. decisorio del Capo dello Stato si intravede forse in questo passaggio, ma di certo non si traduce in un indizio univoco¹¹. Oltretutto, un giudizio «prudente» sulla effettiva innovatività del Codice appare tanto più fondato ove si consideri la «timidezza» con la quale la Commissione tecnica ha fatto propria la menzionata indicazione della Commissione Affari Costituzionali del Senato, annacquando in un formula ambigua che incomprensibilmente si discosta dal suggerimento ricevuto¹². In

presenta un rimedio attivabile unicamente nei confronti di atti amministrativi definitivi e sulla base di motivi di legittimità, ma soprattutto perché – come noto – un ruolo preminente risulta avere il Consiglio di Stato, ancorché questi vi operi nella veste di organo consultivo e non di autorità investita di funzioni giurisdizionali. L'art. 69 della legge n. 69/2009, novellando gli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971, ha accentuato tali caratteri consentendo la proponibilità della questione di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva e rendendo altresì vincolante il suo parere ai fini del decreto presidenziale decisorio.

¹⁰ Previsione che ammette l'ottemperanza «delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione».

¹¹ Sul punto P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, n. 9, 2010, 2 ss. e 16. Giova, per chiarezza espositiva, riportare l'originaria versione della lett. *d*, che così recitava: «(...) delle sentenze passate in giudicato, e degli altri provvedimenti ad esse equiparati, di quei giudici davanti ai quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanta riguarda il caso deciso, al giudicato». Nella formulazione finale è significativa l'espunzione del riferimento ai «giudici»: esso avrebbe impedito di includere nella previsione il d.P.R. n. decisorio del ricorso straordinario, avente formale veste di provvedimento amministrativo ancorché rivolto ad uno scopo giustiziale.

¹² Trattasi segnatamente del parere del 10 giugno 2010, nel quale la Commissione di Palazzo Madama fa una precisa menzione del decreto decisorio del ricorso straordinario. Vi si legge, infatti: «In linea con i principi enunciati negli artt. 6 e 13 della CEDU, nonché in adesione alla pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si segnala la necessità di inserire, tra

sostanza, quello che la Relazione definisce un «recepimento» si rivela in realtà non essere tale; e non si vede perché tale elemento «omissivo» dovrebbe avere per l'interprete un peso inferiore alle suggestioni che la relazione offre «in positivo».

A monte di tutto questo discorso, campeggia l'interrogativo circa la correttezza di un procedimento ermeneutico che, per essere incentrato su una fonte extralegale (la relazione governativa), potrà forse valere ad afferrare la *mens legislatoris*, ma ben difficilmente può aiutare ad illuminare la *mens legis*.

Si noti poi che i cosiddetti decreti correttivi al Codice successivamente intervenuti nel 2011 (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195) e nel 2012 (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) non hanno inteso cristallizzare in norma l'indirizzo favorevole all'impiego del rimedio così come emerso in giurisprudenza¹³; e ciò – si badi – benché l'art. 44, comma 1, della legge delega n. 69/2009 avesse stabilito per il riassetto del processo amministrativo il «super criterio» dell'adeguamento delle norme vigenti «alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori»¹⁴.

Solo *per incidens*, va dato qui conto di quella opinione secondo cui il predetto art. 44, comma 1, confinando la delega legislativa al solo «riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato», con esclusione perciò del sistema di giustizia amministrativa nel suo complesso, non esibirebbe alcuna volontà del Legislatore, neppure implicita, di estendere l'intervento di riordino al ricorso straordinario¹⁵. L'argomento ha una sicura plausibilità teorica, ma non sembra potersi invocare utilmente *in subiecta materia*, posto che il giudizio di ottemperanza costituisce rimedio processuale (oggetto come tale di «riassetto») quale che sia il provvedimento (sentenza oppure d.P.R. decisorio del ricorso straordinario) rimasto inadempito da parte dell'amministrazione. Perciò il giudizio di che trattasi, proprio in quanto tale, ricade appieno nella delega legislativa del 2009.

In altri termini, il Codificatore avrebbe potuto (in via originaria o in sede correttiva) includere nell'elenco dei provvedimenti suscettibili di (formare oggetto del) giudizio di ottemperanza, oggi rinvenibile nell'art. 112 cod. proc. amm., anche il provvedimento del Presidente della Repubblica. Tale obiettivo poteva essere raggiunto senza alcuna complicazione e, soprattutto, senza intaccare la normativa del rimedio giustiziale in questione; solo un approccio di tal genere, infatti, avrebbe generato il pericolo di frizione con la delega.

le decisioni da ottemperare con il rimedio disciplinato dalla disposizione, anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica rese nel regime della alternatività».

¹³ Vedi le sentenze della Cassazione a Sezioni Unite e del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano citate rispettivamente nelle precedenti note 6 e 7.

¹⁴ Tale «finalità» risulta ovviamente pervadere anche i decreti correttivi in virtù dell'art. 44, comma 4.

¹⁵ Così L. VIOLA, *Ricorso straordinario al presidente della repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *www.federalismi.it*, n. 9, 2011, 8-9.

3. *La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2013*

La rapida panoramica che precede mostra l'estrema problematicità del quadro normativo risultante dall'attuale dato codicistico. Poiché l'art. 112, comma 2, del Codice, sia pure letto con l'ausilio della relazione, non menziona il decreto decisorio presidenziale tra i provvedimenti per i quali possa essere richiesta l'attuazione nelle forme del processo di ottemperanza, è inevitabile che le perplessità sull'ammissibilità del rimedio continuino a trovare cittadinanza nel dibattito scientifico¹⁶.

Nell'intento di superare il vuoto normativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ricompreso tale decreto, formalmente adottato dal Capo dello Stato benché su parere conforme e vincolante del Consiglio di Stato, tra gli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» che, ai sensi della lett. *b* dell'art. 112, comma 2, sono suscettibili di ottemperanza al pari delle «sentenze esecutive»¹⁷.

Questa prospettazione si fonda sull'implicito postulato che il rimedio dell'ottemperanza non possa avere a suo fondamento alcun provvedimento che non promani da un contesto – propriamente e – funzionalmente giurisdizionale (e quindi strutturalmente processuale).

Ma in realtà è proprio tale premessa a destare le più consistenti riserve.

La dottrina ha chiarito che l'affermazione di un asserito carattere «sostanzialmente giurisdizionale» del ricorso straordinario non costituisce presupposto realmente indefettibile per giustificare l'attuale disciplina del rimedio, né per consentire l'esperibilità del giudizio di ottemperanza¹⁸. Detto altrimenti, il riconoscimento della disomogeneità del rimedio giustiziale rispetto a quello giurisdizionale

¹⁶ Nel senso che il Codice del processo amministrativo del 2010 risulti allineato alla giurisprudenza pregressa della Cassazione sulla non esperibilità del ricorso in ottemperanza, essendo state respinte le proposte orientate in senso diverso, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2010, 165.

¹⁷ Tale qualificazione è apertamente sostenuta da Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9 cit., che attribuisce rilevanza «non al profilo nominalistico dell'imputazione formale dell'atto ma al dato sostanziale della paternità ideologica della decisione. Va quindi qualificata come provvedimento esecutivo del giudice amministrativo (...) la decisione su ricorso straordinario che, nonostante la veste formale, abbia come unica motivazione il rinvio al contenuto della decisione giurisdizionale resa dal Consiglio di Stato mediante l'applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza» (così nel punto 5.2.2 della motivazione in diritto). Coerentemente con tale impostazione, l'Adunanza Plenaria ritiene che il ricorso per l'ottemperanza debba essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, cod. proc. amm., innanzi al medesimo Consiglio di Stato, «nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta» (così nel punto 5.2.1). Analogamente v. anche Cass. civ., SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Foro it.*, 2011, 3, I, 742, nonché Cons. Stato, sez. I, par. 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, 11, III, 525.

¹⁸ In tal senso F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, *op. loc. cit.*

non preclude la possibilità di accogliere una soluzione favorevole all'impiego del ricorso in ottemperanza quale indefettibile complemento «esecutivo» del primo.

D'altra parte, è convinzione di chi scrive che l'esperibilità del giudizio di ottemperanza finalizzato ad ottenere «soddisfazione» in chiave esecutiva a seguito del d.P.R. decisorio (favorevole) rappresenti null'altro che un corollario necessario del principio di alternatività tra ricorso al giudice amministrativo e ricorso al Capo dello Stato; principio che ha un significato solo se lo si intende come garanzia della «pari effettività» dei due strumenti di tutela, da assicurare in un quadro di loro diversità strutturale¹⁹.

Va da sé, infatti, che al ricorrente in sede straordinaria importa ben poco di ottenere ragione, se poi (a causa di mezzi processuali preclusivi o scarsamente appropriati) non riesce a farla valere in termini di «effettività esecutiva», passando dall'astrazione di un'affermazione di giustizia al concreto e tangibile appagamento della propria tensione a conservare o acquisire «beni della vita». Quello stesso appagamento, cioè, che avrebbe ottenuto seguendo la via giurisdizionale.

Pertanto, il parallelismo tra rimedio giurisdizionale e rimedio giustiziale richiede che il ricorrente possa conseguire sia “nel” ricorso straordinario che “per mezzo” di esso, ossia grazie al proficuo impiego “esecutivo” del “titolo” che per tale via gli viene riconosciuto, le stesse *utilitates* sostanziali che avrebbe potuto attendersi al termine di un percorso giurisdizionale.

Ove si disconoscesse tale basilare implicazione, si vanificherebbe anche l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui “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”²⁰. L'equiparazione tra i due strumenti «simmetrici» ed «alternativi» – concetti che *ex se* postulano una relazione necessariamente dicotomica e non assimilante tra di essi – perderebbe ogni autenticità; ed anzi la presunta «alternatività» verrebbe relegata ad un'area di sostanziale nominalismo.

4. La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. b del Codice

Pur con le perplessità anzidette in termini di corretta individuazione della natura giuridica del ricorso straordinario, la posizione sopra divisata, fondata sul-

¹⁹ Sembra argomentare in modo convergente anche F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilevi critici all'approccio)*, in *Foro amm.* – CdS, 2009, 1601, il quale invita a sgomberare il campo dagli «*idola fori* della giurisdizione» ed a prendere atto della natura amministrativa del decreto decisorio, impiegando il principio della «effettività della tutela» al fine di «legittimare una interpretazione estensiva della normativa sull'ottemperanza». Analogamente anche A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69/2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008.

²⁰ Così Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3153, in *Foro it.*, 2011, III, 530.

l'art. 112, comma 2, lett. *b* del Codice, proietta riflessi di estremo interesse sul versante della competenza giurisdizionale.

Infatti, ai sensi dell'art. 113, comma 1, del Codice, nel caso della ridetta lett. *b*, il ricorso per ottemperanza si propone «al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta». Aderendo a questo inquadramento, pertanto, il giudizio di ottemperanza può incardinarsi direttamente innanzi al Consiglio di Stato (in quanto organo autore del «provvedimento» da ottemperare) ed in unico grado, così assicurando un robusto collegamento tra cognizione ed esecuzione²¹.

Ma qui affiora un ulteriore *punctum dolens*, posto che l'affermata concentrazione della tutela «esecutiva» nelle mani del Giudice amministrativo apicale costituisce al medesimo tempo una forte criticità della tesi qui in disamina. Basti al riguardo considerare che, in passato, la Consulta ha ritenuto la necessità costituzionale del doppio grado nel processo amministrativo²² e che tale opinione continua talora ad affiorare nella giurisprudenza dei TT.AA.RR.²³. Lo stesso Consiglio di Stato sembra guardare con malcelato disfavore alla «soppressione del doppio grado di giurisdizione, pacificamente riconosciuto anche per le sentenze emesse in sede di ottemperanza quando il gravame non investa mere questioni esecutive, con effetto devolutivo pieno in relazione alla regolarità del rito instaurato, alle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione ed alla fondatezza della pretesa azionata»²⁴.

²¹ Su questo principio v. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2183, in *Foro amm.* – *CdS*, 2013, 4, 932.

²² V. Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 310 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*. Tale ben conosciuta pronuncia ha dichiarato illegittimo l'art. 5, ultimo comma, della legge 3 gennaio 1978, n. 1, il quale (limitatamente alla materia dell'esecuzione delle opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali) sanciva l'inappellabilità delle ordinanze di sospensione cautelare emesse in primo grado. Il Giudice delle leggi ha rilevato un contrasto tra la detta disposizione e l'art. 125, comma secondo Cost. (oggi comma unico, a seguito della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), il quale contempla la creazione di organi di giustizia amministrativa «di primo grado», ed è per tale via pervenuto ad estendere la garanzia del doppio grado anche in relazione alla pronuncia cautelare (intesa come autonoma pronuncia decisoria) resa nel processo amministrativo (conformemente v. anche Cass., sez. I, 15 dicembre 1983, n. 7409, in *Foro amm.*, 1983, 398). Ha osservato la Consulta che la giurisdizione amministrativa «verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse», e ciò renderebbe «opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa». L'argomentazione ha sollevato perplessità, in quanto la Corte non dà conto di come il principio del doppio grado possa non avere rilevanza costituzionale nella materia penale, ove è in gioco addirittura la libertà dell'individuo (v. Corte cost., 26 gennaio 1988, n. 80, in *Giur. cost.*, 1988, 227, con nota di G. SERGES, *Costituzione e doppio grado di giurisdizione*; cfr. anche Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62, in *Giur. cost.*, 1981, I, 351).

²³ V. ad es. TAR Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818, con nota di F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del «nuovo» ricorso straordinario. A margine di Tar Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*.

²⁴ Così Cons. Stato, sez. VI, ord. 1° febbraio 2013, n. 636, in *Foro amm.* – *CdS*, 2013, 2592, con

Non appare d'altronde dirimente appellarsi all'art. 113, comma 1, II parte del cod. proc. amm., ove si esclude il doppio grado del giudizio di ottemperanza per le sentenze del Consiglio di Stato che decidano in difformità rispetto al TAR (manifestando quindi un diverso contenuto dispositivo), ovvero confermino la sentenza di prime cure ma con diversa motivazione (e perciò con diverso contenuto conformativo). È infatti evidente che in tali ipotesi il radicamento della competenza per l'ottemperanza direttamente in capo ai giudici di Palazzo Spada trova un fattore di «compensazione» nel fatto che la controversia ha comunque e necessariamente attraversato un preventivo doppio grado di giudizio in sede di cognizione. Circostanza che, naturalmente, non si verifica per le vertenze decise in sede di ricorso straordinario.

Senonché tale *impasse* sembra poter essere superata alla luce della più recente impostazione emersa in sede dottrinale²⁵, sposata dallo stesso Giudice delle leggi²⁶.

Difatti, tanto in sede scientifica quanto in sede giurisprudenziale, si è in prevalenza pervenuti ad una lettura dell'art. 125 Cost. atta a correggere l'eccessiva «rigidità» originariamente mostrata dalla Consulta.

Primeggia oggi l'idea che l'intenzione del Costituente, soppesata in un'ottica di maggiore flessibilità oltre che di raffinatezza interpretativa, non fosse affatto quella di istituire il doppio grado necessario per tutti i giudizi amministrativi, tanto è vero che nessuna norma costituzionale indica il Consiglio di Stato come giudice (unicamente) di 2° grado.

La previsione fissata nell'art. 125 Cost. è destinata a prendere corpo, piuttosto, per le materie la cui cognizione il Legislatore ordinario decida di attribuire agli organi di giustizia amm.va di 1° grado, oggi identificabili nei TT.AA.RR. In tali evenienze – ed è appunto in ciò che risiede la garanzia costituzionale – le decisioni assunte in prime cure devono potersi sottoporre ad un secondo vaglio in sede di appello²⁷. Di qui la duplice conclusione che al Consiglio di Stato ben po-

nota di P. GOTTI, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza al vaglio dell'adunanza Plenaria*.

²⁵ Nel senso che dall'art. 125 Cost. non sia possibile desumere il riconoscimento del doppio grado di giurisdizione per tutte le sentenze ed ordinanze del giudice amministrativo v. S. CASSARINO, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, I, 1132, secondo il quale la richiamata disposizione costituzionale «non prescrive, neanche implicitamente, che tutte le pronunce» degli organi di giustizia amministrativa di primo grado «indipendentemente dalla loro natura, siano necessariamente impugnabili». Per ulteriori considerazioni e richiami dottrinali sul tema sia consentito il rinvio a S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al TAR per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 433 ss.

²⁶ V. Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 301, in *Foro it.*, 1987, I, 2962 e Corte cost. 31 marzo 1988, n. 395, in *Foro it.*, 1989, I, 2421.

²⁷ Come peraltro ben rilevato da A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 548, nell'assetto costituzionale della giustizia ammini-

trebbero essere devolute, da parte del Legislatore, controversie in unico grado; e che, laddove una controversia venga lasciata alla competenza dei TT.AA.RR., non possa inibirsi l'accesso al Giudice dell'appello²⁸.

Il quadro ricostruttivo sopra tracciato presenta un'immediata conseguenza sul problema oggetto di queste brevi note: se, per disposto costituzionale, la garanzia dell'appello rimane affidata ad una scelta discrezionale del Legislatore, il venir meno del doppio grado di giudizio (di ottemperanza) non sembra costituire un serio ostacolo all'accogliibilità della tesi che radica l'esperibilità del giudizio in parola (a seguito del d.P.R. decisivo favorevole) nella precitata lett. *b* dell'art. 112, comma 2.

La scelta legislativa ravvisata in quest'ultima norma, diretta all'individuazione di una competenza in unico grado del Consiglio di Stato, sarebbe peraltro ispirata ad un criterio di palese ragionevolezza (sì da superare anche un eventuale controllo di costituzionalità), tenuto conto della preminente esigenza, già menzionata, di assicurare la corrispondenza tra giudice della cognizione e giudice dell'ottemperanza; risultato che l'automatica operatività del successivo art. 113, comma 1, consente di perseguire.

5. Segue: *rilievi critici*

Tutto ciò non significa che la prospettazione sinora esposta, ancorata alla più volte menzionata lett. *b*, si sottragga ad ulteriori dubbi; anzi.

Un serio intralcio «testuale» a questa tesi sembra affiorare dalla difficoltà di assegnare al Consiglio di Stato la connotazione di «Giudice» ai sensi della ridetta lett. *b*, posto che tale Consesso, nella sede straordinaria, rende un pronunciamento che innegabilmente, e senza alcuna possibile scappatoia ermeneutica, si atteggia a «parere» (cfr. art. 12 d.P.R. n. 1199/1971).

Illuminata da tale angolo visuale, la questione ripropone tutta la problematicità dell'assunto che ravvisa una natura propriamente giurisdizionale del ricorso straordinario²⁹. Infatti, anche a voler ravvisare la decisione «sostanziale» del ri-

strativa «non è una regola di giudizio (il doppio grado di giurisdizione), ritenuta essenziale al sistema», a presupporre necessariamente la strutturazione in due gradi, ma è, al contrario, la previsione di un articolazione basata sul giudice locale «a comportare la necessaria introduzione di una nuova regola di giudizio (il doppio grado)».

²⁸ Sul punto v. Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 301, cit., e 31 marzo 1988, n. 395, cit., che hanno affermato la legittimità costituzionale di competenze giurisdizionali attribuite in unico grado al Consiglio di Stato. Il principio stabilito dalla Consulta è nel senso che l'art. 125 Cost. comporta soltanto l'impossibilità di attribuire ai Tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado, ma non anche che il Consiglio di Stato debba essere solo giudice di secondo grado.

²⁹ Ed infatti, per la persistente natura di rimedio amministrativo v. soprattutto F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9), in *Giur. it.*, 2013, 11 ss., nonché A. TRAVI, *La «giurisdizionalizzazione» del ricor-*

corso nell'atto consultivo (reso in veste neutrale e con effetto vincolante) che costituisce la matrice giuridica del d.P.R. conclusivo, non può dubitarsi che esso promani da un organo (il Consiglio di Stato) che nel momento in cui si pronuncia (con il parere) non esercita le funzioni di «giudice» e non opera – neppure con larghi margini di approssimazione – nel contesto di un «processo». In senso contrario appare sterile richiamarsi allo *status* del consigliere di Stato, che rimarrebbe immutato nelle sue sostanziali caratteristiche di indipendenza tipiche dell'ordine giudiziario³⁰. Questa prospettiva confonde infatti il profilo soggettivo afferente al *componente* dell'organo con quello – che assume qui preminente rilievo – della *funzione* che l'organo va ad espletare.

Se si condividono tali coordinate dogmatiche, appare quantomeno azzardata l'ipotesi che l'atto consultivo del Consiglio di Stato possa essere disinvoltamente classificato alla stregua di «decisione giurisdizionale», così come l'Adunanza Plenaria è sembrata voler fare³¹.

Né, per aggirare tale complesso di obiezioni, pare accettabile l'avviso secondo cui il d.P.R. decisorio sarebbe da annoverare tra i «provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo». Per quanto tale decreto si caratterizzi formalmente quale «provvedimento esecutivo» (anche a voler intendere la locuzione nel significato prettamente amministrativistico-sostanziale di cui all'art. 21-*quater* della legge n. 241/1990), su un piano soggettivo ancor più conclamata appare la sua provenienza da un organo costituzionale, il Presidente della Repubblica, che la stessa Carta fondamentale colloca al di fuori del potere giurisdizionale.

Non meno discutibile, infine, appare la coincidenza tra il Consiglio di Stato ed il «giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta», secondo la dizione dell'art. 113, comma 1. Vale anche per tale disposizione il rilievo secondo cui in sede straordinaria il Consiglio di Stato opera come organo consultivo e non come «giudice». Da ciò ulteriormente discende che il Consiglio non «emette» affatto il provvedimento da ottemperare: il ricorso in ottemperanza trae origine dal provvedimento decisorio del Capo dello Stato (in assenza del quale sarebbe inammissibile) e non dal (pur necessario e vincolante) parere consiliare. Quest'ultimo, in mancanza (ed in attesa) di recepimento nel provvedimento decisorio, si atteggia a comune (per quanto autorevole) atto consultivo endoprocedimentale.

so straordinario, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss. Nello stesso senso, con dovizia di argomentazioni, Cons. Stato, sez. I, 31 luglio 2014, n. 1033/14, in *Foro it.*, 2014, III, 570, nonché Id., sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, 12, III, 633.

³⁰ Per questo ordine di idee v. Cons. Stato, sez. III, 17 settembre 29010, n. 4160, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹ Come si è già riferito, nella sentenza 6 maggio 2013, n. 9 cit. (cfr. punto 5.2.2 del «diritto») l'Adunanza Plenaria etichetta senza mezzi termini come «decisione giurisdizionale» il pronunciamento reso dal Consiglio di Stato «mediante l'applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza», il rinvio al quale costituisca la «unica motivazione» del d.P.R. decisorio.

6. *La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. d del Codice*

Una differente strada interpretativa può rinvenirsi volgendo lo sguardo alla successiva lett. *d* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm.³².

Tale norma fa richiamo, accanto alle «sentenze passate in giudicato», anche agli «altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza», enunciando nella sua parte finale l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla «decisione».

La previsione potrebbe evocare proprio il d.P.R. decisorio del ricorso straordinario. Ciò sia perché essa nomina gli altri provvedimenti «equiparati» alle sentenze ed il d.P.R., pur non «essendo» sentenza, sicuramente «equivale» ad essa per il principio di alternatività; sia perché impiega il termine «decisione», che riveste un significato non riducibile a quello proprio «sentenza» ed anzi risulta spesso utilizzato dal Legislatore con funzione equipollente a «provvedimento». A tal riguardo sia sufficiente il richiamo all'art. 3, commi 1 e 3, legge n. 241/1990, nonché ai successivi artt. 14-*ter*, commi 3, 5 e 6, 14-*quater*, comma 3.

Si potrebbe eccepire che la «equiparazione» sottesa all'espressione normativa impiegata dalla lett. *d* presupporrebbe pur sempre una «decisione» dotata di connotazioni giurisdizionali, sì da escludere la proponibilità del ricorso in ottemperanza sulla scorta di provvedimenti amministrativi (il d.P.R. decisorio) o di atti consultivi (il parere del Consiglio di Stato). Ma in contrario pare sufficiente rilevare che la formulazione della lett. *d*, se così intesa, avrebbe una scarsa utilità pratica, potendo tutte le ipotesi diverse da quella qui in esame incasellarsi nella altre lettere del comma secondo³³. In altre parole, una interpretazione «utile» della disposizione suggerisce di riferirla proprio al d.P.R. decisorio.

Superato tale scoglio, non è difficile riconoscere i notevoli benefici che scaturiscono dall'inquadramento del giudizio di ottemperanza nella lett. *d*; ciò, almeno, quando si sia disposti a considerare tali tutti i fattori che giovino ad un sensibile rafforzamento della posizione del ricorrente.

In proposito si osserva che la formula onnicomprensiva impiegata da tale lett. *d* («altri provvedimenti» che possano reputarsi «equiparati» alle «sentenze passate in giudicato» e «per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza») presenta il vantaggio, non attingibile dalla precedente lett. *b*, di assegnare al d.P.R. decisorio valore (formale) e forza (sostanziale) di giudicato in tutto e per tutto assimilabile a quelli propri di una sentenza³⁴.

³² Come proposto da Cons. Stato, sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666, cit.

³³ Del resto, il Giudice tributario ha un suo giudizio di ottemperanza disciplinato dall'art. 70 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Lo stesso vale per la Corte dei conti, in virtù dell'art. 10 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

³⁴ Sul punto M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e appalti*, 2011,

Circostanza, questa, da non sottovalutare, considerando che nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti esecutivi, il Giudice amministrativo incontra limiti piuttosto stringenti nell'esplicazione dei propri poteri di ottemperanza.

In simili ipotesi, infatti, l'art. 114, comma 4, lett. *c*, del Codice consente al giudicante unicamente di determinare «le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione», autorizzandolo a provvedere «di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano». Viceversa, in presenza di una sentenza passata in giudicato (o di un provvedimento decisorio ad essa equiparato), il Giudice ha di fronte a sé tutte le opzioni contemplate dalle successive lettere del medesimo 4: egli potrà così ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione (lett. *a*); dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato (lett. *b*); nominare all'occorrenza un commissario *ad acta* (lett. *d*); in assenza di ragioni ostative o di potenziali conseguenze inique, fissare su istanza di parte «la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo» (lett. *e*)³⁵.

Si potrebbe obiettare che il d.P.R. decisorio goda di un «stabilità» minore rispetto a quella propria di una sentenza passata in giudicato, potendo ancora essere impugnato in sede giurisdizionale (anche per *errores in iudicando*) dagli eventuali controinteressati non intimati, in virtù dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971. Ma a ben vedere tale impugnazione può essere accostata ad una opposizione di terzo proposta ai sensi dell'art. 108, comma 1, cod. proc. amm.; rimedio, questo, avente pacifico carattere straordinario in quanto proponibile anche avverso sentenze passate in giudicato, purché nel termine di cui all'art. 92, comma 2, cod. proc. amm.³⁶.

541 ss.; nonché G. MANCOSU, *Luci ed ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, n. 22, 2011.

³⁵ Il richiamo testuale al «giudicato» operato dalla citata lett. *e* potrebbe indurre a negare il potere giudiziale di disporre *astreintes* a fronte di successive inadempienze dell'amministrazione ai precetti comportamentali impartiti dai d.P.R. n. decisori. In senso contrario vale tuttavia ribadire che l'art. 112, comma 2, lett. *d*, autorizza l'interprete ad immaginare un'area di provvedimenti «equiparati» in tutto e per tutto al giudicato, che a buona ragione potrebbe abbracciare il provvedimento presidenziale. Ora, se tale equiparazione ha un senso, lo ha proprio perché i poteri del giudice godono della pienezza propria dei giudizi di ottemperanza al giudicato. Comunque, anche a voler rifiutare questa lettura, va rilevato che nell'economia della lett. *e* il potere del giudice di fissare «la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva» non viene immediatamente ricollegato al concetto di giudicato; al quale risulta invece riferita, testualmente, la sola ipotesi del ritardo esecutivo.

³⁶ Per tutti v. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1862, in *Foro amm.* – *CdS*, 2014, 1082; Id., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1178, in *Foro amm.* – *CdS*, 2014, 817.

È poi vero che parlare di «giudicato» in relazione ad un pronunciamento reso al di fuori della sede giurisdizionale ed in assenza delle garanzie costituzionali proprie del «giusto processo» (art. 111 Cost.) potrebbe suscitare qualche resistenza³⁷. Vale però sottolineare, in contrario, che la lett. *d* si limita a parlare di «equiparazione» al giudicato, mostrando di non volersi addentrare in indesiderabili confusioni concettuali tra «giudicato» e provvedimenti «altri» (solo) paragonabili al primo.

Non va del resto mai trascurato il tratto della «alternatività» che contraddistingue il rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. Tale caratteristica implica pari effettività di tutela tra i due rimedi. Essa non sarebbe quindi riconoscibile se al Giudice incaricato di rendere tutela esecutiva al ricorrente vittorioso in sede straordinaria si inibisse l'attivazione di *tutti* i poteri propri dell'ottemperanza (quali enunciati dalle diverse lettere dell'art. 114, comma 4 del Codice), esattamente come se si trattasse della sentenza che «alternativamente» al percorso giustiziale il ricorrente avrebbe potuto conseguire.

Né può sottacersi, guardando allo stretto terreno della patologia provvedimentale, che gli atti amministrativi adottati in violazione o elusione del giudicato risultano affetti da nullità, come previsto dal già citato art. 114, comma 4, lett. *b*; mentre al contrario, se il fenomeno elusivo o violativo si riconnette ad un provvedimento (semplicemente) esecutivo, gli atti dell'amministrazione risultano «inefficaci» ai sensi della lett. *d*.

L'invocazione dell'art. 112, comma 2, lett. *d*, può pertanto condurre ad una declaratoria di radicale nullità (e non di mera inefficacia limitata al profilo effettuale) degli atti contrastanti con il d.P.R. decisorio del ricorso straordinario, così incrementando (in un'ottica di completa parificazione alla tutela giurisdizionale «alternativa») il livello di protezione del ricorrente a fronte di condotte «riottose» della P.A. soccombente in sede straordinaria.

³⁷ Per questa notazione v. Cons. Stato, sez. VI, ord. 1° febbraio 2013, n. 636, cit. Il profilo è toccato anche da Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978, cit. Per quanto alcune argomentazioni leggibili in tale ultima pronuncia siano oggi superate per via della vincolatività conferita al parere del Consiglio di Stato, rimane la constatazione che il procedimento di ricorso straordinario non si svolge davanti ad un «giudice terzo e imparziale», così come prescritto dall'art. 111, comma 2, Cost. Inoltre il contraddittorio non ha la stessa ampiezza propria della giurisdizione; né può dubitarsi che i compiti istruttori assegnati all'autorità ministeriale (la quale non di rado assomma in sé anche la veste di parte resistente) possano talora condurre ad una rappresentazione dei fatti non del tutto fedele. Certamente il Consiglio di Stato potrà esercitare poteri istruttori suoi propri nel caso in cui l'attività ministeriale non abbia avuto quella «accuratezza» che sarebbe consigliabile (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2003, n. 881, in *Foro amm.* – *CdS*, 2003, 1996), ma difficilmente può contestarsi che «il procedimento ha (...) per protagonista un'autorità amministrativa», come affermato nella citata sentenza n. 15978/2011. In generale sulla tematica del giusto processo e delle relative garanzie, anche nell'imprescindibile contesto comunitario, sia consentito rinviare a S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, spec. cap. I.

7. Segue: rilievi critici

Ma anche la concezione da ultimo illustrata si espone ad alcune perplessità, atteso che, in forza dell'art. 113, comma 2, cod. proc. amm., l'ottemperanza proposta ai sensi della prefata lett. *d* è soggetta alla cognizione del TAR «nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza».

Come dunque si scorge agevolmente, la riconduzione del ricorso in ottemperanza alla menzionata lett. *d* esige una scomoda forzatura di ordine «testuale», in quanto comporta la necessità di intendere locuzione «giudice» di cui all'art. 113, comma 2 «in senso ampio e necessariamente atecnico»³⁸; e ciò proprio perché il Consiglio di Stato nella sede straordinaria si vede investito del (formale) ruolo di consulente e non di giudicante.

Né un siffatto «atecnicismo», al di là della sua intrinseca distonia nell'ambito di un ragionamento giuridico, può trovare conforto nell'argomento secondo cui, a mente dell'art. 112, comma 1, lett. *e*, cod. proc. amm., alla categoria dei «giudici» andrebbero ricondotti anche gli arbitri³⁹. In realtà, a voler leggere con obiettività la lett. *e* ora detta, in nessuna sua parte essa avalla una confusione tra giudici ed arbitri. Anzi la specificazione dedicata dal Codificatore all'autonoma ottemperabilità dei lodi arbitrali sembra finalizzata proprio ad evitare una simile sovrapposizione (quale si sarebbe potuta ingenerare sulla base della precedente lett. *d* e la conseguente indebita dilatazione della nozione di «giudice»).

Ma ancora altre valutazioni critiche si addensano sul profilo della competenza a conoscere del ricorso in ottemperanza, così come disegnato dall'art. 113, comma 2, cod. proc. amm.

Poiché il Consiglio di Stato ha sede nella circoscrizione del Lazio, la posizione ermeneutica qui analizzata «costringe» il ricorrente in sede di ottemperanza ad agire in ogni caso avanti al TAR del Lazio. Nella circoscrizione di detto TAR, del resto, operano altresì il Presidente della Repubblica ed il Ministro competente per la fase istruttoria.

Risulta perciò evidente che la prospettiva fondata sull'applicazione della lett. *d* vanifica definitivamente i criteri di collegamento territoriale fissati nell'art. 13 del Codice, dal momento che il TAR laziale potrebbe non presentare alcun elemento di connessione con la controversia definita in sede straordinaria.

Inoltre, la soluzione fondata sulla lett. *d* pare inidonea a garantire il principio (destinato a rivivere solo nell'eventuale grado di appello) che, privilegiando il collegamento tra cognizione e esecuzione, postula la tendenziale coincidenza tra il Giudice chiamato ad eseguire la decisione (e quindi ad interpretarla, integrarla e

³⁸ Così Cons. Stato, sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666, cit.

³⁹ Lo spunto è evincibile sempre da Cons. Stato, sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666, cit.

precisarla nelle sue statuizioni) e quello che l'ha pronunciata⁴⁰. Criticità, questa, che emerge distintamente allorché venga proposta, ai sensi dell'art. 112, comma 5, cod. proc. amm., l'ottemperanza che in altro scritto abbiamo denominato «delucidativa»⁴¹. Poiché tale strumento è finalizzato esclusivamente ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, caratterizzandosi conseguentemente per una netta prevalenza della componente cognitoria su quelle di esecuzione di ottemperanza⁴², appare particolarmente conveniente che a porre o chiarire le *normae agendi* del d.P.R. decisorio cui la p.a. dovrà conformarsi sia lo stesso giudice che ha reso il parere sulla cui base (vincolante) il provvedimento è stato adottato.

Tale ordine di considerazioni sembra quindi dare nuova linfa alla giurisprudenza propensa a fare leva sull'art. 112, comma 2, lett. *b*, con conseguente operatività dell'art. 113, comma 1, del Codice; norma da cui – come visto – può inferirsi che il ricorso proposto al fine di ottenere l'ottemperanza al decreto presidenziale di accoglimento in un ricorso straordinario al Capo dello Stato, adottato a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, debba essere proposto allo stesso Consiglio⁴³.

8. Notazioni conclusive

La conclusione che emerge all'esito della breve analisi sin qui condotta è che, nel complicato assetto codicistico attuale, nessuno dei due percorsi interpretativi sopra descritti resta immune da insidie.

È indubitabile che l'autorevolezza della sentenza n. 9/2013 abbia conferito una certa «solidità» alla soluzione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. *b*, del Codice, rendendola parte del diritto (processuale) vivente; e ciò tanto più alla luce del precedente art. 99, comma 3, che rinsalda il «vincolo» esplicito dalla pronunce dell'Adunanza Plenaria nei confronti delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato.

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2183, cit. Quanto detto nel testo deriva dalla pacifica natura mista del giudizio di ottemperanza. Esso mescola in sé elementi dell'esecuzione e della cognizione, abilitando il giudice, allorché la regola posta dal giudicato amministrativo effettivamente sussista, ma si riveli implicita o incompleta, a dettare tutte le specificazioni necessarie per assicurare l'effetto conformativo della pronuncia, nell'ottica di un giudicato a formazione progressiva. Per questa elaborazione v. esemplificativamente Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2013, n. 6159, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 3528; Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 2, 414; Id., sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796, in *Foro it.*, 2009, 5, III, 250.

⁴¹ Cfr. S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 611.

⁴² S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, loc. cit.

⁴³ Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2013, n. 5162, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 2715. Ovviamente tale convincimento si scontra con le non lievi difficoltà già rilevate nel testo.

Tuttavia, ben autorevoli risultano gli appunti dottrinali mossi all'impianto della pronuncia⁴⁴. Anche a voler prescindere dalle pecche di ordine «testuale» e «funzionale» già evidenziate⁴⁵, l'Adunanza Plenaria non pare riuscita nell'intento di demolire compiutamente le ragioni addotte a sostegno del diverso inquadramento dell'ottemperanza nella lett. *d* del ridetto comma 2. Ciò soprattutto in considerazione del fatto – esso pure segnalato – che, almeno secondo una diffusa corrente di pensiero, proprio in quella previsione (e non nella lett. *b*), siccome rivisitata sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalle competenti Commissioni parlamentari, il Codificatore aveva inteso inserire un'«apertura» al rimedio in questione⁴⁶.

Un simile scenario, ancora denso di incertezze, suggerisce allora una presa di posizione chiara del Legislatore, che valga ad accreditare definitivamente l'impostazione sposata dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa; o, come sembra preferibile, a recepirne la sola indicazione finale (circa la ammissibilità del giudizio di ottemperanza in forza della lett. *d*), senza tuttavia avallare una compiuta «metamorfosi» del ricorso straordinario in strumento giurisdizionale, così come vorrebbero le recenti suggestioni avanzate da giudici e commentatori⁴⁷.

Difatti, una totale assimilazione di tale rimedio a quello giurisdizionale non solo ne ridurrebbe in modo apprezzabile la pratica utilità, ma ne indebolirebbe sensibilmente le ragioni di sopravvivenza nel sistema dei rimedi giustiziali.

⁴⁴ Si vedano i contributi di F.G. COCA ed A. TRAVI già citati.

⁴⁵ V. *supra*, § V. Tali elementi, come si è potuto verificare, nascono dall'ambigua relazione tra il Consiglio di Stato che si pronuncia in sede consultiva e la nozione di «giudice»; nozione che a fatica si adatta all'esercizio di una funzione diversa da quella giurisdizionale e ad un contesto non (propriamente) processuale.

⁴⁶ V. *supra*, § II.

⁴⁷ D'altra parte, la dottrina ha da tempo acclarato l'assenza di impedimenti di ordine costituzionale a che il Legislatore ammetta il giudizio di ottemperanza per provvedimenti diversi da quelli giurisdizionali: cfr. in part. L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 691 ss.

Graziana Urbano*

L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

SOMMARIO: 1. La ricostruzione dell'istituto nel confronto tra i più rilevanti interventi legislativi e i principali approdi giurisprudenziali. La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza. – 2. La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza secondo il giudice amministrativo. – 3. La natura sostanzialmente giurisdizionale. – 4. L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza. – 5. Ulteriori profili ricostruttivi. – 6. La posizione dell'adunanza plenaria sulla natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario. – 7. La posizione dell'adunanza plenaria sul giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza. – 8. La ricostruzione dottrinale del ricorso straordinario. – 9. La prima dottrina sostenitrice della natura amministrativa, *ante legem* n. 69/2009. – 10. La recente dottrina sostenitrice della natura giurisdizionale, *post legem* n. 69/2009. – 11. La posizione della dottrina sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza. – 12. Il ricorso come rimedio giustiziale amministrativo. – 13. Osservazioni conclusive.

1. *La ricostruzione dell'istituto nel confronto tra i più rilevanti interventi legislativi e i principali approdi giurisprudenziali. La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza*

La natura giuridica della decisione su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e, di riflesso, la questione relativa alla competenza del giudice idoneo a pronunciarsi sul ricorso per la sua ottemperanza hanno sempre interessato la giurisprudenza e la dottrina amministrativistica, sin dal momento dell'introduzione dell'istituto nell'ordinamento con il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, se non ancor prima con la legge del Regno di Sardegna 30 ottobre 1859, n. 3707.

La complessità della natura giuridica di questo istituto di tutela c.d. giustiziale ha attraversato un ampio arco temporale, segnato recentemente da interventi legislativi – tra cui, in particolare, l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo – e da rilevanti pronunce giurisprudenziali che hanno contribuito a definirne i tratti essenziali.

Tra quest'ultime, senza ombra di dubbio, meritano particolare attenzione le

* *Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università LUM Jean Monnet – Bari.*

due sentenze “gemelle” dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato che si distinguono non solo per aver preso una posizione sulle questioni innanzi esposte, ma anche per la puntuale ricostruzione della disciplina del ricorso straordinario.

Il supremo consesso della giustizia amministrativa, ai sensi dell’art. 99 cod. proc. amm., si è finalmente pronunciato, con le sentenze nn. 9 e 10/2013, in ordine alla *vexata quaestio* circa la natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, oggetto di forti contrasti giurisprudenziali: nonostante non abbiano espressamente esplicitato i principi di diritto sulle questioni loro sottoposte (per intenderci, mediante il virgolettato¹, le sentenze permettono distintamente di individuarli per la chiarezza espositiva che le connota e per la ragionata ricostruzione dell’istituto.

In altri termini, i principi di diritto, in forza dell’art. 99, comma 3, cod. proc. amm., non sono espressamente indicati dalle pronunce, ma sono facilmente individuabili per la chiarezza delle argomentazioni esposte che conducono il giudice amministrativo a stabilire che il decreto del Presidente della Repubblica ha natura sostanzialmente giurisdizionale e che, in quanto tale, è suscettibile di ottemperanza², in unico grado, dinanzi al Consiglio di Stato.

Sono fondamentalmente due gli orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali), diametralmente opposti l’uno rispetto all’altro, formatisi attorno alla natura della decisione del Presidente della Repubblica, alla conseguente ammissibilità o meno del giudizio per la sua esecuzione e, laddove proponibile, all’individuazione dell’autorità giurisdizionale competente.

Il termine di confronto verte principalmente sulla configurazione giuridica dell’atto conclusivo del procedimento iniziato con il ricorso straordinario, ossia la decisione del Presidente della Repubblica, se collocabile tra i provvedimenti amministrativi o, al contrario, tra le decisioni giurisdizionali. L’adesione all’uno o all’altro orientamento giurisprudenziale comporta una differente costruzione della disciplina, soprattutto in relazione alla proponibilità del ricorso per l’ottemperanza.

Un dato appare assai interessante: della questione non si è occupata solo (e diffusamente) la giurisprudenza amministrativa; su di essa si è pronunciato più volte anche il supremo consesso dell’autorità giudiziaria ordinaria, nonché la Corte costituzionale e, addirittura, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea. In sostanza, il dibattito ha coinvolto “a tappeto” tutti gli organi giurisdizionali, a conferma della particolare importanza dell’istituto che abbraccia variegati profili all’interno dell’ordinamento.

¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1, 17 ss.; E. FOLLIERI, *L’introduzione del principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it* e in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1237 ss.

² Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 1951, n. 430, tra le prime decisioni a ritenere ammissibile il giudizio di ottemperanza in caso di mancata esecuzione della decisione del Presidente della Repubblica di accoglimento del ricorso.

Gli orientamenti giurisprudenziali che ci si appresta ad esaminare sono particolarmente condizionati dalle tappe legislative che hanno segnato la disciplina sul ricorso straordinario. La cesura è rappresentata dai recenti interventi legislativi del 2009: in un primo momento, l'orientamento prevalente era nel senso di riconoscere al ricorso straordinario natura amministrativa; successivamente, in senso opposto, l'indirizzo giurisprudenziale ne ha sostenuto la natura sostanzialmente giurisdizionale.

Un primo orientamento giurisprudenziale, quello tradizionale, che ha visto coinvolti sia la giurisprudenza amministrativa sia la Corte di Cassazione sia il giudice comunitario, riteneva il ricorso straordinario al Capo dello Stato un rimedio amministrativo. Esso, strettamente condizionato dalla risalente distinzione tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, intendeva il ricorso straordinario come un rimedio, pur sempre di carattere tutelare, ma di natura sostanzialmente amministrativa.

Le argomentazioni che lo sostenevano originavano dalla disamina della legge del Regno di Sardegna del 1859, già citata; precedentemente ad essa, non vi era alcuna disposizione, neanche nello Statuto Albertino del 1848, che disciplinasse il ricorso straordinario. Durante il Governo Rattazzi, tra le quattro leggi di riordino del contenzioso amministrativo, fu la legge del 30 ottobre 1859, n. 3707³, a prevedere l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato (si ricordi, allora organo della Corona) sul ricorso straordinario al Re⁴.

Il ricorso al Re era, quindi, l'unico strumento di tutela alle istanze in via di giustizia e di grazia avverso provvedimenti sia giudiziari sia amministrativi, una volta acquisito il parere di quello che era il Consiglio dei memoriali, fusi, successivamente, nel Consiglio di Stato⁵.

All'indomani dell'unificazione del Regno d'Italia, a occuparsi dell'uniformità legislativa del nuovo regno fu, come noto, la legge 20 marzo 1865, n. 2248 il cui allegato D sul Consiglio di Stato riprodusse quasi fedelmente la previgente legge del 1859, aggiungendo solamente un ulteriore obbligo consistente nella deliberazione del Consiglio dei Ministri, nel solo caso, però, di adozione di un provvedimento decisorio del ricorso difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato⁶.

La successiva legge 31 marzo 1889, n. 5992, che segna la nascita del sistema di giustizia amministrativa, istituendo la sezione IV del Consiglio di Stato, all'art. 7⁷

³ Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014) che ricostruisce l'istituto in esame.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131. Cfr. anche V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901.

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014).

⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁷ L'art. 7 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, prevedeva che «Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso alla sezione quarta non è ammesso se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica.

regolò il rapporto tra ricorso straordinario e ricorso alla neonata sezione IV (la cui natura giurisdizionale fu chiarita successivamente), stabilendo il principio della alternatività, ossia l'inammissibilità di quest'ultimo, laddove contro il provvedimento definitivo fosse stato presentato ricorso al Re in sede amministrativa⁸. In sostanza, la legge individuò nel ricorso giurisdizionale al Consiglio un ulteriore canale di tutela, alternativo, invero, al tradizionale ricorso al Sovrano⁹.

Più significativa è chiaramente la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V sezione del Consiglio di Stato con funzione precipuamente giurisdizionale, che relativamente al ricorso straordinario prevede, all'art. 2¹⁰, il termine perentorio, prima assente, di 180 giorni per la proposizione e l'obbligo della notificazione; mentre all'art. 4¹¹, si ravvisa una maggiore preferenza nei confronti del ricorso giurisdizionale¹². Siffatta specifica disciplina sul ricorso straordinario influenzò, per un breve periodo, una parte della giurisprudenza amministrativa che, per prima, si spinse a ritenere il ricorso come un vero e proprio rimedio giurisdizionale¹³.

Tale ricorso non è più ammesso quando, contro il provvedimento definitivo, si sia presentato ricorso al Re in sede amministrativa, secondo la legge vigente».

⁸ Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014) che precisa che la disposizione fu riportata con la medesima formulazione nell'art. 28, comma 2, del r.d. 2 giugno 1889, n. 6166. Aggiunge che nel regio decreto il ricorso straordinario era menzionato nell'art. 12 del Titolo II concernente la funzione consultiva del Consiglio di Stato e non nel Titolo III attinente la funzione giurisdizionale.

⁹ Cfr. P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 12 ss.

¹⁰ L'art. 2 della legge 7 marzo 1907, n. 62 andava a modificare l'art. 12 della legge sul Consiglio di Stato (testo unico approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166) e prevedeva che «L'art. 12, nn. 3 e 4, primo capoverso, della legge 2 giugno 1889, n. 6166 (serie 3^a) e l'art. 23 della legge stessa sono rispettivamente modificati con la sostituzione delle disposizioni che seguono: art. 12, n. 3. – Sulla esecuzione delle provvisori ecclesiastiche, per lo quali occorre il decreto Reale, n. 4, primo capoverso. – Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi, sui quali siano esaurite o non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica. Tali ricorsi non saranno più ammessi dopo 180 giorni da quello, in cui il ricorrente ebbe comunicazione del provvedimento; e saranno notificati all'autorità che abbia emesso il provvedimento e a chi vi abbia interesse diretto nei modi stabiliti dal regolamento».

¹¹ L'art. 4 della legge 7 marzo 1907, n. 62 prevedeva che «Dopo l'art. 28, comma 2, della legge suenunciata [legge 2 giugno 1889, n. 6166], è aggiunto il seguente capoverso:

Tuttavia quando il provvedimento si riferisce direttamente ad altri interessati, il ricorso al Re non può essere proposto se non siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale; ovvero quando nessuno degli interessati abbia dichiarato entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso al Re di fare opposizione. In caso contrario il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale».

¹² Cons. Stato, sez. I, parere 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014) che individua i medesimi caratteri sostanziali nei successivi r.d. 17 agosto 1897, agli artt. 12 e 16, e r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, agli artt. 16 e 34.

¹³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 1° aprile 1909, n. 243, in *Riv. amm.*, 1909, richiamata da L. CAR-

Ma fu subito abbandonata, anche per la spiccata *voluntas* sottesa alle disposizioni dell'epoca che sostenevano la natura amministrativa del ricorso straordinario inteso come un rimedio generale di legittimità avverso provvedimenti definitivi, perché frutto di un procedimento amministrativo che si conclude con un atto amministrativo di giustizia avente la forma del decreto reale, adottato sul parere espresso dal Consiglio di Stato, obbligatorio e non vincolante¹⁴.

Siffatto rimedio era concorrente alla tutela giurisdizionale offerta dal giudice ordinario, anche in caso di lesione di diritti soggettivi derivanti da un provvedimento amministrativo, sulla scorta dell'ancora mancato riconoscimento dell'interesse legittimo e della sua autonomia da parte dell'ordinamento.

La straordinarietà che lo connotava, invero, era relativa al rapporto con i ricorsi gerarchici, in quanto il ricorso straordinario al Re poteva essere proposto solo dopo aver esperito i rimedi ordinari¹⁵.

Lo scenario è stato inciso, seppur moderatamente, dall'entrata in vigore della Costituzione che attribuisce formale ed espresso riconoscimento al ruolo del Presidente della Repubblica, senza fare alcuno espresso riferimento, però, al ricorso straordinario.

Nonostante le perplessità sulla opportunità di mantenere in vita l'istituto *de quo*, manifestate anche nei lavori dell'Assemblea costituente, esso fu confermato¹⁶ sia con l'art. 7 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018¹⁷, che modifica il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sia con l'art. 23, comma 3, dello Statuto della regione Sicilia (chiaramente relativamente al ricorso straordinario al Presidente della Regione)¹⁸.

BONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. offre un'attenta e approfondita ricostruzione storica del ricorso straordinario.

¹⁴ Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014) che precisa che la natura amministrativa del ricorso emerge bene dalle leggi richiamate, ossia la legge del 1865 e la legge del 1859, che trattano sia l'attività giurisdizionale sia quella amministrativa del Consiglio di Stato.

¹⁵ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 5 della motivazione.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014).

¹⁷ L'art. 7 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 prevedeva che «Per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e per il ricorso principale o la domanda incidentale di sospensione al Consiglio di Stato è istituita una tassa fissa di L. 2000. La tassa è introitata dall'Ufficio del registro unitamente alle tasse di bollo dovute in modo virtuale per gli atti predetti, a norma delle disposizioni di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3268, e successive modificazioni. Il deposito per il ricorso per revocazione di decisioni del Consiglio di Stato, previsto dall'art. 84 del regolamento approvato con regio decreto 17 agosto 1907, numero 642, è elevato a lire 6000. Le disposizioni di questo articolo entrano in vigore il sessantesimo giorno dalla data della pubblicazione della presente legge».

¹⁸ L'art. 23 del Regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 prevedeva che «Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione.

Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgeranno altresì le funzioni, rispetti-

L'assetto legislativo, quindi, rimase per lo più invariato, ma iniziò ad affermarsi forte l'idea del ricorso al Re, *rectius* ricorso al Presidente della Repubblica, come un rimedio amministrativo, in virtù, soprattutto, dell'*iter* procedimentale nel quale spettava all'organo politico (il Ministro competente per materia) il potere di accogliere o rigettare il ricorso proposto, rilegando il Capo dello Stato a un ruolo marginale e prevalentemente formale¹⁹.

Il breve *excursus* evolutivo è segnato significativamente da due tappe: l'una inerente l'intervento del legislatore di sistematizzazione dell'istituto avvenuto con il d.P.R. del 24 novembre 1971, n. 1199; l'altra attinente l'apporto della giurisprudenza comunitaria, con la sentenza 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69/96 e 79/96 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁰.

Il primo, rubricato "*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*", disciplina dall'art. 8 all'art. 15 il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. In questa disciplina legislativa converge il graduale mutamento della funzione del ricorso straordinario: da quella originaria di strumento di tutela amministrativa (o c.d. "ritenuta") a quella più propriamente giustiziale tendente alla giurisdizionalità. Non è una mera coincidenza che nello stesso anno, il 1971, il legislatore abbia, da una parte, consolidato la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo con la creazione dei Tribunali amministrativi regionali (con legge 6 dicembre 1971, n. 1034) e, dall'altra (anche in virtù di siffatto rafforzamento), disciplinato il rimedio giustiziale del ricorso straordinario come strumento di tutela alternativo rispetto alla giurisdizione amministrativa²¹ e concorrente con la giurisdizione ordinaria.

Rilevante è, soprattutto, quanto sostenuto dal giudice comunitario che per primo inizia a mettere in dubbio, incidentalmente, la natura amministrativa del ricorso *de quo*. Esso, esaminando la procedura per la decisione del ricorso straordinario, si è concentrato principalmente sul ruolo del Consiglio di Stato, ritenendolo giudice (nazionale) abilitato ad adire la Corte di giustizia su questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario e, per questo, riconoscendogli

vamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile. I magistrati della Corte dei conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione. I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente regionale, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato». Successivamente, cfr. la conversione in legge cost., 26 febbraio 1948, n. 2, dello Statuto della Regione siciliana, approvato col d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131. Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014) che evidenzia bene l'*iter* procedimentale: il Ministro era competente per l'istruzione e la decisione; la garanzia era data dal parere, pur non vincolante del Consiglio di Stato, organo di tutela della giustizia nell'amministrazione, ai sensi dell'art. 100 Cost.; la forma era quella del decreto del Presidente della Repubblica.

²⁰ Cfr. Corte giustizia CE, sez. V, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Cons. Stato*, 1997, II, 86.

²¹ Cfr. Cass., sez. riunite, 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.3 del Cons. dir.

la funzione giurisdizionale anche quando emette il parere nel corso del procedimento su ricorso straordinario.

In sostanza, secondo il giudice comunitario, ai sensi dell'art. 234 del Trattato sull'Unione Europea²², sussiste l'esercizio della funzione giurisdizionale di un organo interno allo Stato membro, allorché quest'ultimo sia idoneo a sollevare questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia; pertanto, riconosciutagli siffatta idoneità, il Consiglio di Stato è da ritenersi organo giurisdizionale anche nella procedura sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Ad avviso della giurisprudenza comunitaria, sono molteplici gli elementi che accomunano l'organo decidente (individuato nel Consiglio di Stato) sul ricorso straordinario all'organo giurisdizionale: tra tutti si pensi alle condizioni di esperibilità del ricorso, al *petitum* e ai motivi di doglianza, al rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e del principio di imparzialità dell'organo giudicante²³.

La giurisprudenza nazionale (e parte della dottrina²⁴ ha, tuttavia, disatteso l'intervento della giurisprudenza comunitaria, ritenendo, anzi, un po' forzato l'accostamento delle norme del diritto comunitario agli istituti del diritto nazionale. In particolare, nell'ottica di uniformità e di unitarietà degli istituti giudici dei diversi ordinamenti nazionali che ispira la giurisprudenza comunitaria mirata ad assicurare il rispetto del diritto comunitario, la Corte di Giustizia avrebbe individuato elementi comuni a istituti che sono, invece, del tutto differenti, giungendo a considerare giurisdizionale un organo (il Consiglio di Stato) che, nell'ambito del procedimento di cui si tratta, avrebbe un ruolo solo servente e strumentale e, quindi, un potere consultivo e non decisorio, rispetto all'organo al quale l'ordinamento nazionale riserva il potere di annullamento che è il Capo dello Stato; in quest'ottica, quindi, la decisione di annullamento avrebbe natura chiaramente amministrativa²⁵.

Invero, la giurisprudenza, anche ordinaria²⁶, per lungo tempo ha optato a favore dell'inquadramento del ricorso *de quo* tra i provvedimenti amministrativi,

²² L'art. 234 del TUE stabilisce che «La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione del presente trattato; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE; c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia».

²³ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

²⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato (nota alla sent. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9)*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2377.

²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

²⁶ Cfr., Cass., S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978. Precedentemente, Cass., S.U., 2 ottobre 1953,

tracciandone le linee essenziali. In particolare, ha rilevato, tra di esse, la natura amministrativa dell'organo decidente che conclude la procedura giustiziale, assolutamente non vincolata al parere espresso dal Consiglio di Stato – da cui può anche discostarsi –, disattendendo, così, i principi di terzietà e di imparzialità che guidano, invece, lo *spatium deliberandi* dell'organo giurisdizionale. Le argomentazioni addotte portavano, quindi, a concludere circa l'inammissibilità del ricorso in ottemperanza²⁷ e del ricorso per Cassazione, *ex art. 111 Cost*²⁸.

Ulteriore argomentazione è incentrata su un “mascherato” meccanismo di alternatività tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale: esso cede a fronte della preferenza espressa dal legislatore per il ricorso giurisdizionale nell'art. 10, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971, quando attribuisce ai controinteressati la facoltà di rendere improcedibile il ricorso straordinario, laddove avanzino al ricorrente e all'autorità amministrativa emanatrice dell'atto la richiesta di trasporlo in sede giurisdizionale²⁹.

A tal proposito, qualche breve riflessione merita il principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, la cui *ratio* precauzionale, agevolmente individuabile, consiste nell'impedire un eventuale contrasto di giudizi sul medesimo provvedimento³⁰. L'operatività del principio, dettato nell'art. 8, comma 2, d.P.R. n. 1199/1971³¹ e nell'art. 20, comma 4, della legge TAR³², prevede che *electa una via non datur recursus ad alteram*; pertanto, il principio disciplina le dinamiche tra i due diversi ricorsi proposti nelle diverse sedi giurisdizionale e straordinaria, avverso gli stessi provvedimenti, da parte dello stesso ricorrente, stabilendo che la proposizione del ricorso giurisdizionale, anche in ragione delle maggiori garanzie con esso offerte, esclude quello straordinario.

n. 3141, in *Riv. amm.*, 1954, 244; Cass., S.U., 28 settembre 1968, n. 2992; Cass., S.U., 29 marzo 1971, n. 903.

²⁷ Cfr., Cass., S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2002, 229 ss. con nota di I. CACCIAVILLANI, *L'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario: una negazione ingiustificata*.

²⁸ Cfr. Cass., S.U., 17 gennaio 2005, n. 734; Cass., S.U., 29 marzo 1971, n. 903; Cass., S.U., 11 novembre 1988, n. 6075.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che richiama Cass., S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978.

³⁰ TAR Campania, Salerno, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 872 secondo cui «il giudice deve necessariamente pronunciarsi, con il rischio che la sua decisione si ponga in conflitto con la pronuncia del Consiglio di Stato, in sede consultiva». In tal senso anche Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2003, n. 1681; TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2003, n. 1858; Cons. Stato, sez. III, 16 maggio 2002, n. 726.

³¹ L'art. 8, comma 2, d.P.R. n. 1199/1971 prevede che «Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato».

³² L'art. 20, comma 4, legge n. 1034/1971 stabilisce che «Quando sia stato promosso ricorso al tribunale amministrativo regionale è escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica».

Il principio, in sostanza, regola l'eventuale conflitto tra i due ricorsi nei termini di esclusività di uno dei rimedi (una volta esperito) e, al contempo, di cedevolezza del ricorso straordinario, nel medesimo arco temporale, laddove preveda che se si procede prima con ricorso giurisdizionale, diventa immediatamente inammissibile il ricorso straordinario.

Medesimo meccanismo di inammissibilità vale, però, anche al contrario: il ricorso giurisdizionale diviene inammissibile, laddove prima sia stato proposto il ricorso straordinario³³, chiaramente avverso il medesimo provvedimento e da parte del medesimo ricorrente. Il principio si è a tal punto affermato e consolidato che si è estesa la sua applicazione anche alle ipotesi di impugnativa di atti distinti, purché legati tra loro da un nesso di presupposizione³⁴.

Dello stesso avviso era anche la giurisprudenza costituzionale³⁵ che aveva dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato, perché non gli riconosceva natura giurisdizionale quando interviene, con un parere, nel procedimento per la decisione del ricorso straordinario. Ad avviso della Corte, la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale, in virtù di quanto dettato nell'art. 14, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971³⁶, secondo cui la decisione del ricorso è adottata sempre con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente, il quale, però, se intende proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri: in sostanza, la disposizione confermerebbe la natura amministrativa dell'organo decidente, attesa la natura evidentemente non giurisdizionale del provvedimento per la natura dell'organo emittente.

³³ Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 872 e Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2005, n. 1852.

³⁴ TAR Campania, Salerno, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 872, che, nelle considerazioni in diritto, richiamando la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2005, n. 1852, precisa che «la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e quello giurisdizionale, sancita dall'art. 8, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, pur non essendo suscettibile di interpretazione analogica, allorché le due impugnative riguardino atti distinti, deve comunque ritenersi operante nel caso in cui dopo l'impugnativa in sede giurisdizionale dell'atto presupposto venga successivamente impugnato in sede straordinaria l'atto conseguente, al fine di dimostrare l'illegittimità derivata dalla dedotta invalidità dell'atto presupposto». In tal senso, anche TAR Veneto, sez. II, 3 dicembre 2010, n. 6331.

Cfr. anche F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, in *Giur. it.*, 2014, 3, 669 ss.

³⁵ Cfr. Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254. In tal senso anche Corte cost. 15 luglio 2005, n. 282; Corte cost. 17 dicembre 2004, n. 392; Corte cost. 25 novembre 2004, n. 357; Corte cost. 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723; Corte cost. 2 luglio 1966, n. 78.

³⁶ L'art. 14, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971 prevedeva che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente. Questi, ove intenda proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri».

2. *La natura amministrativa e l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza secondo il giudice amministrativo*

Della natura amministrativa della decisione resa sul ricorso straordinario era convinto anche il giudice amministrativo³⁷, includendolo nella disciplina dei ricorsi amministrativi, sebbene una parte della giurisprudenza³⁸, allo stato ancora minoritaria, iniziasse a mettere in dubbio la piena natura amministrativa del rimedio. Siffatto indirizzo vi riconosceva la natura di rimedio singolare ed anomalo, dove l'anomalia era rintracciabile nella sintesi tra un impianto di fondo chiaramente amministrativo e un procedimento contenzioso con evidenti analogie con il ricorso giurisdizionale, quali l'interesse e la legittimazione a ricorrere, la decorrenza del termine, l'istruzione probatoria, il ricorso incidentale, la revocazione. Su quest'ultimo, invero, il *discrimen* tra la funzione giurisdizionale e la natura amministrativa del ricorso non è particolarmente netto, soprattutto se si tiene conto della revocazione del decreto presidenziale, nei casi previsti dall'art. 395 cod. proc. civ., stabilita dall'art. 15 del d.P.R. n. 1199/1971.

A tal proposito, l'ammissibilità della revocazione anche per la decisione presidenziale confermerebbe, in sostanza, la natura sostanzialmente giurisdizionale, dal momento che l'istituto della revocazione è il rimedio tipico degli atti giurisdizionali³⁹.

La giurisprudenza maggioritaria riteneva, inoltre, inidonea la decisione sul ricorso straordinario a concretare il presupposto del giudicato formale; ne conseguiva da ciò l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza per i decreti di accoglimento dei ricorsi amministrativi che fossero rimasti inadempiti⁴⁰.

Il giudizio di ottemperanza è considerato lo strumento, previsto dal legislatore, per dare esecuzione coattiva alle decisioni giurisdizionali, rimaste inadempite dall'amministrazione soccombente, al fine di assicurare l'effettività della giurisdizione amministrativa.

In altri termini, il giudizio di ottemperanza è un rimedio giuridico che presuppone necessariamente un giudicato che non è attribuibile al decreto presiden-

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699; Cons. Giust. Amm. Sic., 7 dicembre 2002, n. 604; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393; TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 29 maggio 1998, n. 988/97, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1483.

³⁹ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 10 della motivazione.

⁴⁰ Cass., S.U., 2 ottobre 1953, n. 3141 (richiamata dalla Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.6. del Cons. dir., e dal Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131) si era espressa circa il difetto di giurisdizione, cassando la decisione del Consiglio di Stato che aveva affermato l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione ai decreti di accoglimento di ricorsi straordinari inadempiti. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 marzo 1985, n. 234, in *TAR*, 1985, I, 1155 e Cass., S.U., 28 settembre 1968, n. 2992, in *Giust. civ. Mass.*, 1968, 1569.

ziale su ricorso straordinario: quest'ultimo, sebbene svolga una funzione paragiurisdizionale, resta pur sempre un provvedimento amministrativo inidoneo ad acquisire l'efficacia formale e sostanziale di giudicato⁴¹.

Sussiste, quindi, un legame stretto tra il giudizio di ottemperanza e la giurisdizione, che mancava nella relazione con il decreto sul ricorso straordinario per la sua natura amministrativa; pertanto, avverso il comportamento inerte dell'amministrazione a dare esecuzione al decreto presidenziale, l'unica forma di tutela prevista era il giudizio per il silenzio – rifiuto⁴² al fine di ottenere, eventualmente, un ordine, imposto dal giudice alla P.A., di dare esecuzione al decreto. Secondo questo schema processuale, sarebbe, poi (e sempre eventualmente) quest'ultimo (l'ordine) a essere oggetto del giudizio di ottemperanza⁴³.

D'altro canto, secondo questo primo indirizzo giurisprudenziale, la decisione del Presidente della Repubblica non abbisognava, per essere eseguita, di una forma di coercizione eteronoma, rappresentata dalla pronuncia del giudice, imponendo essa stessa un obbligo dalle caratteristiche diverse dalla decisione, assoluta e vincolante, propria del giudicato. Trattandosi di un provvedimento amministrativo, per la particolare posizione di supremazia dell'organo emittente, il Capo dello Stato, la decisione ha efficacia coattiva autonoma, circoscritta alla sfera dell'amministrazione coinvolta con il ricorso straordinario⁴⁴.

3. *La natura sostanzialmente giurisdizionale*

Il secondo indirizzo giurisprudenziale ha partecipato attivamente al percorso di progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁴⁵, interrogandosi anche sull'ammissibilità del giudizio per l'ottemperanza. Esso si è sviluppato, più recentemente, a ridosso di due interventi legislativi, ossia l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e l'introduzione del codice del processo amministrativo.

Prima ancora della legge n. 69/2009, il codice degli appalti (il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) all'art. 245, comma 2, aveva previsto l'applicazione degli strumenti di coercizione per i decreti di accoglimento di ricorsi straordinari aventi ad ogget-

⁴¹ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, ricostruisce l'istituto nel punto 1. del Cons. dir. e Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2320.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1440 sostiene lo strumento apprestato dall'art. 21 *bis* della legge n. 241/1990 ai fini di declaratoria di illegittimità del silenzio rifiuto con comminatoria dell'ordine di esecuzione.

⁴³ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.5. del Cons. dir.

⁴⁴ Cfr. Cass., S.U., 2 ottobre 1953, n. 3141, richiamata dalla Cass., S.U., 1128 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.6. del Cons. dir.

⁴⁵ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cass., S.U., 14 maggio 2014, n. 14014; Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2013, n. 5162; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3439.

to atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici ed atti dell'Autorità di vigilanza sugli stessi⁴⁶.

Allo stesso modo, ancor prima, la legge 21 luglio 2000, n. 205, in materia di tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo, all'art 3, comma 4, aveva previsto che nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, potesse essere concessa, a richiesta del ricorrente, la sospensione dell'atto lesivo, disposta con atto del Ministro competente, su parere conforme del Consiglio di Stato⁴⁷. In sostanza, si assisteva a livello legislativo, con siffatti interventi legislativi, a un graduale rafforzamento del ruolo del Consiglio di Stato nel procedimento iniziato su un ricorso straordinario.

Rilevanti sono le modifiche apportate dall'art. 69 della legge n. 69/2009 sulla disciplina del ricorso straordinario in quanto attenuano le differenze tra il procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, soprat-

⁴⁶ L'art. 245, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevede che «Gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all'art. 23 *bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Si applicano i rimedi cautelari di cui all'art. 21 e all'art. 23 *bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e di cui all'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, e gli strumenti di esecuzione di cui agli artt. 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato art. 21. L'istanza, previamente notificata ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, si propone al Presidente del Tribunale amministrativo regionale competente per il merito. Il Presidente, o il giudice da lui delegato, provvede sull'istanza, sentite, ove possibile, le parti, e omessa ogni altra formalità. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio. Il provvedimento negativo non è impugnabile, ma la domanda cautelare può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. L'efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi. Esso è notificato dal richiedente alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni. Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Il provvedimento di accoglimento non è appellabile, ma, fino a quando conserva efficacia, è sempre revocabile o modificabile senza formalità dal Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito. Per l'attuazione del provvedimento cautelare e per la pronuncia in ordine alle spese si applica l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Le disposizioni del presente art. non si applicano ai giudizi in grado di appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli artt. 21 e 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034». Gli strumenti di tutela ora sono previsti dal codice del processo amministrativo.

⁴⁷ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 11 della motivazione.

tutto in relazione alla qualificazione e ai poteri dell'organo decidente⁴⁸. Tra le modifiche, primeggia la previsione della natura vincolante e obbligatoria del parere espresso dal Consiglio di Stato. In particolare, le modifiche riguardano l'art. 13, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971, che attribuisce alla sezione del Consiglio di Stato, chiamata ad adottare il parere, la facoltà di sospenderne l'emanazione, laddove ritenga che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale; valutata la questione non manifestamente infondata, quindi, il Consiglio di Stato può rimettere la questione alla Corte costituzionale al fine di risolvere l'incidente di costituzionalità⁴⁹.

Al pari di quanto previsto dall'art. 23 della legge n. 87/1953 per la procedura incidentale dinanzi al giudice *a quo* che rimette la questione di legittimità alla Corte, sospendendo il giudizio in corso, anche al Consiglio di Stato (quando emette il parere) è rimessa medesima facoltà, così da potersi attribuire ad esso natura giurisdizionale anche in questo segmento processuale.

In quest'ottica si pone anche la modifica, operata dall'art. 69 della legge n. 69/2009, al comma 1 e l'abrogazione, sempre ad opera dell'art. 69, al comma 2⁵⁰, dell'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, già citato; in particolare, al comma 1 prevede che la decisione del ricorso straordinario sia sempre adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministero competente, ma che quest'ultima sia «conforme al parere del Consiglio di Stato»; in più sopprime la disciplina prevista dal comma 2 circa la possibilità per il ministero di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, previa sottoposizione dell'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, a cui si è già accennato.

La soppressione del secondo comma dell'art. 14 avrebbe un peso notevole, secondo la giurisprudenza, perché attribuirebbe al provvedimento finale conclusivo del procedimento natura meramente dichiarativa di un giudizio⁵¹: pur non incidendo sulla natura dell'organo emittente e sulla forma del decreto presidenziale, esso sarebbe sostanzialmente condizionato nei contenuti dal giudizio del Consiglio di Stato.

La graduale assimilazione del decreto su ricorso straordinario alla decisione giurisdizionale si riflette, chiaramente, anche sugli strumenti di tutela giudiziale,

⁴⁸ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11 del Cons. dir.

⁴⁹ Cfr. Corte cost. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, adunanza del 17 aprile 2012, parere n. 1124/2001, che, in sede di decisione di un ricorso straordinario, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale; Cons. Stato, sez. I, 19 maggio 1999, parere n. 650/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 179.

⁵⁰ L'art. 14, comma 2, d.P.R. n. 1199/1971 prevedeva che «Qualora il Ministro competente per l'istruttoria del ricorso non intenda proporre al Consiglio dei Ministri una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, la decisione del ricorso deve essere conforme al parere predetto». Comma abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

più efficaci, in termini di tutela esecutiva, piena e diretta, rispetto all'eventuale alternativa di un ricorso giurisdizionale avverso il silenzio⁵².

L'introduzione del codice del processo amministrativo e, in particolare, della disciplina da esso prevista sul giudizio di ottemperanza, si allinea alla tesi della natura sostanzialmente giurisdizionale del decreto adottato dal Presidente della Repubblica. Anzi, è proprio la natura giurisdizionale del ricorso a rendere ammissibile il giudizio di ottemperanza⁵³, nonché quello per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., dell'art. 362, comma 1, cod. proc. civ.⁵⁴ e dell'art. 110 cod. proc. amm.

Pur non disciplinando espressamente l'istituto con un articolo *ad hoc*, neanche relativamente al rito di ottemperanza previsto dall'art. 112 ss., cod. proc. amm., il dettato codicistico sembra orientato a ritenere esperibile il giudizio di ottemperanza anche per la decisione adottata su ricorso straordinario. Significativa è anche la limitazione prevista nell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm., secondo cui il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. In quest'ottica, la giurisdizione diviene un generale presupposto di ammissibilità per proporre sia ricorso straordinario che, chiaramente, giurisdizionale⁵⁵.

In sostanza, l'orientamento giurisprudenziale (il secondo) afferma non solo la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, ma anche un pieno e sistematico parallelismo con il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, tale da condurre a ritenere il ricorso straordinario, secondo un recente intervento della Corte costituzionale⁵⁶, un rimedio giustiziale amministrativo con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.

In questa prospettiva, va letto anche l'art. 48 cod. proc. amm. che, in siffatto parallelismo, stabilisce l'alternatività tra i due rimedi, oltre a generalizzare la facoltà di opposizione attribuita a qualsiasi parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, ammessa, nella previgente normativa dettata all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, solo ai controinteressati⁵⁷. Assume rilevanza l'art. 48 cod. proc. amm. anche per avere introdotto, al comma 3, una vera e propria *translatio iudicii* tra giudizio dinanzi al giudice amministrativo e giudizio in sede straordinaria.

La lettura delle recenti disposizioni a fondamento normativo della natura giurisdizionale del ricorso straordinario trova concordi le pronunce delle Corti co-

⁵² Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11 del Cons. dir.

⁵³ Cfr. Cass., S.U., 28 gennaio 2011, n. 2065.

⁵⁴ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 18 della motivazione.

⁵⁵ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 14 della motivazione e Corte cost. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73.

⁵⁶ Cfr. Corte cost. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73, punto 3.1. del Cons. dir.

⁵⁷ Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 14 della motivazione.

munitarie e della giurisprudenza nazionale, ordinaria e amministrativa. Anzi, esse aggiungono ulteriori argomentazioni a sostegno di una tale (e nuova) qualificazione giuridica.

In primo luogo, un precedente disegno di legge, decaduto a fine legislatura, prevedeva l'ottemperanza per le decisioni su ricorsi straordinari, sulla scorta dei principi enunciati dalla CEDU e delle raccomandazioni comunitarie⁵⁸ che sollecitavano gli Stati membri a prevedere l'azione esecutiva per l'effettività delle tutele, senza alcuna eccezione⁵⁹.

Durante l'*iter* di gestazione del codice processuale amministrativo, inoltre, la bozza licenziata dal Senato prevedeva la necessità di collocare anche le decisioni del Presidente della Repubblica rese su ricorso straordinario, in regime di alternatività, tra quelle sottoponibili al giudizio di ottemperanza⁶⁰. La suggestione fu accolta dal Governo, tanto che nella relazione di accompagnamento al codice si sottolineò la necessità del rimedio dell'ottemperanza «per le decisioni la cui coerenza è equiparata a quelle delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili»⁶¹ come applicazione degli artt. 6⁶² e 13 della CEDU⁶³.

4. *L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza*

La *voluntas legis* è nel senso –secondo la giurisprudenza– di collocare la decisione sul ricorso straordinario tra i provvedimenti del giudice amministrativo sottoponibili a un giudizio di ottemperanza⁶⁴.

All'interno dell'orientamento giurisprudenziale favorevole, si sono sviluppate due linee interpretative delle disposizioni processuali sostenute una dalla giurisprudenza ordinaria, l'altra dalla giurisprudenza amministrativa.

In particolare, il giudice ordinario⁶⁵ (interpellato su un ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia) riconosce tradizionalmente al provvedimento

⁵⁸ Cfr. Raccomandazione del Consiglio d'Europa, 15 dicembre 2004, n. 20.

⁵⁹ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11.1 del Cons. dir.

⁶⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁶¹ Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁶² Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che precisa che, a stretto rigore, ad avviso della Corte CEDU, l'art. 6 della CEDU non sia ritenuto applicabile al ricorso straordinario, in virtù delle sue caratteristiche, tra cui, *in primis*, della impugnabilità innanzi al TAR.

⁶³ Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che richiama la Corte CEDU, 16 dicembre 2006, *Murevic c. Croazia* e 15 febbraio 2004, *Romoslov c. Ucraina*, secondo cui sono intangibili le decisioni finali di giustizia di un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario e che siano equiparate, nella sostanza, ad una decisione del giudice e che ogni ordinamento nazionale di uno Stato membro della Convenzione deve ammettere l'azione di esecuzione in dipendenza di decisioni di giustizia, quale indefettibile seconda fase dell'*iter* decisorio.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 1951, n. 430, in *Riv. amm.*, 1952, 127.

conclusivo del procedimento iniziato su ricorso al Capo dello Stato, un precipuo connotato di autonomia, consistente nella forma di atto amministrativo e nella sostanza di atto di decisione, e nella sua collocazione tra i provvedimenti decisori e tra gli atti dichiarativi di giudizio.

L'indirizzo giurisprudenziale⁶⁶ maggioritario verte, infatti, sia sul dettato della lett. *b* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., (che prevede l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, tra cui vi rientrerebbero anche le decisioni del Capo dello Stato), sia su quanto previsto dall'art. 113, comma 1, cod. proc. amm.⁶⁷, in virtù del quale il giudice competente a decidere sull'ottemperanza delle decisioni *de quibus* sarebbe il Consiglio di Stato, come giudice che ha emesso il provvedimento di cui si chiede l'attuazione.

Ad avviso della giurisprudenza sostenitrice di questa interpretazione ricostruttiva, il rispetto di principi costituzionali non consente l'offuscamento di strumenti di tutela effettiva dei diritti, tra cui vi rientra anche il giudizio di ottemperanza, per cui quest'ultimo è configurabile anche nei confronti di provvedimenti che non siano sentenze o provvedimenti non formalmente giurisdizionali, tra cui le decisioni sui ricorsi straordinari, secondo la volontà legislativa⁶⁸. Inoltre, nonostante non sia espressamente previsto dalla Costituzione, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, invero, compatibile con il dettato costituzionale, in conformità a quanto previsto dall'art. 113 della Costituzione⁶⁹.

⁶⁵ Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.3 del Cons. dir., che esamina il decreto del Presidente della Regione Siciliana emesso su ricorso straordinario, *ex d.lgs.* 24 dicembre 2003, n. 373 (art. 9, commi 3, 4, 5 e 6), ritenendo che l'analogia del procedimento con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sottende anche una identità di natura e funzione. In tal senso, Cass., S.U., 12 marzo 2003, n. 3660; Cass., S.U., 7 novembre 2002, n. 15652.

⁶⁶ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11.1 del Cons. dir.; Cass., S.U., 10 marzo 2011, n. 5684; Cass., S.U., 28 aprile 2011, n. 9447; Cass., S.U., 19 luglio 2011, n. 15765; Cass., S.U., 13 ottobre 2011, n. 21056; Cass., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28345; Cass., S.U., 28 dicembre 2011, n. 29099 e Cons. Stato, Ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18.

⁶⁷ L'art. 113, comma 1, cod. proc. amm. prevede che «Il ricorso si propone, nel caso di cui all'art. 112, comma 2, lett. *a* e *b*, al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado».

⁶⁸ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.12 del Cons. dir. e Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁶⁹ Cfr. Corte cost. 1° febbraio 1964, n. 1 e Corte cost. 2 luglio 1966, n. 78, in *www.giurcost.org*; Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Le Regioni*, 1986, 510; Corte cost. ord. 13 marzo 2001, n. 56; Corte cost. ord. 25 luglio 2001, n. 301. In particolare, Corte cost. 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723 che, pur precisando la natura amministrativa del rimedio e della presenza di identità di oggetto rispetto al ricorso giurisdizionale, non rileva profili di contrasto con l'art. 113 Cost., in ragione dell'operante principio di alternatività. In tal senso, anche Cons. Stato, Ad. Gen., 19 febbraio 1951, n. 94, in *Riv. amm.*, 1951, 721.

Ciò si desume anche dall'analisi della disciplina dettata dal d.P.R. n. 1199/1971 che individua la natura atipica del ricorso straordinario, riconosciuta già all'epoca della monarchia costituzionale; la disciplina si è gradualmente adeguata prevedendo non più l'alternatività al ricorso giurisdizionale, ma la trasferibilità in sede giurisdizionale⁷⁰, e ha anche dato attuazione al criterio di economicità, prevedendo il carattere di rimedio straordinario avverso gli atti amministrativi definitivi eventualmente illegittimi: un ricorso straordinario prevede spese sicuramente accessibili e termini di proponibilità piuttosto ampi, oltre a non richiedere assistenza di tipo tecnico-legale⁷¹.

Ragionando in senso opposto, secondo la giurisprudenza, cioè non assimilando il rimedio straordinario a quello giurisdizionale, si ammetterebbe, invero, per il primo, una tutela debole ed inferiore; il che non è sostenibile, in quanto, pur sussistendo tra i due rimedi poteri decisori formalmente diversi, essi sono senz'altro analoghi così che entrambi, in egual misura, consentirebbero una tutela effettiva dei diritti, in conformità a quanto previsto dagli artt. 2 e 3 Cost.⁷².

Non meno rilevante è il richiamo – da parte di questa giurisprudenza – a quella comunitaria, secondo cui, da un lato, le decisioni finali di giustizia che siano equiparate a una decisione del giudice, pur se non assunte da un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario, sono, in egual misura, intangibili; dall'altro, l'azione di esecuzione di siffatte decisioni debba essere ammessa in ogni ordinamento nazionale, come indefettibile seconda procedura della lite definita⁷³.

La posizione della giurisprudenza ordinaria, favorevole all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, è stata recepita da una parte della giurisprudenza amministrativa⁷⁴ che ha accolto, infatti, un ricorso in ottemperanza di una decisione emessa su un ricorso straordinario, sulla base dell'assoluta comunanza del *petitum* (anche per gli effetti giuridici prodotti) richiesto con il rimedio giustiziale ri-

⁷⁰ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.12 del Cons. dir.

⁷¹ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.12 del Cons. dir. e Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, punto 2 del Cons. dir.

⁷² Cfr. Cass., S.U., ord. 17 marzo 2010, n. 6529.

⁷³ Cfr. Cass., S.U., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.13 del Cons. dir. che richiama CEDU, 16 dicembre 2006, *Murevic c. Croazia* e 15 febbraio 2004, *Romoslov c. Ucraina*.

⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2649; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss. con nota di F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*.

Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2001, n. 5934; Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; Cons. Giust. Amm. Sic., 28 aprile 2008, n. 379 e Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, punto 2 del Cons. dir. Cons. Giust. Amm. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, con nota di A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. – Cds*, 2005, 3068 ss. Precedentemente, Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 1951, n. 430, in *Foro it.*, 1951, III, 261 ss.

spetto all'azione giurisdizionale, sull'assunto che entrambe garantirebbero un identico livello di tutela.

D'altra parte, ad avviso del giudice amministrativo, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni in esame sarebbe comunque sostenuta dal legislatore nell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971, come modificato dall'art. 69 della legge n. 69/2009, già richiamato.

All'interno della giurisprudenza amministrativa, una parte minoritaria⁷⁵ di essa, pur sostenendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni sul ricorso straordinario, ritiene che sia applicabile il dettato della lett. *d* dell'art. 112, comma 1, cod. proc. amm., secondo cui è proponibile il giudizio di ottemperanza per dare attuazione non solo delle sentenze passate in giudicato, ma anche degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione.

In sostanza, secondo questo orientamento ermeneutico, la decisione, adottata a conclusione della procedura sul ricorso straordinario, è un provvedimento amministrativo solo per alcuni profili equiparabile alla sentenza giurisdizionale e, in quanto tale, rientrando nella tipologia di atti previsti dalla lett. *d* dell'art. 112, comma 1, cod. proc. amm.; essa sarebbe, pertanto, *tendenzialmente* giurisdizionale, per i profili attinenti l'atto e i suoi effetti, pur rimanendo un provvedimento formalmente amministrativo.

Le argomentazioni a sostegno vertono principalmente sulla persistente natura consultiva del Consiglio di Stato, anche nel momento in cui esprime un parere vincolante, differente da quella giurisdizionale rispettosa dei principi del giusto processo, consacrati nell'art. 2, cod. proc. amm. Non meno rilevanti sono i connotati della semplicità, snellezza e concentrazione propri del procedimento, previsto dalla disciplina sul ricorso straordinario: laddove si estendessero ad esso tutte le garanzie e le formalità proprie del ricorso giurisdizionale, il ricorso straordinario sarebbe snaturato.

La decisione giustiziale, rientrando nella lett. *d* dell'art. 112, comma 1, cod. proc. amm., non solo non perderebbe il carattere formale del provvedimento amministrativo, ma risulterebbe rafforzata sul piano della esecutorietà⁷⁶.

Ne consegue, quindi, che il giudice competente sul giudizio di ottemperanza è quello previsto dall'art. 113, comma 2, cod. proc. amm., ossia il Tribunale ammi-

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666; Cons. Stato, sez. VI, ord. di rimessione, 1° febbraio 2013, n. 636 e Cons. Stato, sez. VI, ord. di rimessione, 1° febbraio 2013, n. 637.

⁷⁶ L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636, che sostiene la esecutorietà delle decisioni giustiziali «in via ordinaria – ovvero per la generalità dei provvedimenti – rimessa all'Autorità amministrativa, ma nel caso di specie affidata al Plesso giurisdizionale di riferimento, risultando già effettuata dall'Organo di vertice di quest'ultimo la richiesta valutazione di legittimità, benché senza le integrali garanzie del processo per la valutazione della fattispecie concreta».

nistrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza: nel caso di specie, il TAR del Lazio, con sede in Roma, poiché nella sua circoscrizione operano il Presidente della Repubblica, il Ministro proponente e il Consiglio di Stato in sede consultiva.

L'assunto giurisprudenziale verte su un'interpretazione ampia e atecnica del termine "giudice", laddove è lo stesso art. 113, comma 2, cod. proc. amm., a includere in tale nozione anche l'organo che emette la decisione arbitrale, *ex* art. 112, comma 1, lett. e, cod. proc. amm.

5. *Ulteriori profili ricostruttivi*

Gli orientamenti descritti considerano il decreto presidenziale come sostanzialmente giurisdizionale e formalmente amministrativo, ma non si spingono a riconoscergli una piena equiparazione con la decisione giurisdizionale.

Le ragioni della mancata pienezza sono subito esposte: in primo luogo, il ricorso straordinario mira alla demolizione del provvedimento lesivo, per cui ha un carattere solamente impugnatorio a differenza delle azioni di varia natura proponibili nel giudizio innanzi al giudice amministrativo.

In secondo luogo, sotto il profilo soggettivo e formale, il Presidente della Repubblica non esercita alcun potere giurisdizionale e, in quanto tale, adotta, sul ricorso straordinario propostogli, un decreto che è chiaramente differente dalla sentenza emessa da un organo giurisdizionale.

D'altra parte, per quanto, con la modifica apportata dalla legge del 2009, il parere del Consiglio di Stato sia ormai vincolante, non priva il Capo dello Stato del potere di richiederne il riesame per motivi di legittimità, restituendo il decreto al Ministro competente⁷⁷. Tuttavia, la natura vincolante del parere va comunque a incidere sull'atto assunto a esito di un ricorso straordinario: il decreto presidenziale, invero, assumerebbe un'accezione nuova e non meramente provvedimento⁷⁸, più vicina alla decisione giurisdizionale.

Sono piuttosto sottili, d'altro canto, gli elementi di compatibilità con i principi dettati dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 6 della CEDU tali da condurre ad escludere la piena assimilazione della decisione resa sul ricorso straordinario a una sentenza⁷⁹.

Tra questi, in particolare, emerge non solo la forza propria di giudicato che acquisirebbero le pronunce non osservanti in pieno le garanzie del giusto processo, scolpite dall'art. 111 della Costituzione, ma anche la tendenza a una totale

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁷⁸ Cfr. ord. di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636.

⁷⁹ Cfr. ord. di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636. Cfr., *supra*, nota 17.

equiparazione tra la funzione consultiva di tipo giustiziale e la funzione giurisdizionale esercitate dal Consiglio di Stato, a cui darebbe adito la scarna previsione dell'art. 112 cod. proc. amm.⁸⁰

Appare problematica anche la soppressione del doppio grado di giurisdizione a cui la piena assimilazione sembrerebbe essere tesa: non solo in virtù del doppio meccanismo di tutela che non è riconosciuto solo per le sentenze emesse in sede di ottemperanza quando il gravame investa mere questioni esecutive, ma anche per l'ammissibilità dell'ordinario ricorso giurisdizionale che confermerebbe la natura amministrativa della decisione sul ricorso straordinario⁸¹.

E, infine, non meno rilevante è l'esame delle modalità di svolgimento dell'*iter* istruttorio sul ricorso straordinario disciplinato dall'art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971, rimesso all'amministrazione ministeriale; esso si svolge senza contraddittorio orale con le parti, ma solo scritto, e senza ausilio di organi tecnici, in palese difformità con la struttura processuale.

L'inosservanza del principio del contraddittorio nel corso della procedura giudiziale instaurata su un ricorso straordinario è stata affrontata dalla giurisprudenza, nel tentativo di garantire la parità dei soggetti coinvolti, al pari di quanto accade nel procedimento amministrativo, in particolare nella fase istruttoria.

A tal proposito, rimedio che realizzi tale fine è l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi nell'arco della fase istruttoria; ad avviso del giudice amministrativo⁸² posizionato a favore della natura formalmente amministrativa e sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, il diritto d'accesso ai documenti del ricorso straordinario è esercitabile solamente dalle parti del procedimento, senza, però, che spetti loro provare all'amministrazione competente, depositaria degli atti, l'interesse concreto e attuale⁸³.

⁸⁰ Cfr. ord. di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636.

⁸¹ Cfr. ord. di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636.

⁸² Cons. Stato, comm. spec., 29 gennaio 1998, n. 1023/1997, richiamata da Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁸³ In altri termini, nella procedura volta ad accedere agli atti amministrativi adottati su impulso del ricorso straordinario, è in parte disattesa la previsione dell'art. 22 della legge n. 241/1990 sulla sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti dei quali si richiede l'accesso, tesa a legittimare la richiesta del soggetto richiedente. È, invero, sufficiente solo il mero interesse all'accesso, avendo esso natura strumentale alla realizzazione del contraddittorio, in virtù di un carattere ufficio del diritto di accesso inteso come strumento di garanzia del diritto di difesa in giudizio. Il Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131, nell'espone l'orientamento, afferma che «il diritto di accesso ai documenti del ricorso straordinario, acquisiti dall'Amministrazione, è da ritenere esistente *in re ipsa*».

Sul punto, la giurisprudenza non è univoca: altro indirizzo, infatti, ritiene che il diritto di accesso sia esercitabile solo dal soggetto richiedente, sulla base della differenza ontologica tra processo giurisdizionale e procedimento per ricorso straordinario e della particolarità dell'istruttoria officiosa (di competenza ministeriale) nell'arco del medesimo procedimento. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che nell'espone il diverso orientamento giurisprudenziale, afferma che

La materia dell'accesso e della istruttoria nel ricorso straordinario, sebbene appaia poco lineare e definita, è un efficace strumento per rendere effettivi i principi del contraddittorio e della parità delle armi, secondo quanto sostenuto da quella parte della giurisprudenza che avalla l'idea della natura sostanzialmente giurisdizionale e formalmente amministrativa del rimedio *de quo*⁸⁴.

Gli arresti giurisprudenziali innanzi esposti coinvolgono *ad abundantiam* anche la natura giuridica del ricorso straordinario promosso al Presidente della Regione Sicilia, nonostante, soprattutto per la particolare disciplina dettata nello Statuto siciliano (adottato con d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 e legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2), l'ago della bilancia si sia da sempre proteso verso la natura giurisdizionale⁸⁵.

È, infatti, proprio lo Statuto che colloca il ricorso straordinario al Presidente della Regione nella disciplina attinente gli organi giurisdizionali: in particolare, l'art. 23 nel Titolo III, in relazione al quale sono stati adottati diversi decreti legislativi attuativi e, da ultimo, il d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 inerente le «Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato».

In forza degli artt. 9 e 12 di quest'ultimo decreto, la decisione sul ricorso straordinario è resa dal Presidente della Regione siciliana sulla base di un parere espresso dalle sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa; rispetto all'affine disciplina sul ricorso al Capo dello Stato, la particolarità della previsione siciliana attiene al coinvolgimento delle sezioni riunite del Consiglio di giustizia che, come noto, constano non solo della sezione consultiva ma anche della sezione giurisdizionale⁸⁶.

In sostanza, l'attenzione riposta dal legislatore insulare a un ruolo attivo della sezione giurisdizionale, insieme a quella consultiva, del Consiglio di giustizia nella emissione del parere rilevante nella procedura giustiziale, sostiene maggiormente l'ipotesi ricostruttiva in ordine alla natura giurisdizionale del ricorso *de quo*, in bilico, invece, nella disciplina continentale per l'intervento, seppur attivo, della sola sezione consultiva del Consiglio di Stato.

Non meno rilevante è, altresì, la previsione legislativa di una particolare forma di imparzialità e di indipendenza di tutti i componenti del Consiglio, ivi compresi quelli designati dalla Regione, che è, poi, precipua degli organi giudicanti⁸⁷. Ne

«un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto si traduce in un indubbio – e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale, che può dirsi contrario sia al principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) che al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo (art. 1, comma 2, della legge n. 241/1990)».

⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

⁸⁵ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. riunite, parere del 10 luglio 2012, n. 1581/2011.

⁸⁶ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, nel punto 3 del Cons. dir.

⁸⁷ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, nel punto 3 del Cons. dir. e Corte cost. 4 novembre 2004, n. 316.

consegue, quindi, anche per il ricorso al Presidente della Regione Sicilia, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza⁸⁸.

6. *La posizione dell'adunanza plenaria sulla natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario*

L'Adunanza Plenaria nelle sentenze "gemelle" nn. 9 e 10 del 6 maggio 2013 aderisce al secondo indirizzo giurisprudenziale e con particolare chiarezza ermeneutica mette un punto sulle due questioni principali sottoposte dalle rispettive ordinanze di rimessione⁸⁹ che sono: la prima, sulla natura giuridica della decisione resa in esito a un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; la seconda, sul giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza.

Invero, la seconda questione sollevata dalle ordinanze di rimessione sulla competenza del giudice dell'ottemperanza implicitamente darebbe per consolidato l'orientamento giurisprudenziale (il secondo tra quelli descritti) che afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del decreto presidenziale e, di riflesso, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza. In altri termini, sembrerebbe pleonastica la questione sulla natura del ricorso, nel momento in cui il giudice rimettente, sollevando la questione della competenza del giudice dell'ottemperanza, implicitamente ne riconosce l'ammissibilità come corollario della natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

In via preliminare, l'adunanza plenaria esamina brevemente sia gli interventi legislativi più recenti che in modo significativo hanno inciso sulla disciplina e sulla configurazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sia i più rilevanti indirizzi giurisprudenziali innanzi descritti.

In relazione a quest'ultimi, tuttavia, l'adunanza tiene conto dei due indirizzi giurisprudenziali rientranti nel più generale orientamento fautore della natura giurisdizionale del decreto presidenziale; in sostanza, l'adunanza fa riferimento solo al secondo orientamento giurisprudenziale descritto sulla natura giurisdizionale.

Il sintetico *excursus* normativo parte dalla legislazione di inizio Millennio. In particolare, riprendendo la più recente panoramica storico – legislativa a sostegno delle argomentazioni del secondo orientamento giurisprudenziale, l'adunanza richiama l'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205 sulla sospensione cautelare; l'art. 245, comma 2, del codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; e chiaramente, l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, nelle modifiche apportate agli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971. Infine, il consesso

⁸⁸ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695 e Cons. Giust. Amm. Sic., 28 aprile 2008, n. 379.

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, oed. di rimessione, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 636 e Cons. Stato, sez. VI, ord. di rimessione, 1° febbraio 2013, n. 637.

amministrativo fa riferimento agli articoli del codice del processo amministrativo, in particolare gli artt. 7, comma 8, e 48.

Dopo il breve inquadramento legislativo e giurisprudenziale, l'adunanza si allinea a una precedente pronuncia del 2012, la n. 18, e condivide l'orientamento seguito più di recente dal giudice della legittimità che sostiene il primo dei due *sub* indirizzi descritti, ossia quello che, senza ombra di dubbio, sostiene la natura sostanzialmente giurisdizionale sia del ricorso straordinario, sia del decreto presidenziale che garantisce un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile con un ricorso giurisdizionale.

Le argomentazioni a sostegno sono, ancora una volta, le stesse già esaminate.

In particolare, esse vertono sul carattere vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato e sulla legittimazione di quest'ultimo a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il Consiglio di Stato, infatti, acquisirebbe la paternità effettiva della decisione, il cui apporto consultivo sarebbe connotato da una *suitas* giurisdizionale. Ne consegue che il decreto finale presidenziale sarebbe meramente dichiarativo di un giudizio formulato "a monte" da un organo giurisdizionale che, in posizione di terzietà e indipendenza e nel pieno rispetto del contraddittorio, decide sulla legittimità dell'atto impugnato. In sostanza, ad avviso del consesso, l'atto finale della procedura è estrinsecazione sostanziale della funzione giurisdizionale espressa nel contenuto del parere del Consiglio di Stato, pur non essendo un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale per la natura dell'organo e la forma dell'atto. Pertanto, il decreto, concludendo una procedura incardinata in un unico grado, con il consenso delle parti coinvolte, si caratterizza per il connotato della intangibilità, proprio del giudicato⁹⁰.

Il consesso, poi, si serve delle disposizioni procedurali amministrative per sostenere la sua posizione.

In primis, richiama l'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. sui limiti delle controversie per le quali è esperibile il ricorso straordinario e ribadisce che la "giurisdizione" è un presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, al pari del ricorso ordinario al giudice amministrativo. Il ricorso straordinario rientra, quindi, nel sistema della giurisdizione amministrativa, come forma speciale e semplificata⁹¹.

Il forte parallelismo, voluto dalla norma, con il ricorso giurisdizionale rafforza anche il connotato dell'alternatività del rimedio straordinario, dissipando qualsiasi dubbio sul regime di concorrenza con l'autorità giudiziaria ordinaria (nelle materie estranee alla giurisdizione amministrativa), che era uno dei baluardi del pri-

⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1 della parte in diritto.

⁹¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.1 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.1 della parte in diritto.

mo orientamento giurisprudenziale esaminato, fautore della natura amministrativa del rimedio *de quo*.

Successivamente, la sentenza richiama l'art. 48 cod. proc. amm. In particolare, riprende il comma 1, sulla generalizzata facoltà di opposizione (rimessa anche allo Stato, oltre che alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati), idonea a garantire non solo il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, ma anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, consacrato negli artt. 24, Cost. e 1, cod. proc. amm., e nel principio del doppio grado di giudizio, ai sensi dell'art. 125 Cost.

Sul punto, infatti, l'accordo sostanziale tra le parti, molto simile a quello che permea la disciplina del ricorso *per saltum* previsto dall'art. 360, comma 2, cod. proc. civ., è alla base dell'unicità del grado e della particolare istruttoria dell'*iter* procedurale sul ricorso straordinario, connotata da una singolare snellezza.

Rileva anche il comma 3 dell'art. 48 cod. proc. amm. il quale legittima una particolare forma di *translatio iudicii* laddove prevede che il TAR, dichiarando l'inammissibilità dell'opposizione, debba disporre la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria; la formulazione legislativa, quindi, ad avviso dell'adunanza, conferma la natura giurisdizionale del ricorso straordinario tanto da considerarlo la naturale continuazione di un medesimo giudizio incardinato con il ricorso giurisdizionale: in sostanza, cambia il rito, ma non la natura⁹².

La adunanza si appresta successivamente a sbrogliare tutti i nodi avvolti attorno alla qualificazione della natura giurisdizionale del ricorso straordinario rispetto, soprattutto, al dettato costituzionale.

Il primo nodo attiene la garanzia del doppio grado di giurisdizione.

Condividendo l'indirizzo giurisprudenziale sull'ammissibilità del sindacato della Corte di legittimità (per i motivi inerenti alla giurisdizione), l'adunanza supera l'incompatibilità sollevata rispetto alla lettera del dettato costituzionale dell'art. 125, comma 2, in materia di istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado. In quest'ottica, il consenso scongiura il timore paventato di attribuire ai TAR competenze giurisdizionali in unico grado, affermando che il doppio grado di giurisdizione sarebbe comunque garantito – ancora una volta – dallo schema consensuale, secondo cui sono le parti ad aver aderito al procedimento di accesso *per saltum* al Consiglio di Stato⁹³.

Il secondo nodo concerne la conformità alle prescrizioni degli artt. 102 e 103 della Costituzione sul divieto di istituzione di nuovi giudici speciali.

L'adunanza, sul punto, è ferma nel ritenere che l'essenza giurisdizionale della

⁹² Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.1 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.1 della parte in diritto.

⁹³ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2 della parte in diritto.

decisione sul ricorso straordinario ha come unico sostrato motivazionale il parere vincolante espresso dal Consiglio di Stato.

Le norme procedurali amministrative hanno consentito il superamento della teoria che connotava il decreto presidenziale come una decisione di giustizia, non espressiva della funzione giurisdizionale, per riconoscerne la piena natura giurisdizionale, riscontrabile nel parere del Consiglio di Stato che assurge a motivazione della decisione. In questo modo, viene salvaguardata la garanzia costituzionale prevista dall'art. 103 Cost., che fa salvi il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa come giudizi speciali⁹⁴.

Il terzo nodo attiene invece alla compatibilità dell'istituto *de quo* con la riserva di legge costituzionale relativa alla disciplina delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, prevista dall'art. 137, comma 1, Cost.

Anche siffatta eventuale difformità è stata ampiamente superata già dalla giurisprudenza ordinaria innanzi richiamata, riconoscendo al Consiglio di Stato, al pari degli altri organi giurisdizionali, legittimazione a sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale in sede di emissione di parere sul ricorso straordinario.

Il legislatore del codice del processo amministrativo ha legittimamente riconosciuto, infatti, la natura giurisdizionale a una sede – quella in cui è espresso il parere dal Consiglio di Stato – nella quale vengano garantiti il contraddittorio delle parti e l'imparzialità e terzietà del giudice.

Al di là della ricostruzione giurisprudenziale, i giudici di Palazzo Spada considerano che di recente, in tale direzione, si è comunque mosso il legislatore che nelle disposizioni concernenti la materia di contributo unificato⁹⁵ ha inserito l'istituto *de quo* nel complessivo sistema giudiziario⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2 della parte in diritto.

⁹⁵ L'art. 37, comma 6, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111 che, in sede di modifica dell'art. 13, comma 6 *bis*, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, prevede che «Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, sono apportate le seguenti modificazioni:

s) all'art. 13, il comma 6 *bis* è sostituito dal seguente:

“6 *bis*. Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è dovuto nei seguenti importi:

a) per i ricorsi previsti dagli artt. 116 e 117 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per quelli aventi ad oggetto il diritto di cittadinanza, di residenza, di soggiorno e di ingresso nel territorio dello Stato e per i ricorsi di esecuzione nella sentenza o di ottemperanza del giudicato il contributo dovuto è di euro 300.

Non è dovuto alcun contributo per i ricorsi previsti dall'art. 25 della citata legge n. 241/1990 avverso il diniego di accesso alle informazioni di cui al d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, di attuazione della direttiva 003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale;

Ulteriore perplessità, sollevata anche dalle ordinanze di rimessione, attiene alla specialità che connoterebbe il ricorso straordinario rispetto all'ordinario processo amministrativo; in particolare, riconosciuta la medesima natura, nella disciplina del rimedio in esame si riscontrerebbero differenze e carenze circa le azioni esperibili, le forme di esplicazione del contraddittorio, le modalità di svolgimento dell'istruttoria, i mezzi di prova acquisibili.

L'adunanza supera anche queste eccezioni, incentrando la soluzione sul sostanziale assenso delle parti a preferire un rimedio giurisdizionale semplificato e in unico grado, previsto dall'ordinamento. In sostanza, il consesso non nega la sussistenza di profili di specialità del rimedio straordinario sul piano ontologico e teleologico, in ragione della snellezza che lo contraddistingue preferita dalle parti per definire la loro controversia, e comunque rimette alla giurisprudenza e al legislatore l'individuazione di un punto di equilibrio tra siffatti profili e i principi costituzionali ed europei dettati dagli artt. 1, cod. proc. amm. e 6, CEDU⁹⁷.

7. La posizione dell'adunanza plenaria sul giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza

Il secondo quesito sollevato dalle ordinanze di rimessione attiene alla competenza del giudice dell'ottemperanza. Anche per risolvere siffatta questione, l'adunanza prende in esame ed aderisce solo al secondo orientamento giurisprudenziale sulla natura giurisdizionale; in particolare, richiama le due posizioni che, pur ammettendo entrambe il giudizio di ottemperanza, ricorrono a due distinte fonti

b) per le controversie concernenti rapporti di pubblico impiego, si applica il comma 3;

c) per i ricorsi cui si applica il rito abbreviato comune a determinate materie previsto dal Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nonché da altre disposizioni che richiamino il citato rito, il contributo dovuto è di euro 1.800;

d) per i ricorsi di cui all'art. 119, comma 1, lett. *a* e *b*, del codice di cui all'allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell'articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000;

e) in tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti e per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nei casi ammessi dalla normativa vigente, il contributo dovuto è di euro 650. I predetti importi sono aumentati della metà ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax, ai sensi dell'art. 136 cod. proc. amm. di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Ai fini del presente comma, per ricorsi si intendono quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove».

⁹⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2 della parte in diritto.

⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.3 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.3 della parte in diritto.

legislative (in particolare, il combinato disposto degli artt. 112, comma 2, lett. *b* e 113, comma 1, cod. proc. amm., la prima; il combinato disposto degli artt. 112, comma 2, lett. *d* e 113, comma 2, cod. proc. amm., la seconda).

Della questione, ritenuta ancillare alla prima sulla natura giuridica del ricorso straordinario, il consesso si era già occupato nella decisione del 5 giugno 2012, n. 18⁹⁸ – seppur marginalmente –, decidendo a favore dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza delle decisioni rese in sede di ricorso straordinario da esperire dinanzi al Consiglio di Stato, in forza degli artt. 112, comma 2, lett. *b* e 113, comma 1, cod. proc. amm., essendo il giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta⁹⁹.

Nelle decisioni gemelle del 2013, invece, l'analisi della questione è senza dubbio più approfondita.

L'adunanza, allineandosi alla precedente pronuncia del 2012, afferma subito con chiarezza che, attesa la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, il decreto presidenziale, divenuto definitivo, è assolutamente assimilabile al giudicato amministrativo e, come tale, suscettibile di esecuzione.

In un secondo momento, il consesso approfondisce la questione della competenza del giudice dell'ottemperanza, attraverso l'analisi delle regole sulla competenza fissate nell'art. 113 cod. proc. amm. che occupa la maggior parte dell'apparato motivazionale della sentenza.

La questione verte principalmente sull'applicazione dell'art. 112, comma 2, lett. *b*, in combinato disposto con l'art. 113, comma 1, cod. proc. amm., oppure dell'art. 112, comma 2, lett. *d* correlato all'art. 113, comma 2, cod. proc. amm. In altri termini, l'esigenza di certezza che l'adunanza è chiamata a soddisfare, riguarda la collocazione della decisione su ricorso straordinario nelle ipotesi previste dalla lett. *b* o *d* dell'art. 112 cod. proc. amm.

Le riflessioni espresse dall'adunanza partono dall'esegesi normativa delle richiamate disposizioni codicistiche, in cui emerge una netta distinzione da una parte, tra l'ottemperanza di sentenze e di altri provvedimenti del giudice amministrativo per i quali ha competenza il giudice amministrativo emittente la sentenza o gli altri provvedimenti (art. 113, comma 1, cod. proc. amm.); dall'altra parte, tra l'ottemperanza delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza che – al pari delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario (lett. *c*) dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm.) e dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili (lett.

⁹⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18, punto 1 della parte in diritto. Cfr. anche l'ordinanza che ha rimesso la questione, Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2011, n. 3935 e Cons. Giust. Amm. Sic., 18 dicembre 2009, n. 1216.

⁹⁹ Cfr. Cass., S.U., 28 gennaio 2011, n. 2065; Cass., S.U., 10 marzo 2011, n. 5684; Cass., S.U., 28 aprile 2011, n. 9447; Cass., S.U., 19 luglio 2011, n. 15765; Cass., S.U., 13 ottobre 2011, n. 21056; Cass., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28345; Cass., S.U., 15 marzo 2012, n. 2129; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513.

d) dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm.) – rientrano nella competenza del TAR regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza (art. 113, comma 2, cod. proc. amm.).

Nel groviglio di disposizioni, l'adunanza colloca con chiarezza espositiva il decreto che chiude il ricorso straordinario tra i provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lett. *b* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., allineandosi, ancora una volta anche sulla questione della competenza, alla pronuncia del 2012. Pertanto, la competenza sul ricorso per l'ottemperanza è del Consiglio di Stato, *ex art.* 113, comma 1, cod. proc. amm.¹⁰⁰.

Le argomentazioni a sostegno convergono tutte nell'inquadramento della decisione sul ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa.

La prima attiene al dato sostanziale della paternità ideologica della decisione *de qua* al Consiglio di Stato: la paternità si manifesta nel *corpus* motivazionale della decisione che si sostanzia del contenuto del parere (giurisdizionale) reso dal Consiglio di Stato. Assumendo valenza giuridica la sostanza della decisione e non l'aspetto estrinseco formale del soggetto emittente, la decisione è collocabile nella lett. *b* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., ossia tra gli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo».

Pertanto, secondo il consesso, il giudice competente dell'ottemperanza è il Consiglio di Stato, nel pieno rispetto del principio che ispira l'art. 113, comma 1, cod. proc. amm., secondo cui l'organo giudiziario emittente la sentenza «è *naturaliter* il più idoneo ad assicurare l'interpretazione della portata effettiva e la conseguente esecuzione soddisfacente del *decisum*»¹⁰¹.

D'altra parte, ragionando in senso opposto, ossia a volere attribuire alla decisione sul ricorso *de quo* natura di provvedimento amministrativo equiparato, ai fini dell'esecuzione, a una decisione giurisdizionale che renderebbe applicabile l'art. 112, comma 2, lett. *c*, cod. proc. amm., oppure natura di provvedimento amministrativo equiparato alle sentenze e ai provvedimenti imputabili a giudici diversi dal giudice amministrativo o ordinario che renderebbe applicabile l'art. 112, comma 2, lett. *d*, cod. proc. amm., ad avviso dell'adunanza, resistono argomenti di carattere letterale e sistematico. In particolare, il dettato dell'art. 113 cod. proc. amm. si concentra sull'esecuzione delle decisioni aventi natura giurisdizionale, come espressive della funzione giurisdizionale, non già sull'esecuzione dei provvedimenti amministrativi a quest'ultime equiparati (innanzi descritti), per cui individua precipuamente il giudice che ha emesso la sentenza o il provvedimento¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.2.1 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.2.1 della parte in diritto.

¹⁰¹ Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.2.2 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.2.2 della parte in diritto.

¹⁰² Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.3 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.3 della parte in diritto.

In conclusione, poi, l'adunanza richiama quanto affermato in precedenza sul rispetto del principio costituzionale del doppio grado di giudizio che non verrebbe in alcun modo violato dall'affermazione della competenza del Consiglio di Stato, in unico grado. Anzi, secondo il giudice amministrativo, l'affermazione di una siffatta competenza è conforme alla *voluntas* del legislatore di prevedere un rito speciale e semplificato, scelto dalle parti, idoneo a una più celere e snella definizione della controversia¹⁰³.

8. *La ricostruzione dottrinale del ricorso straordinario*

L'arresto giurisprudenziale dell'adunanza plenaria ha offerto alla dottrina la stura per esaminare, ancora una volta, il tema del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui si era già ampiamente occupata sotto vari profili. Non può negarsi, infatti, il carattere multiforme della disciplina sul ricorso straordinario in quanto abbraccia al proprio interno diversi istituti e molteplici questioni di diritto che spaziano da profili precipuamente sostanziali a quelli squisitamente processuali. Tale polifonia interpretativa trova conferma nel dimostrato coinvolgimento di diversi organi giudiziari, dalla giurisprudenza comunitaria, a quella costituzionale, da quella ordinaria, a quella, chiaramente, amministrativa.

La versatilità dell'istituto richiede necessariamente una selezione dei profili coinvolti: tra quest'ultimi, la scelta della presente indagine ricade sui due principi di diritto individuati dall'esame delle sentenze nn. 9 e 10/2013 dell'adunanza plenaria, ossia il primo attinente la natura giurisdizionale del ricorso straordinario e della decisione resa sul ricorso e il secondo concernente la competenza del Consiglio di Stato in unico grado per l'esecuzione della medesima decisione.

L'attenzione da parte della dottrina sui principi di diritto posti dalle recenti pronunce dell'adunanza plenaria era, tuttavia, inevitabile, atteso che l'istituto in esame, nato come descritto nel 1859, necessitasse da tempo di uno «svecchiamento»¹⁰⁴ della sua disciplina e di un adeguamento agli ultimi approdi giurisprudenziali e ai recenti interventi legislativi, tra i quali, in particolare, emerge l'introduzione del codice del processo amministrativo.

Anzi, la dottrina maggioritaria ha accolto positivamente la revisione apportata dal legislatore all'istituto e il contributo innovativo delle pronunce dell'adunanza plenaria.

La natura «ibrida»¹⁰⁵ dell'istituto, a metà tra ricorso amministrativo e ricorso

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.4 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.4 della parte in diritto.

¹⁰⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss.

¹⁰⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, F.G. SCOCA (in a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 621.

giurisdizionale, è il *fil rouge* che lega tutta l'evoluzione dell'istituto sin dalla sua nascita, e che ha permesso alla dottrina di schierarsi in tre posizioni.

Il muro che divide le differenti posizioni è rappresentato dai recenti interventi legislativi (la legge n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo) che, secondo alcuni studiosi¹⁰⁶, sono andati a mutare la genetica dell'istituto in esame. In altri termini, sono individuabili tre orientamenti dottrinali: il primo *ante* legge n. 69/2009 fautore della natura amministrativa del ricorso straordinario; il secondo e il terzo *post* legge n. 69/2009 fautore l'uno della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso, l'altro di una posizione c.d. intermedia.

9. *La prima dottrina sostenitrice della natura amministrativa, ante legem n. 69/2009*

Una prima dottrina¹⁰⁷, quella tradizionale, legata all'origine "monarchica" dell'istituto, sosteneva che il ricorso straordinario fosse un rimedio amministrativo a causa della natura dell'autorità amministrativa decidente alla quale il ricorso veniva proposto¹⁰⁸, ossia il Presidente della Repubblica, non assolutamente vincolata al parere espresso dal Consiglio di Stato. I criteri che guidavano l'autorità decidente erano completamente diversi da quelli consistenti nella pura applicazione delle norme di diritto e non assicuravano assolutamente la imparzialità e la terzietà, garantita, invece, dagli organi giurisdizionali.

La qualifica di rimedio giustiziale dal carattere generale¹⁰⁹, diverso e distinto

¹⁰⁶ Cfr. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 619.

¹⁰⁷ Cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 91; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza – I presupposti*, Milano, 1984, 1319 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 1265; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, Roma, 1989, XL, 684 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 421 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, 103 ss.; T. AUTIERI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in T. AUTIERI, M. DE PAOLIS, R.E. MARCHESE, V. MASCELLO, N. PAOLANTONIO, S. ROSSI, G. SCHETTINO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Padova, 2006, 385 ss.

¹⁰⁸ Cfr. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 11 ss.

Più di recente, G. D'ANGELO, *Consiglio di Stato e «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2012, III, 532 ss.; ID., *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *www.giustamm.it*; G. MARTINI, *Il "ricorso straordinario" al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la legge n. 69/2009*, in *www.giustamm.it*; F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, cit., 669 ss.

¹⁰⁹ Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 52 e L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROL-

dal ricorso giurisdizionale, si basava fondamentalmente sulla disciplina dettata dal d.P.R. n. 1199/1971, prima, chiaramente, delle recenti modifiche già segnalate.

La disposizione del 1971 superava, infatti, le incertezze sorte sulla sopravvivenza dell'istituto in esame e manifestava la volontà politica del Governo di allora non solo di conservarlo come mezzo di tutela alternativo al ricorso giurisdizionale, ma anche di rimuovere «ogni incertezza sulla natura meramente amministrativa del ricorso straordinario»¹¹⁰.

Il ricorso straordinario si distingueva (e tutt'ora si distingue), in primo luogo, per il precipuo *locus* in cui si svolge la controversia: il contesto nel quale si propone il ricorso straordinario è sostanzialmente tutto interno all'amministrazione¹¹¹, a differenza del ricorso giurisdizionale che esce dall'ambito procedurale amministrativo per svilupparsi in un diverso contesto che è quello processuale dinanzi a un collegio giudicante.

Nonostante la diversa sede di svolgimento, il ricorso straordinario veniva disciplinato dall'ordinamento su un piano parallelo a quello del ricorso giurisdizionale, pur mantenendo ben distinte le sue peculiarità soprattutto quelle relative all'inammissibilità del ricorso per Cassazione e del ricorso per l'esecuzione del giudicato, *ex art. 27, T.U. Consiglio di Stato e art. 37, legge TAR*¹¹². La dottrina, sul punto, precisava che la decisione del ricorso straordinario non avesse alcun valore di "giudicato" proprio per la mancanza del carattere *formalmente* giurisdizionale; tuttavia, la decisione era ritenuta idonea a produrre effetti sostanzialmente identici a quelli prodotti dal giudicato, in quanto le statuizioni in essa contenute erano vincolanti sia per l'amministrazione sia per il ricorrente laddove soccombenti¹¹³. Dall'assenza del carattere giurisdizionale derivava anche la mancata acquisizione del requisito di "cosa giudicata" ed era questa la principale ragione per la quale si escludeva la proposizione del giudizio di ottemperanza.

Non meno rilevante, a sostegno della natura amministrativa, era la soggezione, come tutti i decreti presidenziali, alla registrazione e al controllo di legittimità della Corte dei Conti¹¹⁴.

LI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 426 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, 527 ss.

¹¹⁰ G. LANDI, *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali. L'ordinamento – il personale – la funzione consultiva del Consiglio di Stato*, Milano, 1986, 290 che richiama V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.

¹¹¹ M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, *op. cit.*, 622 che richiama Cons. Stato, Ad. Gen., 29 maggio 1997, n. 72, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1452.

¹¹² Cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, *cit.*, 111; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza – I presupposti*, *cit.*, 1354 ss.

¹¹³ Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, *cit.*, 59.

¹¹⁴ Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, *cit.*, 58.

Questa prima posizione dottrinale mostrò la prima crepa sull'impalcatura della mera natura amministrativa del ricorso straordinario, quando iniziò a ritenerlo intersezione tra diritto sostanziale e processuale, ossia con la sostanza di un ricorso amministrativo, ma con la funzione di un ricorso giurisdizionale¹¹⁵.

Una più recente dottrina¹¹⁶, influenzata dal graduale mutamento della natura del ricorso, vi ravvisa non tanto un avvicinamento del rimedio giustiziale a quello giurisdizionale, quanto piuttosto una sua valorizzazione nel contesto dell'amministrazione giustiziale.

10. *La recente dottrina sostenitrice della natura giurisdizionale, post legem n. 69/2009*

Sotto la spinta prima del giudice comunitario e poi della giurisprudenza nazionale, specie quella della Corte di Cassazione, la dottrina¹¹⁷ più recente ha condiviso e rinforzato il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario.

Sicuramente una svolta determinante, come accennato, l'ha impressa il legislatore con la legge n. 69/2009 e, a seguire, con il codice del processo amministrativo.

Le modifiche apportate dalla legge n. 69 al d.P.R. n. 1199/1971 sono state già trattate nell'elaborazione iniziale sugli orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi intorno al ricorso straordinario; esse assumono rilevanza – è utile ribadirlo – in quanto, eliminando alcune notevoli differenze tra il procedimento per il ricorso straordinario e l'*iter* giurisdizionale, mutano anche la qualificazione e i poteri dell'organo decidente¹¹⁸.

A queste modifiche, si allinea a stretto giro il codice del processo amministrativo, con gli artt. 7, comma 8, 48 e 112 ss., già esaminati; in particolare quest'ultimo articolo procedurale stabilisce l'ammissibilità dell'ottemperanza delle decisioni su ricorso straordinario, pur non citandole – come del resto neanche le altre disposizioni codicistiche – espressamente nell'ambito della disciplina del giudizio esecutivo.

Invero, per l'ampia produzione giurisprudenziale che ne ha fatto seguito e nel

¹¹⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 50.

¹¹⁶ F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2376, che richiama A. GIUSTI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato. Art. 69, comma 9, della legge 18 giugno 2009, n. 69. Giudizio di ottemperanza. Inammissibilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1040.

¹¹⁷ Cfr. L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, V, 4445 ss.

¹¹⁸ Cfr. C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, XLII, 2014, 1406 ss.

coacervo legislativo, il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario ha condotto allo sviluppo di due orientamenti dottrinali.

Il primo, sicuramente maggioritario, cavalcando l'onda delle decisioni dell'adunanza plenaria¹¹⁹, ritiene il rimedio come giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo¹²⁰ o tutt'al più un ibrido tra i due rimedi, secondo una dottrina c.d. intermedia; il secondo, più cauto, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale¹²¹, ritiene il ricorso un rimedio giustiziale amministrativo. Il termine di confronto per entrambi è, chiaramente, il ricorso giurisdizionale e le regole del processo amministrativo: il legame è più sottile, secondo la prima tesi; più largo, per la seconda.

Il primo orientamento, infatti, parte dalla considerazione che sussista equiparazione tra i due rimedi tale che il ricorso straordinario sia un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa, dove la specialità attiene al suo espletarsi in un unico grado per una libera scelta delle parti del giudizio. È su questa equiparazione si basa anche il rapporto di alternative (chiaramente rispetto al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm.), con il suo corollario della trasponibilità, tra i due rimedi: esso si muove in senso bidirezionale, in quanto la proposizione del ricorso straordinario esclude l'esperibilità del ricorso giurisdizionale e viceversa, e insieme consente la "conversione" della tutela. L'art. 48, cod. proc. amm. al comma 3, prevede, infatti, un meccanismo di *translatio iudicii* laddove stabilisca che il TAR che dichiari l'inammissibilità dell'opposizione debba disporre la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria.

In altri termini, assicurando la conversione, si garantisce linearità, univocità e non contraddizione tra i due rimedi¹²².

¹¹⁹ Cfr. F.G. COCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, op. cit., 2374 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 228 ss.; A. DAPAS, L. VIOLA, *L'ottemperanza delle decisioni dei ricorsi straordinaria spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2013, 780 ss.; S. MORELLI, *L'Adunanza Plenaria conferma la "sostanza giurisdizionale" del ricorso straordinario: l'ottemperanza compete al Consiglio di Stato*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 4, 3 ss.; I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, 7, 803 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, 224 ss.

¹²⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che ritiene il rimedio *tendenzialmente* giurisdizionale. Cfr. anche C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1408 ss. che richiama A. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²¹ Cfr. Corte cost. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73.

¹²² Cfr. C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1415.

L'argomentazione forte che, però, sostiene questa parte della dottrina è la medesima riportata dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria: il contenuto del parere espresso dal Consiglio di Stato, divenuto vincolante, sarebbe manifestazione dell'esercizio di un potere giurisdizionale; in sostanza, il carattere giurisdizionale del ricorso e della conseguente decisione "presidenziale" è ravvisabile nel ruolo ricoperto dal Consiglio di Stato che nella verifica della legittimità dell'atto impugnato con il ricorso non può che esercitare un potere giurisdizionale (e non consultivo, come si era ritenuto) che, in quanto tale, è terzo, indipendente e rispettoso delle regole del contraddittorio. Tutto ciò, si aggiunge, avviene con il consenso di ogni parte intimata dal ricorso straordinario favorevole a una soluzione della controversia più rapida e snella, in un unico grado. Chiaramente, in quest'ottica, riemersa la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, se ne deduce la sua legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

L'affermazione della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario e della decisione presidenziale, da parte di tale dottrina, coadiuvata dal consenso amministrativo, solleva non poche criticità, soprattutto in ordine alla piena equiparazione tra i due tipi di rimedi.

Il mutamento apportato dal legislatore al parere reso dal Consiglio di Stato è radicale; non si assiste solo alla trasformazione del parere da obbligatorio, secondo la precedente normativa, a vincolante, ma viene in rilievo una vera e propria torsione ontologica della sua natura: il parere è, infatti, la decisione del ricorso straordinario¹²³. Tuttavia, la stretta comunanza tra il ricorso amministrativo e il ricorso giurisdizionale si avverte sul piano della tutela demolitoria, tradizionalmente garantita da entrambi, ma si scorge anche una nota stonata sul piano del ventaglio di azioni di varia natura¹²⁴ proponibili dinanzi al giudice amministrativo, volte a garantire l'effettività e pienezza della tutela che non sono assolutamente esperibili mediante il ricorso straordinario.

Pertanto, i due rimedi sono sicuramente equiparabili solo nella prima ipotesi, quella impugnatoria del provvedimento amministrativo; ne consegue che il ricorso straordinario non è in grado di garantire il rispetto dell'effettività della tutela, riconosciuto non solo dal diritto nazionale nella Costituzione e nell'art. 1 cod. proc. amm., ma anche nel diritto comunitario agli artt. 6 e 13 della CEDU.

La riflessione si allinea anche a quanto stabilito dalla sentenza della Corte di

¹²³ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss.

¹²⁴ Cfr. *ex multis*, E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, e in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 457 ss.; ID., *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*; ID., *Le azioni innanzi al giudice amministrativo*, in E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale. Diritto e processo amministrativo*, in *Quaderni*, n. 18, Napoli, 2014, 11 ss.

Strasburgo¹²⁵ che non ritiene applicabile l'art. 6 della CEDU al ricorso straordinario, proprio per le sue caratteristiche (il perimetro delle azioni esperibili, le forme di esplicazione del contraddittorio, la modalità di svolgimento dell'istruttoria e il novero dei mezzi di prova acquisibili), tra cui, non ultima, l'eventualità dell'impugnazione del decreto sul ricorso *de quo* dinanzi al TAR.

Lo stesso può dirsi sul principio del giusto processo consacrato nell'art. 111 Cost. e sui connotati del processo e del giudice manifestati nel dettato costituzionale.

In relazione proprio al sistema giurisdizionale disegnato dalla Costituzione, rilevano in particolare gli artt. 102, 103 e 125.

L'art. 102 Cost. impedisce, a chiare lettere, l'istituzione di nuovi giudici straordinari o speciali da parte del legislatore; allo stesso modo, la sesta disposizione transitoria imponeva (e impone tutt'ora) la revisione di organi speciali di giurisdizione esistenti al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione.

Il combinato disposto degli artt. 103 e 115 Cost., invece, prevede che per le controversie riguardanti interessi legittimi e, nelle particolari materie di giurisdizione esclusiva, anche diritti soggettivi, la giurisdizione appartenga al TAR, in primo grado, al Consiglio di Stato e al Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, in secondo grado.

Il quadro normativo costituzionale, in altri termini, non comprende un nuovo giudice amministrativo o speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa, come anche non include un organo che eserciti funzioni giurisdizionali o un rimedio di soluzione (delle controversie indicate) con natura giurisdizionale¹²⁶.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza¹²⁷ che, pur nell'ambiguità dell'espressione utilizzata sulla natura del ricorso straordinario come "sostanzialmente giurisdizionale", ritiene che si assista, invero, alla revisione di uno strumento di giustizia previsto dall'ordinamento ancora prima della introduzione della Costituzione, ossia il ricorso straordinario al Re, poi divenuto al Capo dello Stato.

In quest'ottica, gli organi giudiziari di vertice concordano non solo nella compiuta trasformazione del rimedio in giurisdizionale, ma anche nella creazione di un nuovo organo con funzione giurisdizionale rintracciabile nel Consiglio di Stato in sede consultiva¹²⁸; tale lettura consentirebbe, chiaramente, il rispetto del disposto dell'art. 103 Cost. sulla "specialità" del TAR e del Consiglio di Stato.

¹²⁵ Cfr. Corte CEDU, 28 settembre 1999, caso Nardella.

¹²⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2376.

¹²⁷ Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464 che richiama la vicenda delle commissioni tributarie. Cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2 della parte in diritto e Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2 della parte in diritto.

¹²⁸ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2377 ss.

I dubbi, tuttavia, restano, se si considera che, per quanto innegabile che il ricorso straordinario sia stato previsto ancor prima dell'introduzione della Costituzione come ricorso al Re, esso non è mai stato equiparato e considerato un rimedio giurisdizionale, ma sempre uno strumento di giustizia di natura amministrativa o giustiziale, anche nell'arco della sua evoluzione *post* Costituzione, come gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali richiamati innanzi testimoniamo¹²⁹.

Sic rebus stantibus, il ricorso straordinario non rientra nel sistema giurisdizionale, neanche come strumento speciale di giurisdizione. Esso rimane un rimedio amministrativo, espressione dell'esercizio di una funzione amministrativa¹³⁰, tutt'al più di natura contenziosa, in quanto origina un procedimento amministrativo che si conclude con una decisione presidenziale che, seppur complessa, è pur sempre e semplicemente dirimente di una controversia. In questo connotato consiste la sua qualità di decisione di giustizia che esclude, però, il riconoscimento automatico di natura giurisdizionale solo perché annette il parere vincolante del Consiglio di Stato¹³¹.

Anche dal punto di vista strettamente formale, sussiste un'ulteriore importante diversità tra il ricorso straordinario e giurisdizionale: quello giurisdizionale conduce a una sentenza (o, tutt'al più a un'ordinanza sulla competenza) quale tipica manifestazione dell'esercizio del potere da parte dell'organo giurisdizionale; il ricorso straordinario, invece, porta all'adozione di un decreto da parte del Presidente della Repubblica, assolutamente non assimilabile a una sentenza.

In altri termini, sul piano squisitamente soggettivo¹³², il Presidente della Repubblica non è un organo giurisdizionale e, come tale, non adotta una sentenza a conclusione dell'*iter* procedurale, ma un decreto.

Labile appare, anche, l'argomentazione che verte sulla natura¹³³ del parere reso dal Consiglio di Stato divenuto, a seguito della riforma, vincolante; sul punto,

¹²⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2377 ss.

¹³⁰ F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2377 ss. il quale richiamando la distinzione, presente in altri ordinamenti come quello francese, tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, ne esclude la operatività nell'ordinamento costituzionale italiano. Ne consegue che pur sussistendo la possibilità che organi diversi da giudici siano preposti a risolvere controversie, non vuol dire che esercitino una funzione sostanzialmente giurisdizionale: questi organi se soggettivamente e formalmente sono amministrativi, anche la funzione è amministrativa, seppur accompagnata da garanzie simil – giurisdizionali. Rimane una funzione giustiziale, ossia di soluzione delle controversie in sede amministrativa. È questo il caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

¹³¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2377 ss.

¹³² Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 232 ss.

¹³³ Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 232 ss.

infatti, siffatta natura non esclude la facoltà rimessa al Presidente della Repubblica di richiedere il riesame del parere per motivi di legittimità, restituendo il decreto al Ministero competente.

Non meno rilevante, infine, è la perplessità che nasce su tutta la fase istruttoria svolta dall'amministrazione, ossia dal Ministero competente sprovvisto, come noto, della qualità di organo *super partes*.

Accanto alla dottrina sostenitrice della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, se n'è sviluppata un'altra c.d. intermedia¹³⁴ che si è concentrata, per lo più, sulle note dissonanti della disciplina costruita sul ricorso straordinario rispetto al modello costituzionale del giusto processo. Per superare siffatta dissonanza, questa parte della dottrina ritiene che il ricorso straordinario sia un istituto parallelo al ricorso giurisdizionale collocabile in una zona mediana tra il rimedio giustiziale (ormai superato) e la tutela giurisdizionale vera e propria.

Ma anche questa dottrina non pare dissipare tutti i dubbi e le perplessità esposti.

Le conseguenze della qualificazione del ricorso straordinario come rimedio giurisdizionale, rientrante nel sistema della giustizia amministrativa come forma speciale e semplificata di mezzo di tutela¹³⁵, e della riaffermazione della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato quando adotta il parere sul ricorso *de quo*, sono molteplici e si intersecano "a cascata" l'una con l'altra. Una per tutte, si pensi all'eventuale rimessione all'adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., nell'ipotesi di contrasto tra una decisione di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e un parere da quest'ultimo espresso su un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹³⁶.

11. La posizione della dottrina sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza

Le posizioni dottrinali che hanno esaminato la questione del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti adottati sui ricorsi straordinari sono simmetriche a quelle sviluppatesi intorno alla natura giuridica del ricorso in esame.

L'assenza di una disciplina processuale sull'ottemperanza delle decisioni presidenziali ha reso chiaramente più acceso il dibattito dottrinale che vede protagonisti due opposti orientamenti.

¹³⁴ Cfr. F. FRENI, *Tanto tuonò ... Impressioni a prima lettura a margine di sez. riunite 28 gennaio 2011, n. 2065*, in *www.giustamm.it*; ID., *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 224 ss.

¹³⁵ Cfr. P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 9.

¹³⁶ C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1413 che richiama Cons. Giust. Amm. Sic., 10 maggio 2013, nn. 462, 463, 464.

Aderendo agli arresti giurisprudenziali del consesso amministrativo, sull'applicazione della lett. *b* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm. che valorizzano l'esecuzione dei provvedimenti adottati dal giudice amministrativo, la prima linea interpretativa, maggioritaria, ha riconosciuto la natura di giudice al Consiglio di Stato in sede consultiva. Pertanto, i decreti presidenziali come "espressione", nell'apparato motivazionale, del parere emesso da un giudice, sono qualificabili come "provvedimenti esecutivi" del giudice amministrativo che richiedono per essere eseguiti dell'intervento del Consiglio di Stato, trattandosi del giudice che ha "emesso" la decisione.

Il secondo orientamento dottrinale ha distinto, invece, il carattere di definitività nel *decisum* della decisione sul ricorso straordinario che assumerebbe la forza di giudicato, per cui la decisione rientrerebbe nei provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato¹³⁷.

L'ampiezza della formulazione prevista dall'art. 112 cod. proc. amm. permette, senza particolari problemi – come sostenuto dalla giurisprudenza descritta –, che si adisca il giudice dell'ottemperanza per ottenere l'esecuzione di un decreto sul ricorso straordinario, rimasto inadempito.

Al di là della collocazione delle decisioni presidenziali nella lettera *b*) o *d*) del secondo comma dell'art. 112 cod. proc. amm., la *ratio* dell'istituto esecutivo è, come suggerito¹³⁸, la medesima per entrambe le previsioni, ossia la garanzia dell'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi a decisioni immodificabili. Pertanto, sarebbe poco pertinente la ricerca della fonte legislativa; come anche poco determinante sarebbe il propedeutico riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso *de quo*.

In altri termini, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza non è ancillare al riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso, come si è finora sostenuto, essendo la questione sul giudizio di ottemperanza una questione dalla soluzione autonoma sia per l'ampia formulazione dell'art. 112 cod. proc. amm. sia per il dettato dell'art. 113 cod. proc. amm. che attribuisce la competenza al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta¹³⁹.

Pur tuttavia la dottrina si è interrogata non solo e non tanto sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, atteso che ormai era stata sufficientemente riconosciuta, quanto sull'applicabilità della lett. *b* o *d* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm. e, di conseguenza, sull'individuazione del giudice competente, ai sensi dell'art. 113 cod. proc. amm.

¹³⁷ Cfr. P. GOTTI, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2013, 9, 2592 ss.

¹³⁸ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378 ss.

¹³⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378 ss.

La questione non ha trovato una soluzione univoca da parte della dottrina e, come si è evidenziato innanzi, della giurisprudenza e in questo senso non può che elogiarsi la presa di posizione dell'adunanza plenaria soprattutto in ordine all'individuazione del giudice competente a dare esecuzione alle decisioni presidenziali accolte ma rimaste inadempite. Stabilire fermamente la competenza del Consiglio di Stato in unico grado assicura comunque il rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale, garantita a livello costituzionale e legislativo.

12. *Il ricorso come rimedio giustiziale amministrativo*

I dubbi innanzi palesati dalla dottrina intorno all'affermazione della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario (e sulla decisione su di esso adottata) sono stati in parte fugati da una più "moderata" qualificazione del ricorso in esame come rimedio giustiziale amministrativo. Siffatta qualificazione, che supera quella dettata dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria, è stata suggerita, come innanzi meglio specificato, da una recente e successiva giurisprudenza costituzionale¹⁴⁰ ed appare, senza dubbio, la più sostenibile.

Ritenere il ricorso straordinario un rimedio amministrativo dalla natura giustiziale appare, infatti, conforme non solo alla disciplina dettata dal d.P.R. n. 119/1971, come modificato successivamente dalla legge n. 69/2009, e dal codice del processo amministrativo, ma anche al dettato costituzionale dell'art. 100, comma 1, secondo cui il Consiglio di Stato è organo di tutela della giustizia nell'amministrazione¹⁴¹ e dell'art. 102 che vieta l'istituzione di giudici speciali.

Sul primo punto, appare evidente che le previsioni legislative di cui alla legge del 2009 e del codice del processo amministrativo non escludano la qualificazione del ricorso *de quo* come un rimedio amministrativo giustiziale come, anche, non stabiliscano espressamente la natura giurisdizionale (o sostanzialmente giurisdizionale) del medesimo. Contrariamente a quanto sostenuto da quella parte della dottrina, innanzi esposta, che poneva le recenti disposizioni a fondamento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, la *voluntas* del recente legislatore si è mossa nel solo senso di correggere e integrare la disciplina esistente. In quest'ottica, il legislatore del 2009 e del codice processuale amministrativo¹⁴² non ha

¹⁴⁰ Cfr. Corte cost. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73. S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1176 ss. che legge la definizione offerta dalla Corte costituzionale come un istituto ibrido, insieme giurisdizionale ed amministrativo; un ircocervo giuridico, ambiguo e ambivalente.

¹⁴¹ Cfr. F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1476 ss.

¹⁴² F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1476 ss. che esamina nello specifico l'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. che ha ridotto l'ambito

inteso esprimersi sulla natura del ricorso straordinario, ma si è preoccupato di riordinare e sistematizzare la disciplina sul ricorso straordinario, atteso il caos legislativo (e giurisprudenziale) fino ad allora esistente. Seguendo questa linea interpretativa della dottrina¹⁴³, il legislatore non avrebbe volutamente colto l'occasione di definire la natura del ricorso straordinario, quasi a voler confermare quella fino ad allora riconosciuta, ossia quella di rimedio amministrativo.

In sostanza, la prospettiva con cui esaminare il quadro normativo introdotto dalla legge 2009 e dal codice del processo del 2010 muta: esso non ha inciso significativamente sulla disciplina del ricorso straordinario, come sostenuto dal consesso amministrativo, ma è stato solo riordinato.

In questo senso, sarebbe anche marginale la questione, sostenuta da una parte della giurisprudenza¹⁴⁴, circa la configurabilità della natura giurisdizionale soltanto ai ricorsi straordinari introdotti in seguito al 16 settembre 2010, ossia in seguito all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo¹⁴⁵. I ricorsi straordinari sia prima che dopo l'introduzione codicistica non avrebbero comunque natura giurisdizionale.

Anche l'acquisita vincolatività del parere espresso dal Consiglio di Stato (prevista dalle modifiche apportate dalla legge del 2009 al d.P.R. n. 1199/1971) non avrebbe tutta questa portata innovativa¹⁴⁶ sulla natura del ricorso in esame. Il parere, invero, non era neanche prima delle modifiche un mero atto istruttorio, ma conservava in sé la decisione della controversia: è, in tal senso, rimasta immutata la natura decisoria del parere ricostruibile come un giudizio, secondo la defini-

di ammissibilità del ricorso, sostenendo che la riduzione potesse essere stabilita anche senza le modifiche introdotte dalla legge del 2009.

¹⁴³ Cfr. F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1476 ss. e M.T. SEMPREVIVA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2014, 6, 636 ss.

¹⁴⁴ F.G. ROMANO, *Il ricorso straordinario e il dilemma irrisolto: ricorso amministrativo o giurisdizionale?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 1085 che richiama Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 55 che ha escluso la proponibilità del ricorso per ottemperanza a una decisione sul ricorso straordinario, essendo stato quest'ultimo proposto nel 2002, ossia prima degli interventi legislativi del 2009 e del 2010.

¹⁴⁵ Di recente, Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5506 ha rimesso all'adunanza plenaria la questione «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 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 all'entrata in vigore della legge n. 69/2009 (e quindi rivestiva portata vincolante)».

¹⁴⁶ P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.federalismi.it*, 2014, 5 che si sofferma, invece, sul carattere interpretativo e non innovativo dell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. rispetto alla disciplina dettata dal d.P.R. n. 1119/1971 modificato dal legislatore del 2009.

zione della giurisprudenza innanzi esposta; a mutare è stata solo la sua efficacia divenendo assolutamente vincolante¹⁴⁷.

Il ricorso straordinario rispetta, altresì, alla lettera i precetti costituzionali (artt. 100 e 102 Cost.), in quanto è, senza dubbio, l'unica forma di giustizia interna all'amministrazione in cui è coinvolto il Consiglio di Stato nell'esercizio della sua funzione di organo di tutela giustiziale amministrativa, non già di organo strettamente giurisdizionale.

Siffatta funzione (quella giurisdizionale) è completamente diversa da quella giustiziale in esame e il Consiglio di Stato la esercita solo ed esclusivamente in secondo grado, in appello, avverso le decisioni dell'organo di primo grado, che è il TAR. In questa veste, il Consiglio di Stato è giudice e si pone in un piano ben distinto rispetto all'amministrazione, che è una delle parti della controversia oggetto del suo giudizio.

In altri termini, i due piani e i due ruoli – quello del Consiglio di Stato, da una parte e quello dell'amministrazione, dall'altra –, non possono confondersi perché il loro rapporto è ben distinto e scisso: il primo è giudice, la seconda è parte processuale. Allo stesso modo, non può confondersi il ruolo ricoperto dal Consiglio di Stato quando è giudice di secondo grado rispetto a quello in cui è consulente in materia giuridico – amministrativa del Governo e, soprattutto, organo di tutela interna all'amministrazione nell'ipotesi del ricorso straordinario, secondo il dettato dell'art. 100 Cost.

In definitiva, il ricorso viene deciso dalle sezioni consultive del Consiglio di Stato, espressione della funzione di consulenza ben distinta dalla funzione giurisdizionale che in questa sede non esercita¹⁴⁸, sull'assunto – non meno rilevante – che in forza del divieto imposto dall'art. 102 Cost. (e della sesta disposizione transitoria) né il legislatore ordinario, né ancor meno gli organi giudiziari, possono creare un nuovo giudice¹⁴⁹.

Nell'intento di trovare un elemento distintivo del ricorso straordinario, il termine di paragone potrebbe cambiare: non più e solo il ricorso giurisdizionale, come finora ci si era apprestati a fare, ma anche i ricorsi amministrativi di cui esso, tradizionalmente, fa parte. In questo senso, la straordinarietà che connota il ricorso al Presidente della Repubblica va intesa, tradizionalmente, in relazione agli altri ricorsi gerarchici: esso avrebbe solamente un carattere giustiziale più accentuato rispetto agli altri ricorsi amministrativi che si manifesta, ad esempio, nell'impossibilità ad adire la Corte costituzionale per questioni incidentali di costitu-

¹⁴⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1476 ss.

¹⁴⁸ Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 235.

¹⁴⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Osseervazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss. e F.G. ROMANO, *Il ricorso straordinario e il dilemma irrisolto: ricorso amministrativo o giurisdizionale?*, cit., 1085.

zionalità, a differenza della legittimazione riconosciuta alla sezione consultiva del Consiglio di Stato quando adotta il parere nell'*iter* procedurale originato dal ricorso straordinario.

D'altro canto, il carattere giustiziale si distingue anche nella disciplina sui ricorsi amministrativi come esternazione della funzione amministrativa che in sé riassume sia una funzione contenziosa sia una funzione di amministrazione attiva¹⁵⁰.

Pertanto, la *ratio* di rendere giustizia all'interno dell'amministrazione ispira non solo la disciplina dei ricorsi amministrativi *tout court*, ma anche, come si è accennato, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: essi, dunque, convivono in un rapporto armonico. Il rapporto con il ricorso giurisdizionale si ridurrebbe, invero, in quest'ottica, a una comunanza solo di alcuni tratti strutturali e funzionali, ma i due piani, come già sostenuto, sono ben distinti.

13. Osservazioni conclusive

La tematica del ricorso straordinario apre tantissimi scenari che coinvolgono profili sostanziali e processuali del diritto amministrativo, come gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali innanzi esposti testimoniano.

Soprattutto le diverse ricostruzioni dottrinali hanno tentato di ordinare la disciplina in esame, in particolare a ridosso dei rilevanti recenti approdi giurisprudenziali, ma nel tunnel di problematiche e di spiragli che pure aprono, non riescono a trovare una via d'uscita. Rimangono, in altri termini, molti (o troppi) i nodi irrisolti che, tuttavia, sono sempre fonte di riflessione e di suggerimenti nel naturale percorso evolutivo della scienza del diritto.

In quest'ottica, si accoglie l'invito dell'adunanza plenaria a trovare un punto di equilibrio tra la interpretazione offerta del ricorso straordinario e l'esigenza di attuazione dei canoni costituzionali ed europei che ispirano l'art. 1, cod. proc. amm., in materia di effettività della tutela, di garanzia del pieno contraddittorio, di diritto alla prova e di diritto a un equo processo, cercando di offrire una lettura costituzionalmente orientata del ricorso straordinario al Capo dello Stato che tenga conto di uno dei principi baluardo dello Stato di diritto, ossia quello di separazione dei poteri.

¹⁵⁰ F.G. SOCCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1476 ss., che, sul punto, richiama la distinzione tra amministrazione attiva e contenziosa. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 232 ss. che, sul punto, ritiene che nel ricorso amministrativo sia riscontrabile un'attività contenziosa pura, a differenza degli altri ricorsi in cui si ravvisa un'attività contenziosa mista a quella di amministrazione attiva. L'A. richiama, a sostegno, M. NIGRO, *Sul controllo di legittimità da parte della corte dei Conti degli atti di decisione di ricorsi straordinari*, in *Giur. cost.*, 1961 e in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 465 ss. e M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953.

In sostanza, la seguente riflessione tenta di esaminare l'istituto *de quo* da un altro (e forse nuovo) punto di vista metodologico: non più e tradizionalmente esaminando la relazione del ricorso straordinario con il ricorso giurisdizionale o con i ricorsi amministrativi, ma concentrandosi sulle dinamiche che legano la decisione del Presidente della Repubblica nella relazione con gli altri organi coinvolti nell'*iter* procedimentale.

I recenti interventi legislativi sulla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato, quindi, vanno letti in un'ottica non solo di riordino e sistematizzazione, ma, invero, anche di una percepibile commistione tra i ruoli esercitati dai poteri istituzionali.

In tal senso, una prima sollecitazione proviene dal significativo ruolo ricoperto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, nell'esercizio della funzione nomofilattica riconosciutagli dal codice del processo amministrativo, sta progressivamente dilatando i propri ambiti operativi. In sostanza, un primo elemento della commistione attiene, quindi, alla relazione tra il potere legislativo e il potere giudiziario.

Non solo; un ulteriore dubbio è legato al progressivo avvicinamento, suggerito da una parte della dottrina e della giurisprudenza, del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale (si pensi, non ultimo, anche al medesimo *nomen juris* del decreto monocratico e del decreto presidenziale), che potrebbe gradualmente condurre al rischio di riconoscere una forma di esercizio del potere giudiziario al Capo dello Stato. Siffatto dubbio è fugato dall'attribuzione della paternità della decisione al parere reso dal Consiglio di Stato che, però, ha come risvolto infelice di ridurre il ruolo del Presidente della Repubblica a mero esecutore, nonostante sia egli ad adottare la decisione finale.

Quanto al parere espresso dal Consiglio di Stato, poco convincente appare l'identificazione tra il parere e la decisione del ricorso straordinario. Nonostante la dottrina tradizionale ritenga che i pareri vincolanti siano atti di decisione¹⁵¹, la nuova disciplina sembrerebbe introdurre una nuova forma di parere, quello giurisdizionale, il cui contenuto è dettato dalla decisione presa dal Consiglio di Stato. Invero, come sostenuto innanzi, l'intervento legislativo non va tanto a mutare la natura del parere, quanto i suoi effetti che divengono vincolanti per il Presidente della Repubblica, dove la vincolatività è determinata anche dall'assenza di competenze del Capo dello Stato a conoscere della legittimità degli atti amministrativi, per cui non può che rimettersi a quanto deciso del Consiglio di Stato.

Tuttavia, le perplessità restano, soprattutto se si considera che non vi sia alcuna disposizione a livello costituzionale che attribuisca una funzione decisoria al Consiglio di Stato nell'*iter* che conduce alla decisione presidenziale sul ricorso straordinario. In questa prospettiva, il parere non sarebbe che un atto endoprocedimentale strumentale e funzionale all'adozione del provvedimento finale decisorio.

¹⁵¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1988, 565.

Tutt'al più, gli interventi legislativi potrebbero sottendere la creazione di una nuova forma di atti *formalmente presidenziali*, ma *sostanzialmente giurisdizionali*, in cui sia il Consiglio di Stato a definirne il contenuto con il parere, mentre il Presidente della Repubblica si limiti ad emanarlo e a controllarne la aderenza alla Costituzione, sulla falsa riga degli atti formalmente presidenziali, ma sostanzialmente governativi.

Riprendendo, poi, gli schemi seguiti dalla maggior parte della dottrina, da una lettura dell'istituto, come si è anticipato, costituzionalmente orientata, in particolare tramite il dettato dell'art. 100 Cost., il ricorso straordinario non appare aver dismesso del tutto la sua natura di rimedio amministrativo come la giurisprudenza, con qualche forzatura, ha inteso.

Il ricorso straordinario rimane un baluardo eloquente della previsione costituzionale di un "giudice nell'amministrazione" non conciliabile con la diversa formula di "giudice dell'amministrazione", propria del giudice amministrativo.

A questo punto, riprendendo una lontana giurisprudenza, ancora fortemente attuale¹⁵², si potrebbe dire che la mancata previsione da parte del legislatore ordinario in ordine alla natura del ricorso straordinario fa intendere la sua volontà a non mutare la sua primigenia natura di rimedio giustiziale amministrativo nella naturale evoluzione di quello che era il ricorso al Re. In questo senso, esso rimane per l'amministrazione, un mezzo ulteriore di garanzia della legalità, dell'imparzialità e del buon andamento, consacrati nell'art. 97 Cost. e per i cittadini, uno strumento ulteriore di tutela degli interessi legittimi che va ad aggiungersi a quelli ordinari giurisdizionali, nel pieno rispetto del diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost.

L'affermazione trova un sostegno normativo.

In primo luogo, meritevole di particolare attenzione è il nuovo percorso intrapreso dall'ordinamento, a seguito delle riforme costituzionali introduttive di principi economici di matrice comunitaria che, come noto, sono andate a modificare l'art. 97 Cost., introducendo il principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico.

Il ricorso straordinario come rimedio amministrativo giustiziale, come noto, non solo ha tempi più snelli e celeri tipici del procedimento amministrativo (a differenza delle lungaggini di un processo), ma è senza dubbio quello che consente costi più ragionevoli di "accesso alla giustizia" da intendersi, in questo caso, come accesso alla soluzione di una controversia. In altri termini, in un sistema ordinamentale, colpito nei suoi differenti istituti dalla crisi economica in atto, che si modella sempre più alla ricerca del risparmio economico, il ricorso straordinario sembra essere il rimedio che più di altri riesce a soddisfare questa esigenza. D'altra parte, sia a ritenere il ricorso un rimedio giustiziale sia a considerarlo uno strumento di tutela giurisdizionale, l'art. 97 Cost. attiene comunque a entrambi

¹⁵² Cfr. Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Cons. Stato*, 1986, II, 1646 ss.

gli ambiti, rientrandovi sia l'amministrazione pubblica di tipo contenzioso sia l'amministrazione della giustizia.

Anche la lettura delle disposizioni del codice del processo amministrativo e del d.P.R. n. 1119/1971 sembrano confermare la natura amministrativa del ricorso straordinario¹⁵³.

In particolare, l'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. quando ammette il ricorso straordinario unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa non crea nessun parallelismo tra i due rimedi, ma anzi aggiunge un elemento di distinzione più incisivo rispetto agli organi giurisdizionali.

In primo luogo, la disposizione procedurale disciplinando l'ambito di operatività del ricorso *de quo*, lo riduce alle sole controversie per le quali adire il giudice amministrativo, eliminando, quindi, il regime di concorrenza, prima operante, rispetto alla giurisdizione ordinaria; essa vorrebbe intendere che i due piani, quello giustiziale e quello giurisdizionale (ordinario) non possono assolutamente confondersi o fondersi, come, talvolta, ancora accade tra le due giurisdizioni.

Questo avviene anche rispetto alla giurisdizione amministrativa: il ricorso straordinario, infatti, non è proponibile in materia elettorale e in tema di contratti pubblici o nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano del T.r.g.a., quindi, non si occupa delle stesse controversie per le quali adire il giudice amministrativo; allo stesso modo manca in esso la caratteristica della territorialità, tipica, invece, della giurisdizione¹⁵⁴. Tutto questo esclude, dunque, la simbiosi tra le due forme di tutela.

L'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, invece, sul principio di alternatività, quando prevede come non ammissibile il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato che abbia già impugnato l'atto con ricorso giurisdizionale, per quanto intenda evitare il c.d. *ne bis in idem* o un eventuale contrasto tra giudizi, non sembra porre sullo stesso piano i due rimedi. In altri termini, la preferenza accordata dal legislatore al ricorso giurisdizionale pone in secondo piano, diverso e distinto, il ricorso straordinario, pur se si considera la trasposizione tra i due rimedi, ora prevista dall'art. 48 cod. proc. amm.

Si potrebbe obiettare che sia la procedura originata dal ricorso straordinario sia il processo amministrativo constano entrambi di fasi che si sono vicendevolmente influenzate (si pensi alla notificazione prevista ora nel ricorso straordinario, al pari della notifica del ricorso giurisdizionale), perché ispirate dalla medesima *ratio* dirimente della controversia loro sottoposta. Ma le fasi dell'uno e dell'altro non sono affatto assimilabili, perché sono rette da dinamiche e da regole del tutto differenti, senza considerare i termini di proposizione dei due rimedi che sono completamente diversi (120 giorni per il ricorso straordinario, 60 per il ricorso giurisdizionale).

¹⁵³ Cfr. di recente, Cons. Stato, sez. I, parere 31 luglio 2014, n. 2553 (n. affare 1033/2014).

¹⁵⁴ Cfr. F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, cit., 669 ss.

Le prime, quelle che si sviluppano su impulso di un ricorso straordinario, sono rette dalle regole dettate dalla legge n. 241/1990, oltre che dalla legge settoriale, ossia il d.P.R. n. 1199/1971; le seconde che seguono al ricorso giurisdizionale seguono le regole procedurali dettate dal codice del processo amministrativo.

In questo senso, non determinano particolari perplessità le questioni relative al rispetto del principio del contraddittorio: a fronte dei sostenitori della natura giurisdizionale del ricorso *de quo* (fautori del sistema processuale come massima forma di garanzia del contraddittorio tra le parti, a discapito, invece, della unilateralità del contraddittorio scritto e della mancanza di una discussione orale nei segmenti procedurali che seguono al ricorso straordinario) vale la pena di obiettare che le formule processuali spesso non sempre sono garanti né del contraddittorio, né della parità delle parti (si pensi, non ultima, alla costituzione orale delle parti intimiate in giudizio)¹⁵⁵.

D'altro canto, come noto, gli istituti partecipativi previsti dalla legge n. 241/1990 sono stati introdotti dal legislatore soprattutto per agevolare il dialogo tra il cittadino e la pubblica amministrazione. Lo stesso può dirsi chiaramente della fase istruttoria diversa nell'*iter* procedimentale in esame, svolta da un'autorità amministrativa, ossia il Ministro competente per materia¹⁵⁶, rispetto a quella che si svolge dinanzi, o meglio è diretta, dal giudice amministrativo. Il contraddittorio tra le parti deve necessariamente svolgersi e concludersi dinanzi all'amministrazione competente nell'arco della fase istruttoria¹⁵⁷, nel quale vengono garantiti strumenti partecipativi, come il deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti identici per tutte le parti coinvolte.

Un'ultima valutazione attiene alla forza di giudicato riconosciuta alla decisione sul ricorso straordinario considerata quale ragione dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza. Innanzi tutto, occorre chiarire quale sia la *ratio* del giudizio di ottemperanza: se esso garantisca l'attuazione di statuizioni emanate nell'esercizio

¹⁵⁵ Cfr. G. URBANO, *La costituzione tardiva delle parti intimiate. In margine alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 25 febbraio 2013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 185 ss. e in E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Quaderno n. 18 della rivista Diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2013, 97 ss.

¹⁵⁶ P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 11 che esamina (in chiave comparatistica, richiamando il procedimento penale) la fase istruttoria per escludere che porti ad inficiare la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario.

¹⁵⁷ Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131, sul punto, precisa che «l'istanza di accesso può essere presentata sia contestualmente al ricorso, sia anche in ogni momento nel corso dell'istruttoria, in ogni caso nessuna ulteriore dichiarazione può essere inoltrata dalle parti dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività» e aggiunge che «l'amministrazione deve comunicare il momento conclusivo dell'attività istruttoria e i relativi esiti (ossia 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, bensì a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario».

della giurisdizione (lett. *b*, art. 112, comma 2, cod. proc. amm.), secondo l'interpretazione della plenaria, oppure, se esso sia l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi a decisioni immodificabili (lett. *d*, art. 112, comma 2, cod. proc. amm.). Non può che condividersi il secondo costrutto, anche perché, sussistendo la natura amministrativa della decisione presidenziale, essa, una volta efficace, è eseguibile immediatamente, ai sensi dell'art. 21 *quater* della legge n. 241/1990: in altri termini, si riconoscerebbe alla decisione l'applicazione dell'art. 21 *quater*, sicché essa non avrebbe bisogno per essere eseguita di una forma di coercizione eteronoma, rappresentata dalla pronuncia del giudice. Anche a non voler sostenere l'operatività dell'art. 21 *quater*, potrebbe suggerirsi al legislatore di includere nella previsione dell'art. 21 *ter*, sempre della legge n. 241/1990, la decisione presidenziale contenente un obbligo di adempimento rimesso alle parti coinvolte nella controversia.

In questa direzione, dando risalto all'effetto conformativo dell'annullamento giurisdizionale dell'atto, non si trascuri che la tutela demolitoria, garantita sia dal ricorso giurisdizionale sia dal ricorso straordinario, può anche imporre, in caso di accoglimento, all'amministrazione di conformarsi al *decisum* del giudice o del Presidente della Repubblica.

È, forse, su questo piano che i due rimedi convergono, atteso che è l'unica tutela garantita da entrambi i ricorsi; dubbi, invece, ancora permangono sulla possibilità di poter esperire con il ricorso straordinario le ulteriori azioni adesso previste dal codice del processo amministrativo, in particolare quella risarcitoria: essa, nell'ottica di un avvicinamento, o meglio dell'affermazione della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, sarebbe, per una parte della dottrina, ugualmente esperibile¹⁵⁸.

Le suggestioni esposte tentano di rintracciare un punto di vista differente rispetto al "trend" sostanzialistico che sta gradualmente permeando di sé i percorsi processuali e procedurali in cui è coinvolta l'amministrazione. Il ricorso straordinario, persistendo come retaggio culturale del ricorso al Sovrano e resistendo dinanzi alle importanti modifiche che hanno innovato gli assetti istituzionali e le attribuzioni dei poteri, sembra essere l'unico baluardo formalistico in un edificio ordinamentale proiettato più verso la sostanza. In altri termini, il ricorso in esame è forse uno dei pochi istituti in cui ha, ancora, più peso la forma e meno la sostanza.

È in questo senso che può leggersi, ad esempio, l'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 laddove al comma 3¹⁵⁹ attribuisce ancora rilevanza giuridica ai vizi di forma o di

¹⁵⁸ Sull'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno, P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 19 ss.

¹⁵⁹ L'art. 10, comma 3, d.P.R. n. 1199/1971 prevede che «Il mancato esercizio della facoltà di scelta, prevista dal primo comma del presente articolo, preclude ai controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, l'impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale».

procedimento, disallineandosi alla *ratio* ispiratrice dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 che, come noto, ha dequotato i vizi di forma e procedurali.

Quest'ultimo esempio offre l'abbrivio anche per un'ulteriore riflessione: la particolare disciplina e i singolari connotati dell'istituto in esame gli conferiscono una precipua autonomia rispetto ai ricorsi giurisdizionali e ai ricorsi amministrativi con cui si è dovuto sempre confrontare.

In definitiva, il legislatore, mancando nell'inquadramento preciso del ricorso straordinario, ha con molta probabilità inteso preservarlo per i suoi singolari connotati che, per quanto in parte plasmabili con la disciplina processuale e in parte con la disciplina giustiziale, non consentono, tuttavia, una collocazione in nessuna delle due discipline richiamate.

Se è vero che «il futuro ha un cuore antico»¹⁶⁰, forse vale la pena rivolgersi al passato, ai momenti fondativi della scienza del diritto amministrativo italiano, quando Vittorio Emanuele Orlando assumeva l'esistenza di una “sfera indipendente”¹⁶¹ per individuare il perimetro del ricorso straordinario: esso godrebbe di una sorta di zona “franca” nell'ordinamento dovuta alla singolare disciplina autonoma rispetto alle tradizionali categorie del diritto processuale e sostanziale amministrativo, in cui la qualifica della straordinarietà potrebbe individuarsi proprio per la sua ontologica particolarità o, meglio, ontologica ambivalenza rispetto ai due tradizionali rimedi dirimenti di controversie¹⁶².

Questa appare l'unica strada percorribile per salvaguardare tale procedimento, nell'attesa di un intervento chiarificatore del legislatore ad inquadrare sistematicamente un istituto che rimane ancora inserito nella materia dei ricorsi amministrativi dalla maggior parte della manualistica amministrativistica, invece di essere collocato – come dovrebbe – nello studio del processo amministrativo, se si accogliesse in pieno la sua natura giurisdizionale.

Bibliografia

AA.VV., *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza*, a cura di G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, Padova, 2010.

AA.VV., *Codice del nuovo processo amministrativo aggiornato al secondo correttivo proces-*

zionale della decisione di accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo».

¹⁶⁰ C. LEVI, *Il futuro ha un cuore antico*, Torino, 1956.

¹⁶¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 702 ss.

¹⁶² S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, cit., 1177 il quale ritiene che l'ambivalenza sia una condizione della stessa sopravvivenza e del discreto successo del ricorso straordinario al Capo dello Stato, per cui quest'ultimo è necessariamente ambiguo e non può esistere se non come ircocervo.

- suale (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Roma, 2013.
- ABBAMONTE G., *Nuove prospettive in materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giust. civ.*, 1964, III, 40 ss.
- AGRÒ A.S., *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. Adv. St.*, 1948, 10, 1 ss.
- ANDREIS M., *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria*, in *Urb. e app.*, 2008, 11, 1313 ss.
- ANDREIS M., *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, 5, 541 ss.
- AULETTA A., *Il legislatore «muove un passo» (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1619 ss.
- AUTIERI T., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di T. AUTIERI, M. DE PAOLIS, R.E. MARCHESE, V. MASCELLO, N. PAOLANTONIO, S. ROSSI, G. SCHETTINO, Padova, 2006, 385 ss.
- BACHELET V., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.
- BATTINI S., *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 12, 1176 ss.
- BERTONAZZI L., *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, 11, 1285 ss.
- BOSCO M., *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959.
- CACCIAVILLANI I., *L'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario: una negazione ingiustificata*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2002, 229 ss.
- CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910.
- CANNADA BARTOLI E., *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, III, 180 ss.
- CANTUCCI M., *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 167 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991.
- CARBONE A., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, 224 ss.
- CARBONE L., *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- CARBONE L., *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- CASSARINO S., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza – I presupposti*, Milano, 1984.

- CASSARINO S., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995.
- CASTIELLO F., *I ricorsi amministrativi*, Rimini, 2013.
- CIARDULLI E., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Avv. St.*, 1951, 39 ss.
- CICCHESE R., *Ricorribilità in Cassazione del decreto decisivo su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, 3, 348 ss.
- CORSARO A., *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 3068 ss.
- D'ANGELO G., *Consiglio di Stato e «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2012, III, 532 ss.
- D'ANGELO G., *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *www.giustamm.it*.
- DAPAS A., VIOLA L., *L'ottemperanza delle decisioni dei ricorsi straordinaria spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2013, 780 ss.
- D'ARPE E., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 3224 ss.
- FERRARA A., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura e confini. L'iter e l'approdo (Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2014, n. 73)*, in *www.lexitalia.it*.
- FERRARI G., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato. Ottemperanza alla decisione sul ricorso straordinario*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2012.
- FERRARI G., *Alternatività tra il ricorso giurisdizionale e il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 759 ss.
- FERRARI G., *Processo amministrativo: la penalità di mora; l'ottemperanza al decreto decisivo del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5, 514 ss.
- FOLLIERI E., *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it* e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 457 ss.
- FOLLIERI E., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it* e in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1237 ss.
- FOLLIERI E., *Le azioni innanzi al giudice amministrativo*, in a E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI E A. MEALE (cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale. Diritto e processo amministrativo*, Quaderni n. 18, Napoli, 2014, 11 ss.
- FOLLIERI E., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1, 17 ss.
- FOLLIERI E., *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*.
- FRENI F., *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 224 ss.
- FRENI F., *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 189 ss.

- FRENI F., *Tanto tuonò ... Impressioni a prima lettura a margine di SS.UU.* 28 gennaio 2011, n. 2065, in *www.giustamm.it*.
- FURNO E., *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 *Forum Quaderni Costituzionali*, 2015.
- GAFFURI F., *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss.
- GAFFURI F., *La Consulta afferma la natura sostanzialmente del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2014, 7, 758 ss.
- GALLO C.E., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro (nota a Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298)*, in *Foro. it.*, 1987, 3, I, 687 ss.
- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2005.
- GIANNINI M. S., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 50.
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1988.
- GIOVANNINI M., *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.
- GIUSTI A., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato. Art. 69, comma 9, della legge 18 giugno 2009, n. 69. Giudizio di ottemperanza. Inammissibilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1040.
- GOTTI P., *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Foro amm. - CdS*, 2013, 9, 2592 ss.
- GRILLO E., *La giurisdizionalità sopravvenuta e la perpetuatio iurisdictionis nel ricorso straordinario avverso atti sottratti alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1406 ss.
- IMMORDINO M., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 619 ss.
- IANNOTTA R., *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, I, 281 ss.
- LANDI A., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1267 ss.
- LANDI G., *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali. L'ordinamento - il personale - la funzione consultiva del Consiglio di Stato*, Milano, 1986.
- LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2008.
- LEVI C., *Il futuro ha un cuore antico*, Torino, 1956.
- MANCOSU G., *Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*.
- MANGANARO F., MAZZA LABOCCHETTA A., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, in *Giur. it.*, 2014, 3, 669 ss.

- MANGIA A., *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri "decisori". La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2014.
- MARTINI G., *Il "ricorso straordinario" al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la legge n. 69/2009*, in *www.giustamm.it*.
- MARUOTTI L., *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, V, 4445 ss.
- MARUOTTI L., *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*.
- MAZZAROLLI L., *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 409 ss.
- MAZZAROLLI L., *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss. BERTONAZZI L., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008.
- MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, Roma, 1989, XL, 684 ss.
- MORELLI S., *Accesso agli atti e implementazione del contraddittorio nella fase istruttoria del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2012, 10, 1051 ss.
- MORELLI S., *L'opposizione al ricorso straordinario al Capo dello Stato nel quadro attuale dei rapporti con il ricorso giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2012, 3, 355 ss.
- MORELLI S., *L'Adunanza Plenaria conferma la "sostanza giurisdizionale" del ricorso straordinario: l'ottemperanza compete al Consiglio di Stato*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 4, 3 ss.
- NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953.
- NIGRO M., *Sul controllo di legittimità da parte della corte dei Conti degli atti di decisione di ricorsi straordinari*, in *Giur. cost.*, 1961 e in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 465 ss.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1901.
- PAJNO A., *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, II, 1 ss.
- PAJNO A., *Ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 5244 ss.
- PELLEGRINO G., *Commento all'art. 48. Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 455 ss.
- PIGNATELLI N., *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- POZZI A., *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*.

- QUINTO P., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario (nota a Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2014, n. 73)*, in *www.lexitalia.it*.
- QUINTO P., *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- RAIOLA I., *Le Sezioni unite ammettono il rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione del decreto decisivo su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2011, 2065 ss.
- RAIOLA I., *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, 7, 803 ss.
- ROMANO F.G., *Il ricorso straordinario e il dilemma irrisolto: ricorso amministrativo o giurisdizionale?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 1065 ss.
- SABATINO D., GRASSUCCI L., *Natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – rimedio amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1208.
- SABATINO D., GRASSUCCI L., *Ricorso straordinario al presidente della Repubblica. Morte del ricorrente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 6, 624 ss.
- SAITTA F., *Il ricorso straordinario*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1291 ss.
- SALVIA F., *Il ricorso al capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilevi critici all'approccio)*, in *Foro amm. – CdS*, 2009, 1186 ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011.
- SCOCA F.G., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1476 ss.
- SCOCA F.G., *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato (nota alla sent. Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9)*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.
- SCOGNAMIGLIO A., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un istituto irrisolto*, in *Giur. it.*, 2014, 8-9, 1982 ss.
- SEMPREVIVA M.T., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2014, 6, 636 ss.
- TANDA P., *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014.
- TANDA P., *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.federalismi.it*.
- TRAVI A., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 421 ss.
- URBANO G., *La costituzione tardiva delle parti intime. In margine alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 25 febbraio 2013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 185 ss. e in E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Quaderno n. 18 della rivista Diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2013, 97 ss.

- VIOLA L., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo, un rapporto problematico*, in *www.federalismi.it*.
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976.
- VOLPE C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, XLII, 2014, 1395 ss.
- VOLPE C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *www.giustamm.it*.

*Federico Girelli**

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed eccezione di costituzionalità

SOMMARIO: 1. Un giudice *a quo ex lege*? – 2. È la Corte costituzionale ad avere l’“ultima parola”. – 3. Legittimazione a sollevare la questione e giurisdizionalità – 4. Un nuovo «portiere».

1. *Un giudice a quo ex lege*?

A seguito di un intervento legislativo di «particolare rilievo»¹ è stata positivizzata la natura di giudice *a quo* del Consiglio di Stato (seppure) operante in sede consultiva nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

L’art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), come modificato dall’art. 69 della legge n. 69/2009 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), prevede oggi infatti che il Consiglio di Stato «se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l’espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 ss. della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati».

La Corte costituzionale, poi, nella sentenza n. 73/2014 ha sancito «la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»².

La Consulta rileva come il ricorso straordinario sia stato «oggetto di importanti interventi legislativi» e, in particolare, sottolinea la natura ora vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato, che avrebbe così assunto il «carattere di decisione».

* *Professore di Diritto Costituzionale presso l’Università degli Studi Niccolò Cusano – Telematica Roma.*

¹ M. SICLARI, *Nota del curatore*, in M. SICLARI (a cura di), *Norme relative ai giudizi di competenza della Corte costituzionale*, III ed., Roma, 2010, 9.

² Corte cost. n. 73/2014, n. 2 del Cons. dir.

Tale innovazione ha *trasformato*³ quello che era un «antico ricorso amministrativo» in un «rimedio giustiziale [...] sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”».

Del resto in passato, prima che venissero realizzati i richiamati «importanti interventi legislativi», la Corte costituzionale aveva negato la natura di giudice *a quo* al Consiglio di Stato nella sede in parola in quanto «organo non giurisdizionale»⁴.

Nella sentenza n. 254/2004 il Giudice delle leggi aveva rimarcato come, ferme le «peculiarità» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, fosse «ineludibile» affermarne la «natura amministrativa», proprio in quanto allora il parere del Consiglio di Stato poteva essere disatteso grazie ad una «deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento [...] all'evidenza non giurisdizionale»⁵.

È dunque il mutato quadro normativo o, meglio, la ridefinizione legislativa dell'istituto, che consente oggi di poter affermare la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di costituzionalità.

Su tale statuizione, in fondo, non poteva non incidere il significativo precedente costituito dalla sentenza n. 265/2013, con cui è stato riconosciuto quale giudice *a quo* il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – sezioni riunite in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana.

In quest'occasione, in forza del rinvio contenuto nel decreto legislativo n. 373/2003 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato) alle «disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato» per quanto concerne il «funzionamento» del Consiglio di giustizia amministrativa, la Consulta ha ritenuto applicabile il novellato art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 anche al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Una volta deciso in questo senso, precludere proprio al Consiglio di Stato la

³ È questa la terminologia utilizzata dalla Corte: vedi Corte cost. n. 73/2014, n. 2 del Cons. dir.

⁴ Vedi Corte cost. n. 254/2004, n. 3 del Cons. dir. Sul punto A. TRAVI, *Nota a Corte cost. n. 73/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2402. Ad avviso di F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 1477 «la “legittimazione” a sollevare questioni di costituzionalità poteva essere riconosciuta alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato [...] anche prima della legge del 2009»; nello stesso senso anche A. ODDI, *La nozione di «giudice a quo»*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 49-50, ma sull'assunto che il ricorso abbia «natura sostanzialmente giurisdizionale», natura nettamente negata da F.G. SCOCA (vedi *infra*, nota 17). Secondo M. ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3768 ss. la «logica» di Corte cost. n. 376/2001 (vedi *infra*, nota 11), nel quadro normativo allora vigente, consentiva di riconoscere la legittimazione in capo al Presidente della Repubblica.

⁵ Vedi Corte cost. n. 254/2004, n. 3 del Cons. dir. Nello stesso senso: Corte cost. ord. n. 357/2004; Id., n. 392/2004.

legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale sarebbe risultato indubbiamente assai difficile da giustificare.

2. È la Corte costituzionale ad avere l'“ultima parola”

In proposito, però, va fatta una precisazione.

Nella sentenza n. 73/2014 la legittimazione del Consiglio di Stato è riconosciuta, pare, non tanto in forza di quella parte dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 che, come detto, espressamente la prevede, quanto semmai in ragione della complessiva revisione del ricorso straordinario; come dire: mutato il procedimento, sussistono ora le condizioni per adire la Corte costituzionale. E, a nostro avviso, nella prospettiva della Corte sussistono *indipendentemente* da quanto ora stabilito sul punto dal citato art. 13.

La Consulta, cioè, sarebbe probabilmente giunta alla medesima conclusione anche se gli «importanti interventi legislativi», che hanno interessato l'istituto in esame, non avessero esplicitato (come invece è effettivamente accaduto) la possibilità di promuovere il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

In effetti si potrebbe obiettare che nella sentenza n. 265/2013 la Corte, invece, pare fondare la sua decisione soprattutto su questa nuova formulazione dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971.

Tuttavia, al riguardo, va sottolineato che dapprima viene richiamata la disposizione del d.lgs. n. 373/2003 che rende applicabili al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana il complesso delle norme «vigenti per il Consiglio di Stato» e dunque, per quanto qui interessa, *tutte* le nuove regole sul ricorso straordinario e poi si fa riferimento specifico, richiamandone espressamente il testo, alla disciplina sulla possibilità di promuovere il giudizio di costituzionalità.

Inoltre, la Corte nemmeno manca di sottolineare come il d.lgs. n. 373/2003 abbia «chiarito che le due sezioni che compongono il predetto Consiglio costituiscono sezioni distaccate del Consiglio di Stato».

Ora, anche in quest'occasione sembra che la vera ragione che ha spinto la Corte a riconoscere al Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva la qualità di giudice *a quo* vada rinvenuta nella ridefinizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il cui nuovo regime, in forza del citato rinvio, plasma anche il ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana.

Il maggior risalto dato alla previsione sulla legittimazione ad adire la Consulta, nell'economia di una motivazione sul punto in effetti un po' stringata, pare esser dovuto essenzialmente all'esigenza di fugare ogni dubbio circa l'idoneità del rimettente ad investirla, appunto, della questione. Anzi, nel caso di specie, proprio l'oggetto della questione sottoposta non poco deve aver pesato nelle valutazioni che hanno condotto la Consulta a superare con decisione (è il caso di dirlo) eventuali ostacoli di ordine procedurale: si trattava, infatti, di poter accedere a sindacare nel merito una normativa regionale recante un'irragionevole trattamento di

favore per i dipendenti della Regione siciliana rispetto a quello riservato agli altri dipendenti pubblici.

Insomma, è la ridefinizione complessiva del procedimento e/o della posizione dell'organo preposto al procedimento medesimo a far sì che la Corte costituzionale attribuisca o meno la funzione di giudice *a quo* a detto organo, non la statuzione *ex lege* della legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità: è il Giudice delle leggi a stabilire chi è (e chi non è) giudice *a quo*, se si è o meno in presenza di una «autorità giurisdizionale» e di un «giudizio» ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87/1953⁶.

La Consulta, anzi, come peraltro auspicato dalla dottrina⁷, avrebbe potuto sollevare davanti a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 nella parte in cui abilita appunto il Consiglio di Stato in sede consultiva a promuovere il giudizio di costituzionalità.

La Corte, invece, afferma che tale disciplina «è coerente con i criteri posti dall'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1»⁸; coerenza, che trova il suo fondamento nelle intervenute modificazioni del ricorso straordinario, che consentono ora di ascrivere la relativa procedura alla nozione di «giudizio» ed il Consiglio di Stato operante in quella sede a quella di «giudice», sancite nella citata disposizione costituzionale.

3. Legittimazione a sollevare la questione e giurisdizionalità

Va precisato, in ogni modo, che se il riconoscimento della qualità di giudice *a quo* ad un determinato organo rappresenta indubbiamente un significativo indice della sua natura giurisdizionale, e del procedimento cui esso è preposto, non può tuttavia esser considerato un crisma definitivo di giurisdizionalità.

La qualificazione data dalla Corte costituzionale ha «valenza eminentemente relativa» e viene fatta «*ai limitati fini* della sollevazione della questione»⁹.

⁶ Fra i casi recenti (e curiosi) di esclusione della natura di giudice *a quo* si possono ricordare quelli del notaio (Corte cost. ord. n. 52/2003) e dell'Arbitro Bancario Finanziario (Corte cost. ord. n. 218/2011. Su tale organo vedi E. QUADRI, *L'“arbitro bancario finanziario” nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonio Cataudella*, t. III, Napoli, 2013, 1893 ss.). Per le decisioni di segno positivo, invece, si potrebbero richiamare Corte cost. ord. n. 114/2014 e Corte cost. n. 255/2014 ove si conferma la legittimazione della Corte costituzionale a sollevare la questione davanti a se stessa. Resta fermo che è la nozione di giudice *a quo* in sé a possedere una «naturale» elasticità»: R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla “naturale” elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2001, 3747 ss.

⁷ A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri ‘decisori’*. *La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2014, 1485-1486.

⁸ Corte cost. n. 73/2014, n. 2 del Cons. dir.

⁹ A. CELOTTO, F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 703.

Questo, in fondo, ha stabilito la Corte nel caso in esame: «L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è *sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio"*, *quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 della legge n. 87/1953*»¹⁰.

Il Consiglio di Stato, quindi, è abilitato ad adire la Corte costituzionale perché il ricorso straordinario è ora «sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio"» ed è tale, per quanto qui effettivamente interessa, «ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 della legge n. 87/1953», ovverosia in funzione dell'apertura dell'incidente di costituzionalità.

Il punto è che le prospettive della Corte costituzionale e del legislatore sono diverse.

Perché un certo organo possa promuovere l'eccezione di legittimità costituzionale la Corte esige, come dire, un tasso minimo di giurisdizionalità, la sussistenza di alcuni indici che appunto consentano di ricondurre il tale organo (o collegio giudicante, si pensi agli arbitri rituali)¹¹ e la tale procedura nell'alveo dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 della legge n. 87/1953.

Il legislatore, invece, con il suo intervento può dare una caratura più o meno consistente in termini di giurisdizionalità in senso proprio a taluni procedimenti, modificando, magari, le modalità di composizione di determinati organi ad essi preposti ovvero la procedura stessa.

È quel che è accaduto, ad esempio, per le commissioni tributarie: la Corte costituzionale, infatti, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 825/1971 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributaria) e del d.P.R. n. 636/1972 (Revisione della disciplina del contenzioso tributario), ha mutato giurisprudenza e con «sicura convinzione» le ha riconosciute quali «organi speciali di giurisdizione»¹²; non solo, si è anche ritrovata a dover «prendere atto»

¹⁰ Corte cost. n. 73/2014, n. 2 del Cons. dir. (corsivi miei).

¹¹ Corte cost. n. 376/2001, n. 2 del Cons. dir., ha affermato: «anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa». Secondo A. ODDI, *La nozione di «giudice a quo»*, cit., 41 la Corte «nel caso di specie, ha preferito guardare non tanto a ciò che gli arbitri *sono* (e cioè soggetti privati investiti di potere decisorio in forza di un accordo privato), quanto piuttosto a ciò che essi *fanno*»; ad avviso di M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, *ibidem*, 17 si tratta di «una decisione lungimirante e, tutto sommato, condivisibile». Su tale sentenza, per altri profili, vedi A. SARANDREA, *La eterogeneità del contenuto come figura sintomatica della carenza dei presupposti costituzionali del decreto-legge o come autonomo vizio di legittimità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3771 ss.

¹² Corte cost. n. 287/1974, n. [5] del Cons. dir. Com'è noto ora gli «organi della giurisdizione tributaria» sono disciplinati dal d.lgs. n. 545/1992 (Ordinamento degli organi speciali di giurisdizione tributaria ed organizzazione degli uffici di collaborazione in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413).

che «la nuova legislazione» ha in effetti escluso che «si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa», poiché «è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità»¹³.

Ora, nel caso di specie l'*intentio* del legislatore di “giurisdizionalizzare” il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica emerge dal fatto di aver attribuito al parere del Consiglio di Stato efficacia vincolante, e quindi il «carattere di decisione»¹⁴, così come, evidentemente, dalla esplicitazione circa l'eccezione di costituzionalità.

Quest'ultima previsione manifesta con forza la volontà normativa di attrarre verso l'area della giurisdizione quello che era in realtà un «antico ricorso amministrativo», la cui riallocazione, nell'ottica del legislatore, andava ulteriormente esplicitata, considerate appunto origini e connotazioni risalenti dell'istituto.

La Corte, anzi, come detto, afferma che le modifiche legislative hanno determinato una vera e propria “trasformazione” dell'istituto.

4. *Un nuovo «portiere»*

È lecito ora chiedersi a quale risultato abbia condotto tale trasformazione.

In effetti il termine prescelto induce a pensare ad un cambiamento radicale.

Nondimeno, la Consulta (saggiamente) nel descrivere l'esito finale dell'intervento normativo ripete le parole del legislatore e si esprime, infatti, in termini di «rimedio giustiziale», ricalcando così la rubrica dell'art. 69 della legge n. 69/2009 intitolata «Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione».

Nella parte della motivazione dedicata al merito della questione, poi, afferma che il legislatore ha operato una «traslazione del [...] ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali»¹⁵; che «l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali *in parte assimilabili* a quelle tipiche del processo amministrativo» e che, in ultima analisi, è configurabile quale «rimedio giustiziale attratto *per alcuni profili* nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima [...], *pur senza possedere tutte le caratteristiche*»¹⁶.

¹³ Corte cost. n. 287/1974, n. 6 del Cons. dir.

¹⁴ Corte cost. n. 73/2014, n. 2 del Cons. dir.

¹⁵ Corte cost. n. 73/2014, n. 3.2 del Cons. dir.

¹⁶ Corte cost. n. 73/2014, n. 3.1 del Cons. dir. (corsivi miei). Ad avviso di A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un istituto ancora irrisolto*, in *Giur. it.*, 2014, 1987 la posizione della Corte sulla natura del ricorso straordinario appare «un po' irrisolta». P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.federalismi.it*, n. 21/2014, 10-11 reputa che l'«orienta-

Sembrerebbe, dunque, non potersi ascrivere alla giurisdizione in senso proprio (o pieno) il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹⁷, che, tuttavia, può certamente venir ora considerato un «giudizio», seppure ai (soli) sensi degli artt. 1 della legge cost. n. 1/1948 e 23 della legge n. 87/1953.

E questo non è poco: si è aperta un'altra porta d'accesso al sindacato di costituzionalità¹⁸.

mento forse troppo cauto assunto» ha fatto sì che non sia stata «utilizzata a pieno un'importante occasione per fare definitiva chiarezza sulla natura giuridica» dell'istituto.

¹⁷ Reputa che il ricorso straordinario abbia ormai acquisito «natura sostanzialmente giurisdizionale» P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 9 ss.; ID., *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 64 ss.; ad avviso di C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *www.giustamm.it* (23 febbraio 2015), 3 «ora si configura come un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa»; trova «decisamente positivo» il fatto che «la Corte abbia evitato [...] di utilizzare l'ambigua nozione di strumento sostanzialmente giurisdizionale» e ritiene che «la natura giurisdizionale del ricorso straordinario non è [...] positivamente sostenibile» F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1479, il quale anzi precisa: «la definizione contenuta nella sentenza è la più chiara e la più condivisibile: il ricorso straordinario è un "rimedio giustiziale amministrativo"» (1476; vedi anche 1479 e 1481).

¹⁸ Parafrasando la celebre metafora di P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti, Padova, 1950, 38. Secondo E. 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 *www.forumcostituzionale.it* (5 gennaio 2015), 14 la sentenza n. 73/2014 è espressiva del «tentativo di ampliare *quam maxime* le vie di accesso alla giustizia costituzionale».

*Gerardo Soricelli**

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza. – 3. La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato secondo la dottrina. – 4. Considerazioni finali.

1. *Premesse introduttive*

Negli ultimi tempi si sono verificati cambiamenti, anche profondi, che fanno da sfondo alla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, vuoi nella elaborazione o nella riformulazione di teorie di ordine generale che negli orientamenti giurisprudenziali. Si sono affacciate valutazioni critiche su aspetti particolari, ma non marginali, della natura giuridica del ricorso, in particolare sulla sua possibile trasformazione da ricorso amministrativo in ricorso giurisdizionale o quasi giurisdizionale.

Tutto ciò giustifica il tentativo di verificare se l'istituto sia tuttora accoglibile nel suo nucleo originario e tradizionale di rimedio amministrativo e, in caso affermativo, se debba essere eventualmente rivisto nei suoi tratti costitutivi al fine di collocarlo tra gli strumenti dell'organizzazione giustiziale dell'amministrazione.

In realtà non è in discussione l'utilità del ricorso straordinario ma alcune voci critiche, prendendo le mosse dalla sua accettazione, respingono alcuni aspetti della sua globale configurazione come ricorso amministrativo, proponendo varianti che vanno dal rimedio giustiziale a quello "sostanzialmente giurisdizionale", concetto, quest'ultimo, che in realtà dice poco o nulla.

Nella doverosa (ed utile) analisi di alcuni dei più interessanti filoni critici, dottrinali e giurisprudenziali, sembra opportuno distinguere le posizioni della giurisprudenza da quelle della dottrina, al fine di pervenire ad una valutazione giuridica unitaria e non condizionata dell'istituto e quanto mai scevra da sovrapposi-

* *Professore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano Telematica – Roma.*

zioni di diritto positivo, soprattutto comunitario. Una sola notazione di ordine generale: la dottrina e la giurisprudenza, nell'ottica di una nuova valutazione della natura giuridica del ricorso straordinario, hanno mantenuto tra loro un costruttivo dialogo che si è incentrato sugli aggiornamenti normativi dell'istituto, con particolare attenzione alle ricadute sulla natura giuridica del ricorso. Se non altro per questo, sul piano storico, la utilità dell'istituto va comunque riconosciuta, a dispetto di coloro che ne auspicavano l'abolizione.

2. *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza*

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è stato da sempre inquadrato tra i ricorsi amministrativi, ossia tra i rimedi interni all'amministrazione avverso gli atti da questa emanati lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari e, più esattamente, rimedio amministrativo di natura impugnatoria, ammesso contro gli atti amministrativi definitivi, siano essi lesivi di interessi legittimi o di diritti soggettivi, e utilizzabile per soli vizi di legittimità. La vecchia disciplina del ricorso straordinario non poneva dubbi sulla sua natura di strumento di amministrazione quasi contenziosa, in ragione della qualità e delle funzioni dell'organo chiamato a pronunciare sul ricorso, accogliendolo o rigettandolo (il Ministro competente per materia, atteso che il Capo dello Stato svolge nella vicenda un ruolo prevalentemente formale).

Non a caso, infatti, già nel 1953 le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 3141, si sono pronunciate sulla questione cassando per difetto di giurisdizione la decisione del Consiglio di Stato che aveva affermato l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione a decreti di accoglimento di ricorsi straordinari rimasti inadempiti, ritenendo che proprio la natura amministrativa del provvedimento fosse ostativa all'esperibilità di quel giudizio¹. Oggi, il ricorso

¹ VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 8. La copiosa bibliografia sul ricorso straordinario al Capo dello Stato non ci consente di menzionare tutte le opere importanti ma solo alcune tra le più significative, anche se meno recenti come: ARCIDIACONO, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1991, 1 ss.; BENE-TAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, n. 9, 2012; BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, *passim*; BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959, 78 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 468; DE ROBERTO, TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; D'ORO, *Un passo in avanti e due indietro verso la «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Riv. amm.*, 2010, I, 235; FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012; IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *AA.VV., Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCA, V ed., Torino, 2014, 632; LODI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1863; PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso*

straordinario è un “rimedio giustiziale amministrativo” e non un rimedio “sostanzialmente giurisdizionale”, come era stato ribattezzato di recente dalle supreme Corti di merito²; e “che ha consentito, al di là del significato effettivo dei pronunciati giudiziari, ad una parte della dottrina, di trasferire, *sic et simpliciter*, il ricorso straordinario dall’ambito dei ricorsi *lato sensu* amministrativi a quello delle azioni giurisdizionali”³.

L’attualità della ragione giustificatrice dell’istituto è stata da tempo affermata dalla Corte costituzionale, secondo cui “il ricorso straordinario costituisce, per la Pubblica Amministrazione, un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell’imparzialità della propria azione – che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l’attività amministrativa – e, per i cittadini, uno strumento aggiuntivo, rispetto a quelli ordinari, di tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, la cui adeguata protezione rappresenta un valore altrettanto primario e, in un certo senso, speculare rispetto a quelli precedentemente ricordati” ma, soprattutto, “il ricorso straordinario, per effetto dei recenti orientamenti giurisprudenziali e delle riforme amministrative ha così perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo. Il legislatore delegato ha, perciò, inteso coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l’ambito di applicazione di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell’orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche”⁴.

so straordinario: la scelta del legislatore, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009. Di meno recente, si ricordano; RAGNISCO, ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., ma 1910, 624; MAZZAROLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, spec. 64 ss.; TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 386; VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1995.

² Cons. Stato 6 maggio 2013, nn. 9 e 10. Infatti, anche l’ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 1997, 70, con commento di Sandulli, parla del ricorso straordinario come “procedimento contenzioso”. Sul punto chiaramente D’ALESSIO, PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al presidente della repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 1998, 699 ss.

³ SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2014, 1476. Si vedano anche, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l’ircocervo esiste*, Cons. Stato, sez. I, adunanza 2-16 luglio 2014, affare n. 1033/2014; Cass., sez. riunite, 14 maggio 2014, n. 10414 Commento di Stefano Battini in *Giornale dir. amm.*, n. 12, 2014, 1176 ss.

⁴ Così Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, in *Foro it.*, 2014, 9, I, 2402 (s.m.) (nota di Travi). Il giudice delle leggi, a supporto di quanto affermato, aggiunge che “La limitazione del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa ha superato il precedente as-

Andiamo però con ordine nel fare alcune precisazioni sia di carattere storico che giuridico. Tradizionalmente, la stessa giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, in maniera decisa non ha mai manifestato alcun dubbio sulla natura amministrativa del ricorso straordinario, pur riconoscendone aspetti di “rimedio singolare, anomalo e spiccatamente giustiziale”. Ciò in considerazione della complessità di fondo dell’istituto, formato da un substrato naturalmente amministrativo su cui si va ad innestare un procedimento contenzioso, avente ad oggetto la legittimità dell’atto impugnato ma ancora lontano dai ricorsi giurisdizionali quanto a plurilateralità del contraddittorio, garanzie di difese tecniche, imparzialità e neutralità dell’organo decidente; elementi questi che formano “la giurisdizione”⁵. È stato infatti affermato in pronunce non recenti della Consulta, che la decisione sul ricorso straordinario è un atto amministrativo, per cui non si può riconoscere al rimedio una natura semigiurisdizionale o quasi giurisdizionale, anche se la legge fa derivare la inammissibilità del ricorso giurisdizionale dal solo fatto che è stato proposto un ricorso straordinario, non già da una dichiarazione tacita di volontà⁶. Il ricorso straordinario presenta analogie con il ricorso giurisdizionale per quanto concerne alcuni istituti generali del processo civile, quali la legittimazione ad agire, l’istruzione probatoria, il ricorso incidentale, la revocazione, ora anche il giudizio di ottemperanza nei confronti della decisione del Capo dello Stato, ma tali analogie non lo trasformano in rimedio giurisdizionale, anzi rafforzano la natura contenziosa degli stessi rimedi amministrativi nei quali il ricorso straordinario a pieno titolo si inquadra. Una tale conclusione corrisponde d’altronde alla interpretazione restrittiva che il Consiglio di Stato aveva sempre fatto dei termini “giudizio” e “giudice”, escludendo la proponibilità in sede di ricorso straordinario della questione di pregiudizialità comunitaria e di legittimità costituzionale. Pronunce che, aggiunte a quelle dei tribunali amministrativi nel negare l’esperibilità del giudizio di ottemperanza contro le decisioni amministrative dei ricorsi straordinari, confermavano, verso al fine degli anni ’90, *a fortiori*,

setto elaborato ‘*praeter legem*’ dalla prassi e fondato sulla presupposta natura amministrativa di tale rimedio, che ne consentiva l’esperibilità, in regime di concorrenza e non di alternatività, anche per controversie devolute alla giurisdizione ordinaria. Venuto meno tale presupposto in seguito alle riferite novità normative, il legislatore delegato ha evitato un’inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali. Tale soluzione, peraltro ricavabile dal sistema, è comunque la conseguenza logica della scelta legislativa di traslare il ricorso straordinario dall’area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali e risponde ad un’evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell’art. 44 della legge n. 69/2009”.

⁵ IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCA, V ed., Torino, Giappichelli, 2014, 632.

⁶ Corte cost. 2 luglio 1966, n. 78; sullo stesso tenore della natura amministrativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato si vedano: Corte cost. 1° febbraio 1964, n. 1, Corte cost. 27 giugno 1958, n. 40; IMMORDINO, cit., 632.

la natura amministrativa del ricorso straordinario. Il quadro così definito fu completamente stravolto da alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che riconobbero la forma "giurisdizionale" all'attività di emanazione del parere, allora parzialmente vincolante, posta in essere dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, legittimando quest'ultimo a sollevare, ancorché in sede consultiva, le questioni di pregiudizialità comunitaria. È noto come fin dalle sue prime pronunce sull'applicazione dell'art. 177 del Trattato CE, la Corte abbia voluto sottolineare il carattere comunitario della nozione di giurisdizione nazionale ed al tempo stesso la propria competenza nel definire gli organi abilitati ad effettuare il rinvio pregiudiziale. Secondo la dottrina, infatti, "ciò ha consentito al giudice comunitario, in un primo momento, di considerare ricevibili le questioni pregiudiziali sollevate da organi non qualificati come giurisdizionali nell'ordinamento d'origine e, successivamente, di dichiarare irricevibili quesiti posti da organi la cui natura giurisdizionale, indiscussa a livello nazionale, è stata negata ai fini della procedura *ex* art. 177 del Trattato CE"⁷.

Di qui, non solo l'assenza di una definizione generale ed esaustiva della nozione comunitaria di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, ma altresì la difficoltà di individuare un contenuto "definito" di tale nozione, che, comunque, non potrà che basarsi sui requisiti coesenziali alla nozione di giurisdizione, quali l'imparzialità dell'organo, sotto il duplice profilo dell'indipendenza ed inamovibilità dei suoi membri e della terzietà rispetto alle parti; la natura contenziosa del procedimento, vale a dire la sua attitudine a dirimere una controversia; il carattere obbligatorio della giurisdizione"⁸. In base a tale impostazione, l'art. 177 del Trattato CE non poteva prescindere dalla effettiva esistenza dei requisiti espressamente individuati dalla Corte; dall'altro lato, si doveva evitare di attribuire preminenza alla connotazione del sistema processuale di cui l'organo interno fa parte, anziché alla connotazione dell'organo stesso, così da svuotare di significato la presenza o l'assenza dei requisiti essenziali⁹. La pronuncia della Corte di giustizia CE, sez. V., 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96¹⁰, per la sua efficacia dirompente, costituisce un ulteriore esempio della tendenza della

⁷ D'ALESSIO, PECCHIOLI, *op. cit.*, 699 ss.

⁸ D'ALESSIO, PECCHIOLI, *op. cit.*, 700 ss.

⁹ ID., *op. cit.*, 700 ss., anche se il concetto di giurisdizione del diritto europeo non può essere assimilato a quello degli Stati membri, per via di una serie innumerevole di considerazioni, tra cui l'esigenza di applicare uniformemente il diritto comunitario e di far emergere, conseguentemente, in ogni stato membro, le questioni di pregiudizialità comunitaria in ogni procedimento contenzioso dove si tende a comporre i conflitti tra le parti sulla corretta interpretazione della normativa comunitaria. In buona sostanza, si denota la tendenza della Corte ad ampliare i confini, per così dire, "naturali" del meccanismo pregiudiziale, al fine di assicurare in ogni caso l'effetto utile del rinvio e la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive che traggono il loro fondamento dal diritto comunitario, D'ALESSIO, PECCHIOLI, *op. cit.*, 701 ss.

¹⁰ In *Cons. Stato*, 1997, II, 86 ss.

Corte ad ampliare la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive che traggono il loro fondamento dal diritto comunitario, dando luogo ad una sostanziale equiparazione tra giurisdizione e procedimento contenzioso al fine di consentire la c.d. “pregiudizialità comunitaria”. La giurisprudenza comunitaria conferma che il Consiglio di Stato non esercita, nel quadro del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, una funzione giurisdizionale e il decreto decisivo del ricorso non ha carattere di atto giurisdizionale, bensì natura di atto amministrativo. Secondo la dottrina, infatti, “nell’ordinanza di rimessione, il Consiglio di Stato definisce il ricorso straordinario alla stregua di una procedura amministrativa contenziosa. La Corte riprende tale definizione nella motivazione della sentenza dopo aver premesso, quando decide i ricorsi in appello contro le decisioni dei tribunali amministrativi regionali”¹¹. Nel concetto di “giudice” idoneo a sollevare le questioni di pregiudizialità comunitaria rientra anche la funzione consultiva del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario perché sono presenti i tipici caratteri della “giurisdizionalità” comunitaria come ad es. l’indipendenza del giudice, l’obbligatorietà della giurisdizione, il rispetto del principio del contraddittorio. Ciò comunque non si ritiene decisivo nel teorizzare la natura giurisdizionale del ricorso straordinario perché nella decisione della Corte di Giustizia prevale, nell’ottica dei fini “comunitari” il riferimento al c.d. “effetto utile del diritto comunitario”, se inteso nel modo adeguato, cioè come criterio di orientamento interpretativo che accompagna la ricerca dei requisiti essenziali “di contenziosità” dell’organo nazionale di rinvio ai fine della legittimazione alla pregiudizialità comunitaria. A ben guardare, ci si accorge che la Corte ha elaborato con la decisione in commento, una sostanziale coerenza complessiva del sistema giustiziale italiano, all’interno del quale si basa il coordinamento tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario, entrambi strumenti di tutela giustiziale delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Tutto questo al fine di dimostrare l’esistenza dei requisiti di giurisdizionalità anche del ricorso straordinario soprattutto in relazione all’osservanza dei principi del contraddittorio e l’imparzialità. Merito della Corte di giustizia, tuttavia, è stato quello di aver intrapreso un percorso nell’ambito del quale poter gettare le basi, da parte della giurisprudenza, per aggiornare la natura giuridica del ricorso straordinario; cosa che puntualmente il Consiglio di Stato ha preso al balzo, negli anni successivi, per mutare il proprio orientamento ed affermare sia la possibilità di sollevare in sede di ricorso straordinario le questioni di legittimità costituzionale, che attribuire valore di cosa giudicata alla decisione, con conseguente possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza¹². La possibilità di sollevare in sede di funzione consultiva innanzi al Consiglio di Stato le questioni di legittimità costi-

¹¹ D’ALESSIO, PECCHIOLI, *op. cit.*, 701 ss.

¹² Cons. Stato, sez. I, 19 maggio 1999, n. 650/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 179; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2649, in IMMORDINO, *op. cit.*, 633.

tuzionale non incise sostanzialmente sulla tradizionale natura amministrativa del ricorso straordinario, anche se ciò avrebbe poi indotto la dottrina e la giurisprudenza a rivisitare tale assunto se non altro circondandolo di elementi di atipicità e di aspetti giustiziali che andavano approfonditi nell'ottica della riconosciuta contenziosità del ricorso. Questa evoluzione giurisprudenziale mantenne salda quindi la continuazione della tesi della natura amministrativa e non giurisdizionale; tesi confermata a grandi linee dalla Corte di Cassazione nel 2001 (sent. n. 15978/2001). In quell'anno, infatti, le Sezioni Unite hanno ribadito il precedente orientamento, escludendo che i decreti di decisione dei ricorsi straordinari abbiano natura giurisdizionale e che possano essere avvicinati alle sentenze passate in giudicato (le uniche passibili, tra l'altro, di esecuzione mediante giudizio di ottemperanza).

Secondo la dottrina, la Suprema Corte ha motivato tale conclusione sia con la considerazione che il ricorso straordinario viene concluso da un'autorità amministrativa che non è vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato e che, soprattutto, non ha i requisiti indefettibili della giurisdizione come la terzietà e l'imparzialità del giudice sia con il meccanismo dell'alternatività tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale, dove la preferenza per il rimedio giurisdizionale è testimoniato specificamente con la previsione della regola secondo la quale i controinteressati possono trasporre in sede giurisdizionale il ricorso straordinario a loro notificato (art. 10, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971).

Alla medesima conclusione è giunta poi anche la Corte costituzionale che, con sentenza n. 254/2004, ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza emessa da una sezione consultiva del Consiglio di Stato nel procedimento per la decisione di un ricorso straordinario”¹³.

La Corte di Cassazione osserva che il ricorso straordinario ha natura amministrativa in quanto il decreto decisivo è un provvedimento amministrativo e non giurisdizionale, escludendo con ciò la possibilità di un ricorso per ottemperanza in caso di mancata esecuzione da parte dell'amministrazione della decisione di accoglimento del ricorso straordinario. Tale posizione è stata ripresa dallo stesso giudice di legittimità a causa dell'art. 69 della legge n. 69/2009 che, modificando gli artt. 13 e 14 del d.P.R., da una parte, ha legittimato il Consiglio di Stato a sollevare in sede consultiva l'eccezione di costituzionalità e dall'altra ha reso il parere del Consiglio vincolante e non più obbligatorio. Secondo il supremo giudice, pur nella sostanziale comunanza di tratti strutturali e funzionali tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, prevale quest'ultimo. Il decreto presidenziale ha natura di decisione di giustizia in quanto” nel procedimento del ricorso straordinario la natura contenziosa nasce dal momento di giurisdizione rappresentato dal parere del Consiglio di Stato e dalla decisione dell'autorità amministrativa che,

¹³ VOLPE, *op. cit.*, 9 ss.

decidendo un conflitto di interessi tra le parti, risolve una controversia tra i privati e la pubblica amministrazione”¹⁴.

Anche il Consiglio di Stato ha utilizzato la formula interpretata alla luce della legge n. 69/2009 della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, per il fatto che la decisione del Capo dello Stato ha ad oggetto una controversia su cui è stata già esercitata la funzione giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato con il parere vincolante”¹⁵. In pratica, il decreto presidenziale con cui viene deciso il ricorso straordinario, se non coincide con un provvedimento giurisdizionale, è assimilato a questo “nei contenuti”¹⁶. La “*giurisdizionalizzazione*” del ricorso straordinario sembra quindi aver trovato conferma nelle decisioni della giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che della Cassazione anche se, come si vedrà, sarà “corretta” dall’approccio meno sostanzialistico della Corte costituzionale, che di recente, ha optato per una natura giuridica di mero strumento “giustiziale” come termine di sostanziale equilibrio tra ciò che è solo giurisdizionale e cioè che è solo amministrativo.

3. *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato secondo la dottrina*

La vasta gamma di opinioni che la dottrina ha elaborato in merito alla natura giuridica del ricorso straordinario oscilla dalla riconosciuta natura giurisdizionale per effetto delle recenti modifiche della disciplina del ricorso stesso alla permanente carenza dei principi del giusto processo. Per tali motivi, pur essendo parallelo al ricorso giurisdizionale, il ricorso straordinario risulta essere collocato in una sorta di limbo grigio “tra il vecchio rimedio di giustizia interno all’amministrazione e un vero e proprio strumento giurisdizionale”¹⁷. Pertanto, risulta ancora dibattuta appunto la natura giuridica del ricorso straordinario, che oscilla dalla natura giurisdizionale alla natura strettamente amministrativa¹⁸. Sono state for-

¹⁴ Cass., S.U. 19 dicembre 2012, n. 23464.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 6 maggio 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2374.

¹⁶ Cass., S.U., 28 gennaio 2011, n. 2065, Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513 e Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *www.lexitalia.it*.

¹⁷ FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1040 e FRENI, *Tanto tuonò ... Impressioni a prima lettura a margine di sez. riunite 28 gennaio 2011, n. 2065*, in *www.giustamm.it*; GIUSTI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: Art. 69, comma 9, della legge 18 giugno 2009, n. 69. Giudizio di ottemperanza. Inammissibilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1040; D’ANGELO, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *www.giustamm.it*, 2013. Da rilevare che le modifiche apportate dall’art. 69 della legge n. 69/2009 hanno eliminato alcune rilevanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, soprattutto in ordine alla qualificazione e ai poteri dell’organo decidente.

¹⁸ FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione*, cit., 1042 ss.

mulate anche tesi “intermedie” che sostanzialmente lo individuano come sistema ibrido di giustizia amministrativa non definendolo né rimedio di giustizia nell’amministrazione non ancora un vero e proprio processo di parti¹⁹. Occorre approfondire il significato di tale affermazione. La perplessità della dottrina nel qualificare il ricorso straordinario come ricorso giurisdizionale consiste nella difficoltà di renderlo conforme ai principi del giusto processo, per cui non ci sarebbero sufficienti elementi per ritenere applicabili a tale strumento i canoni formali del giusto processo, soprattutto con riguardo alla completezza ed alla effettività dell’istruttoria, affidata all’amministrazione competente, ovviamente non terza ed imparziale e, perciò, incapace di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle parti. Senza contare, poi, che altra parte della dottrina ritiene che la riforma del 2009 abbia confermato la natura giustiziale del ricorso straordinario. Secondo, invece, altra parte della dottrina, le normative recenti, in particolar modo l’art. 69 della legge n. 69/2009, hanno completato il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, configurandolo come un rito speciale in unico grado della giustizia amministrativa, liberamente utilizzabile dai cittadini²⁰. A mio avviso, la disciplina attuale del ricorso, pur perfezionata e completata dalle recenti normative ed interpretazioni giurisprudenziali non influisce sostanzialmente sulla sua natura, trasformandola da rimedio amministrativo a strumento di matrice sostanzialmente giurisdizionale, come affermato dalla sezioni unite della Cassazione e dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato²¹. Innanzitutto, come è stato già rilevato, la disciplina vigente del ricorso straordinario non è rispettosa dei principi del giusto processo, dove il contraddittorio è pieno ed effettivo e non assegnato ad un’amministrazione competente per l’istruttoria che non è perciò terza ed imparziale²². La Costituzione disegna poi un sistema chiuso degli organi giudiziari e della giurisdizione; l’art. 102 Cost. pone il divieto di istituire i giudici straordinari o giudici speciali e il legislatore ordinario, per tale disposto costituzionale, non può creare nuovi giudici. Oltretutto, non può attribuirsi al Consiglio di Stato in sede di parere vincolante nel ricorso straordinario natura giurisdizionale atteso che in tale ipotesi il supremo organo della giustizia amministrativa esercita una consulenza giuridico-amministrativa e non una funzione giurisdizionale. Anche quest’affermazione sottolinea l’atteggiamento rigorosamente formale della Carta costituzionale in tema di istituzione di organi giu-

¹⁹ FRENI, *Tanto tuonò ... cit.*, 1 ss.

²⁰ VOLPE, *op. cit.*, 12-13; CHIEPPA, *Commento al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 472.

²¹ Cass., S.U., 10 marzo 2011, n. 5484; Cons. Stato, Ad. Plen. 5 giugno 2012, n. 18; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4368; Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9.

²² Diversamente TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario*, cit., 64 ss. secondo il quale “un contributo all’inquadramento della natura giuridica del rimedio in esame non può prescindere dalla considerazione che la relativa natura giurisdizionale non presuppone necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei principi del contraddittorio e del giusto processo”.

risdizionali, per cui il ricorso straordinario, non essendo contemplato nella Costituzione come giurisdizione, mantiene salda la sua natura spiccatamente giustiziale e contenziosa, estranea al sistema tipico giurisdizionale²³. Le recenti pronunce giurisprudenziali che hanno ridisegnato il ricorso straordinario al Capo dello Stato come ricorso quasi giurisdizionale hanno tentato di spingere tale strumento di tutela nell'ottica della maggiore garanzia per gli interessi dei cittadini, nella speranza di invogliare il legislatore ad affinare tale strumento giustiziale al fine di prevedere le stesse garanzie processuali della giurisdizione. Tale locuzione non ha un significato ben preciso, sembrerebbe riecheggiare l'esistenza di un istituto giustiziale a cui si applicano, laddove possibile, le garanzie processuali, posto che, in linea di massima, ancora persistono dubbi e lacune in merito alle modalità di svolgimento dell'istruttoria e alle forme di esplicazione del contraddittorio del ricorso straordinario, affidata al ministero competente e quindi all'organo amministrativo per eccellenza²⁴. In realtà, a causa delle recenti modifiche normative alla disciplina del ricorso straordinario, l'istituto è passato dalla connotazione tradizionale di tipo amministrativo alla qualità di rimedio giustiziale amministrativo, connotato da elementi di contenziosità e di contraddittorio tipici del processo²⁵.

Di recente, la stessa Corte costituzionale, nel definire la natura del ricorso, si è guardata bene dall'utilizzare l'ambigua nozione di strumento sostanzialmente o quasi giurisdizionale, confermando la natura giustiziale dell'istituto, secondo me in maniera conforme alla disciplina positiva, attuativa, tra l'altro del principio costituzionale, secondo il quale il Consiglio di Stato è organo di «tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100, comma 1).

Secondo la dottrina, il ricorso straordinario è l'unico istituto di giustizia interna all'amministrazione in cui è coinvolto il Consiglio di Stato, dove il Presidente della Repubblica nell'emanazione della decisione del ricorso non è altro dall'amministrazione, è l'amministrazione che giudica, che rende giustizia del caso concreto recependo, non in toto e né nella loro pienezza, i tipici principi costituzionali del giusto processo e del contraddittorio. Il fatto che il Consiglio di Stato sia

²³ TANDA, *op. cit.*, 64, il quale, contrastando tale tesi con argomentazioni convincenti ma da me non condivisibili, data la tassatività "costituzionale" degli organi giurisdizionali, afferma che "soprattutto in passato non sono state poche le ipotesi in cui, in relazione allo strumento di tutela rappresentato al ricorso al TAR, pur non essendovi un puntuale e preciso rispetto dei succitati principi, (contraddittorio e giusto processo), non per questo si è dubitato della natura giurisdizionale di tale strumento di tutela: non poche sono state le volte in cui la Corte costituzionale ha ritenuto che effettivamente fossero stati violati i sopraindicati principi, nulla eccependo sulla natura giurisdizionale del procedimento di riferimento".

²⁴ Sul punto, PUZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 2012; RAGANELLA-VALLA, *La tutela giustiziale*, Milano, 2007; MOTZO-LIGNANI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, Padova, 1990.

²⁵ Sul punto in senso ampio, SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2014, 1476. Si veda anche il contenuto della sentenza della Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73.

«chiamato ad assicurare la giustizia “nell’amministrazione”»; non depone necessariamente per la natura giurisdizionale o quasi giurisdizionale del ricorso straordinario ma significa che il supremo consesso giurisdizionale amministrativo interviene nel procedimento per assicurare quella stessa imparzialità e quasi neutralità, tipica degli istituti processuali, necessaria ad assicurare l’effettività del sistema dell’amministrazione giustiziale. Il Consiglio di Stato è pertanto l’elemento organizzativo fondamentale del sistema dell’amministrazione giustiziale preposto al procedimento del ricorso straordinario e alla sua decisione²⁶.

Condivido pienamente tale orientamento, soprattutto perché una possibile interpretazione autentica dell’art. 100 Cost., consiste nel ritenere il Consiglio di Stato, oltre come consulente in materia giuridico-amministrativa del Governo, organo di tutela giustiziale in cui è parte l’amministrazione ed istituto centrale del ricorso straordinario, inteso quest’ultimo come procedimento contenzioso teso alla definizione, nel senso di giustizia formale e sostanziale, delle controversie amministrative in cui è parte la pubblica amministrazione²⁷. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, pur svolgendosi nelle forme tipiche del procedimento amministrativo, assume sostanzialmente le forme del processo, risultando fondamentale che l’interesse che viene perseguito non è quello dell’amministrazione ma quello dei suoi destinatari. Ebbene, nel ricorso straordinario la funzione giustiziale è attestata dal fatto che nel procedimento intervengono soggetti diversi che perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che, appunto, non è ovviamente quello dell’amministrazione resistente e l’*iter* procedimentale prelude all’emanazione di una decisione amministrativa, cioè di un provvedimento amministrativo con contenuto di accertamento che rende applicabile la legge nel caso concreto al fine di definire una controversia tra amministrazione e cittadini. A differenza degli altri ricorsi amministrativi, il ricorso straordinario al Capo dello Stato è un mezzo dell’amministrazione giustiziale perché realizza la giustizia nel caso concreto, tutelando la situazione giuridica soggettiva del cittadino interessato. Solo i ricorsi amministrativi diversi dal ricorso straordinario hanno natura amministrativa perché consentono all’amministrazione di riesaminare il proprio operato, costituendo tipiche forme di autotutela amministrativa ad istanza di parte, non avendo una caratteristica tipicamente giustiziale pur se tutelano, nel contempo, le situazioni giuridiche soggettive ma solo in via subordinata all’interesse pubblico. L’interesse pubblico perseguito con il ricorso straordinario è solo ed esclusivamente quello della soluzione dei conflitti di interessi, di soluzione delle liti tra pubblica amministrazione e cittadini che possa valere nell’ordinamento generale, men-

²⁶ Sul punto si veda, SCOCA, *La Corte costituzionale*, cit., 1476 ss.; ID., *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 2374 ss.

²⁷ In tema di amministrazione giustiziale, si vedano PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, Agg. IX, Roma, 2000, 1 ss.; BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Milano, 1986; nonché ID., *Idea e prassi dell’amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, 183 ss.

tre nei ricorsi amministrativi la soluzione della lite è subordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico generale perseguito con il riesame di precedenti determinazioni amministrative all'interno degli ordinamenti particolari della pubblica amministrazione. Nei ricorsi amministrativi si ha un'attività amministrativa di secondo grado, solo nel senso che essa comporta una nuova determinazione dell'amministrazione in ordine ad un rapporto già in precedenza definito, mentre nel ricorso straordinario vi è la necessità di realizzare la giustizia nella determinazione in concreto dell'interesse pubblico con la decisione del Capo dello Stato. In conclusione, il ricorso straordinario al Capo dello Stato si presenta come uno strumento dell'organizzazione giustiziale dell'amministrazione, alternativo alla funzione giurisdizionale, ma con effetti finali equivalenti a quest'ultima in termini di risoluzione dei conflitti di interessi tra amministrazione e amministrati²⁸.

4. *Considerazioni finali*

La complessiva trasformazione normativa dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur intaccandone il nucleo essenziale, non ne fa acquisire le sembianze di ricorso formalmente giurisdizionale e ciò, soprattutto, per l'impossibilità tecnica, per adesso, di recepire i principi del giusto processo, tra cui il contraddittorio, l'esistenza di una decisione di un giudice terzo ed imparziale, l'(in)completezza istruttoria che ancora oggi lo caratterizza.

Il ricorso straordinario appare sì rivisitato e rimodellato nel suo nucleo essenziale, ma è ancora presto, forse, per definirlo un ricorso giurisdizionale, come peraltro più volte qualificato da una parte della dottrina e da alcuni orientamenti della giurisprudenza. Credo che il processo di trasformazione dell'istituto in termini di ammodernamento nell'ottica del principio di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione sia ancora in atto e lontano dal definirsi, anche se mi sembra che affermarne il carattere sostanzialmente costituzionale sia come legittimare una "norma incostituzionale", dato il sistema chiuso degli organi giurisdizionali vigente nella Carta Costituzionale.

È, pertanto, ormai legittimo attendersi nuovi (e ormai improrogabili) interventi del legislatore o della giurisprudenza che vengano ad approfondire l'istituto in termini di potenziamento dell'organizzazione giustiziale dell'amministrazione.

²⁸ A. PAJNO, *op. cit.*, 12.

*Luigi Conti**

L'azione risarcitoria nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. – 2. Recenti modifiche normative. – 3. L'azione risarcitoria a seguito dell'approvazione del codice del processo amministrativo. – 4. Ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario alla luce di principi generali dell'ordinamento. – 5. I recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato. – 6. Conclusioni: reintroduzione tacita del c.d. doppio binario?

1. *Brevi cenni introduttivi*

Prima di procedere all'analisi della situazione attuale in ordine all'esperibilità della domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario¹, occorre valutare brevemente le fasi di sviluppo che ha conosciuto l'istituto in esame, considerando conseguentemente gli ostacoli che da più parti sono stati posti ad un pieno riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria nel procedimento dinanzi al Presidente della Repubblica.

È opportuno partire dagli orientamenti giurisprudenziali e dalla dottrina successivi alla disciplina organica adottata con d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

Come è noto, ai sensi dell'art. 8 del citato d.P.R.², il ricorso al Presidente della

* *Cultore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano Telematica – Roma.*

¹ Per una complessiva analisi dell'istituto: P.L. LODI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Consiglio di Stato*, Roma, n. 9, 9/2005; C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003; R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, Milano, 2001; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo – commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano 2009; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007; G.P. CIRILLO, I, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001; A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 222 e da ultimo P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 99 ss. e a 143 ss. ulteriori indicazioni bibliografiche.

² Art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971: “contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse”.

Repubblica è un rimedio generale, cioè esperibile avverso gli atti amministrativi in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge o incompatibile con il sistema, e straordinario, perché proponibile unicamente avverso gli atti amministrativi definitivi, con la conseguenza evidente che il ricorso oggetto della presente analisi costituisce un rimedio a carattere impugnatorio e a finalità eliminatoria.

Come rilevato dal Consiglio di Stato con una recente Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale³, relativa all'ottemperabilità dei decreti decisori emessi prima della novella che ha attribuito portata vincolante ai pareri del Consiglio di Stato, il rimedio del ricorso straordinario si inquadra in un sistema nell'ambito del quale "seppur con qualche incertezza e distinguo in dottrina, si sottolineava la natura di atto amministrativo del decreto decisorio reso su ricorso straordinario"⁴.

Proprio con riferimento alla natura amministrativa del provvedimento decisorio suddetto, già prima della disciplina del 1971, le Sezioni Unite della Suprema Corte⁵ avevano cassato per difetto di giurisdizione la decisione con la quale il Consiglio di Stato aveva affermato l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione a decreti di accoglimento di ricorsi straordinari.

Nel corso degli anni '80, la percezione della peculiarità dell'istituto nel quale coesistevano l'*anima giurisdizionale* e l'*anima amministrativa* era stata acutamente rilevata da Antonio Baldassarre che è giunto a definire il ricorso straordinario come una sorta di animale bicefalo, un «*ircocervo*»⁶, mentre parte rilevante della dottrina si è limitata a definirlo, pur senza peccare di chiarezza, come rimedio ambivalente⁷.

La questione della natura del provvedimento decisorio, tenuto conto della definizione del soggetto tenuto ad emettere il parere sul ricorso, era stata oggetto di nuova valutazione anche da parte della Corte di Giustizia Europea, la quale con Sentenza del 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69/96 e 79/96, aveva dato ingresso alle questioni di interpretazione di norme comunitarie, sollevate dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato, riconoscendo, quindi, natura di giudice nazionale a detto organo anche in tale sede.

Anche successivamente a tale interpretazione di rango comunitario, però, le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸ hanno ribadito il precedente orienta-

³ Cons. Stato, sez. IV, ord. 7 novembre 2014, n. 5506 – Pres. Virgilio, Est. Taormina.

⁴ Corte cost. n. 298/1986; Corte cost. n. 282/2005 per e quella delle S.U. ex multis Cass., S.U., 17 gennaio 2005, n. 734; Cass., S.U., 18 dicembre 2001, n. 15978: tali decisioni avevano ritenuto che il decreto emesso a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica integrasse un atto di natura amministrativa e non giurisdizionale

⁵ Cass. civ., sez. riunite, sent. n. 3141/1953.

⁶ In questo senso: Antonio Baldassarre, redattore della sentenza della Corte cost. n. 298/1986.

⁷ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 1419.

⁸ Cass. civ., sez. riunite, sent. n. 15978/2001: secondo la Corte il procedimento promosso con il ricorso straordinario ha per protagonista un'autorità amministrativa, che non è neppure vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato, potendo anche risolvere la controversia

mento, escludendo che i decreti con i quali sono decisi i ricorsi straordinari abbiano natura giurisdizionale e possano essere assimilati alle sentenze passate in giudicato, le uniche passibili di esecuzione mediante il giudizio di ottemperanza.

Ciò chiarito, con riferimento specifico all'ammissibilità dell'azione risarcitoria, strettamente legata alla natura del rimedio ed ai conseguenti poteri del soggetto tenuto ad adottare il parere, nel corso della lunga vita dell'istituto, la natura unicamente impugnatoria del ricorso straordinario, enunciata chiaramente dall'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, ha sempre precluso l'esperibilità di tale domanda tenuto conto che, come detto, la norma prevede tale rimedio solamente avverso "atti ... definitivi"⁹ e unicamente per "motivi di legittimità"¹⁰.

Prima della riforma del 2009, pertanto, il prevalente orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, in sede consultiva, negava l'ammissibilità di un'azione di danni in sede straordinaria, dal momento che "una simile pretesa risulta estranea all'ambito di cognizione ammesso dalla normativa vigente in materia di ricorso straordinario"¹¹.

Come premesso, tale citato arresto (così come i precedenti in termini) si basa sul chiaro dettato di cui all'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971.

Nonostante l'orientamento dei Giudici di Palazzo Spada sul punto apparisse granitico e ben lungi dal consentire fondate voci di dissenso, parte della giurisprudenza è giunta a riconoscere l'ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario¹².

Nello specifico, il CGARS ha affermato che il ricorso straordinario "è preordinato ad assicurare la tutela contenziosa in coerenza alla natura delle posizioni giuridiche soggettive dedotte, tenuto conto, da un lato, della sua fungibilità ed alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale e, dall'altro, del fatto che, ormai, per ragioni di economicità speditezza e concentrazione della tutela invocata si tende ad espungere dal nostro ordinamento la c.d. tutela del doppio binario (prima annullamento in sede giurisdizionale e/o straordinaria e poi risarcimento in sede giurisdizionale)"¹³.

secondo criteri diversi da quelli risultanti dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto, così venendo a mancare i requisiti indefettibili dei procedimenti giurisdizionali, cioè il loro celebrarsi dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, oltre che soggetto esclusivamente al diritto vigente – artt. 111, comma 2 e 101, comma 2 Cost.

⁹ Sono atti definitivi quelli "che costituiscono l'espressione ultima, in linea verticale, della volontà della pubblica amministrazione" (R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2012, 2598).

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2010, n. 3225; sez. I, 6 dicembre 2006, n. 3994; sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784.

¹¹ Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784; Id., 29 aprile 2003, n. 4631.

¹² Cons. Stato, sez. II, 20 aprile 2003, n. 1036/2002; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. riunite, 19 febbraio 2008, n. 409; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934.

¹³ Cons. Giust. Amm. Sic., SS.RR., Par. 19 febbraio 2008, n. 409.

In questa prospettiva appare evidente come, in presenza di un contrasto tra gli orientamenti comunitari ed interni e tenuto conto delle discordanti voci in giurisprudenza ed in dottrina, precedentemente citate, una riforma del ricorso straordinario fosse percepita come necessaria sia per assicurare una piena tutela al privato, sia per porre fine alle annose vicende in ordine alla corretta definizione dell'istituto.

2. *Recenti modifiche normative*

Gli interventi del Legislatore succedutisi negli ultimi anni in materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato hanno comportato profondi mutamenti nella definizione complessiva dell'istituto, determinando un avvicinamento di tale forma di tutela del cittadino a quella assicurata dal ricorso giurisdizionale dinanzi al G.A.¹⁴.

In primo luogo, l'art. 69, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69 ha novellato l'art. 13, comma 1, d.P.R. n. 24 novembre 1971, n. 1199, prevedendo che l'organo chiamato ad emettere il parere sul ricorso straordinario possa sollevare questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata¹⁵.

Occorre rilevare che, fino a pochi anni prima, la Corte costituzionale aveva stabilito che le Sezioni consultive del Consiglio di Stato non potessero sollevare incidente di costituzionalità in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹⁶.

Inoltre, con l'art. 69, comma 2, della medesima legge che ha modificato l'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, è stato, di fatto, trasformato l'istituto da ricorso amministrativo a rimedio giustiziale, dal momento che il parere del Consiglio di Stato è divenuto del tutto vincolante per l'emissione del conseguente decreto.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, in sede di approvazione del codice del processo amministrativo, come rilevato di recente dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato¹⁷, con l'art. 112, comma 2, cod. proc. amm., il Legislatore

¹⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3224.

¹⁵ *Ex multis*, Corte cost. sent. 2 aprile 2014, n. 73.

¹⁶ Con riferimento al potere delle sezioni consultive del Consiglio di Stato di sollevare incidente di costituzionalità si vedano: Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254, in *Diritto & Giustizia*, 2004, e in *G.U.* 28 luglio 2004, n. 29 serie spec.; Corte cost, ord. 25 novembre 2004, n. 357, in *G.U.*, 1, 12, 2004, n. 47, 31, su ordinanza di rimessione del Cons. Stato, sez. II, 26 marzo 2003, n. 2898, in *Cons. Stato*, 2004, I, 444.

¹⁷ Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131 secondo il quale, in sede di redazione del codice del processo amministrativo «*il Governo recepì tale osservazione indicando nella Relazione che il rimedio dell'ottemperanza fosse necessario per dare attuazione agli articoli 6 e 13 CEDU che richiedono effettività di tutela "per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quelle delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili"*».

re ha inteso estendere la possibilità di chiedere dinanzi al G.A. l'ottemperanza anche dei provvedimenti esecutivi del Giudice amministrativo nonché dei provvedimenti equiparati al giudicato¹⁸.

Tali riforme, attuate con una legge denominata "riordino della norme sulla giurisdizione amministrativa", hanno superato, sotto diversi aspetti, anche il vaglio di legittimità della Corte costituzionale, la quale, nel rilevare che il Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può sollevare questioni di legittimità costituzionale, ha affermato che non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sollevata per eccesso di delega, nella parte in cui limita l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa¹⁹.

Infine, ulteriori elementi che hanno portato ad un notevole avvicinamento dell'istituto del ricorso straordinario a quello del ricorso giurisdizionale sono la possibilità per il ricorrente di chiedere, ai sensi dell'art. 3, comma 2, legge n. 205/2000, la tutela cautelare per evitare il verificarsi di danni gravi ed irreparabili in capo al ricorrente, mentre l'art. 37, comma 6, d.l. n. 98/2011 ha imposto al ricorrente il pagamento di un contributo unificato per le spese di giustizia anche per il ricorso straordinario.

Pertanto, sono molteplici gli elementi che, a seguito delle recenti novelle, sulla spinta di dottrina e giurisprudenza hanno portato a ritenere il ricorso straordinario come rimedio giurisdizionale e non più amministrativo: tra questi, è agevole rilevare che, allo stato attuale, è indiscusso che il parere del Consiglio di Stato ha carattere vincolante, che il contraddittorio è assicurato durante lo svolgimento del procedimento giustiziale, che il Consiglio di Stato può sollevare questione di legittimità costituzionale durante il tale procedimento, che il decreto decisivo può essere oggetto di revocazione ai sensi dell'art. 395 cod. proc. civ. ed, infine, che il ricorrente può richiedere la sospensione dell'atto impugnato in via cautelare²⁰.

¹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. riunite, 28 gennaio 2011, n. 2065 secondo la quale la decisione sul ricorso straordinario, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è un provvedimento tutelabile in sede di ottemperanza; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 3513/2011. Si veda anche CGA, sent. n. 415/2009, con commento di Angelo MARI, *Vecchi e nuovi presupposti per il giudizio di ottemperanza*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11, 2009.

¹⁹ Corte cost. sent. 2 aprile 2014, n. 73: «Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarsi dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta – la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali – che è stata compiuta dalla legge n. 69 del 2009. Sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell'art. 44 della legge n. 69/2009».

²⁰ Sul mutamento di disciplina a seguito delle pronunce del G.A., si vedano Cons. Stato, n. 6695/2000; Cons. Stato, A.P., 9/2013.

Le innovazioni succedutesi nel tempo, pertanto, sembrano tutte dirette ad un costante, ma inevitabile avvicinamento delle differenti tipologie di ricorso²¹, già prospettata da rilevante dottrina, la quale ha da tempo rilevato “l’indole giurisdizionale”²² del ricorso straordinario.

Nonostante il generale mutamento dell’istituto, avvenuto in esito a chiari interventi normativi che hanno ricevuto l’avallo anche del Giudice delle Leggi, però, l’opera di assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale non sembra, almeno allo stato, essere giunta alla sua naturale conclusione, ossia l’ammissibilità dell’azione risarcitoria anche in sede di ricorso straordinario.

3. *L’azione risarcitoria a seguito dell’approvazione del codice del processo amministrativo*

L’organica disciplina del processo dinanzi al Giudice Amministrativo ha introdotto, però, ulteriori elementi che, unitamente agli approdi giurisprudenziali in relazione al pacifico superamento della pregiudiziale amministrativa, dovrebbero portare ad una rinnovata riflessione in materia di azione risarcitoria.

In primo luogo, si deve rilevare come l’art. 30 cod. proc. amm. consenta al privato di proporre autonoma azione risarcitoria entro centoventi giorni dalla conoscenza del provvedimento ritenuto lesivo, termine coincidente con quello previsto da tempo per la proposizione del ricorso straordinario²³.

La previsione di identici termini per la proposizione del ricorso straordinario e della domanda risarcitoria sembrerebbe, almeno in assenza di contrarie indicazioni normative, voler assicurare una tutela, come quella risarcitoria, nello stesso arco di tempo entro il quale è possibile chiedere, con ricorso straordinario, la rimozione del provvedimento lesivo.

Tale impostazione, pertanto, consentirebbe di superare, almeno ad una prima analisi, la regola, ormai ritenuta non più sussistente, della pregiudizialità tra ricorso al TAR e azione risarcitoria²⁴, evitando che un provvedimento amministrativo

²¹ Sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, secondo il quale «A fronte di un contrasto giurisprudenziale esistente in ordine alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, va confermato l’orientamento che riconosce la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell’altro terminale della relativa procedura, in tal senso deponendo le ultime novità normative che hanno interessato l’istituto e, in particolare, assumendo rilievo decisivo lo “ius superveniens” che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale».

²² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, 1339.

²³ In precedenza, la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato aveva previsto il più ampio termine di 180 giorni. Sul complesso *iter* di formazione del cod. proc. amm., si veda R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2011.

²⁴ La necessità di impugnare ed ottenere l’annullamento dell’atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante da quel medesimo atto.

non impugnato finisca, al tempo stesso, per disciplinare il rapporto amministrativo e determinare un danno ingiusto²⁵, dal momento che avverso detto provvedimento potrebbe essere ancora proposto, nei medesimi termini, il ricorso straordinario.

Questo tipo di interpretazione, apparentemente risolutiva della questione della pregiudizialità amministrativa²⁶, almeno sotto il profilo utile alla presente analisi, finisce, però, per riproporre integralmente la problematica che, nel corso degli anni, ha mantenuto vive le dispute giurisprudenziali tra Consiglio di Stato²⁷ e Corte di Cassazione²⁸.

Se, infatti, non è più necessaria l'immediata impugnazione del provvedimento ritenuto lesivo per accedere al risarcimento del danno subito da tale atto, il ricorrente sarebbe comunque tenuto a ridurre le conseguenze dannose derivanti dal provvedimento non impugnato dinanzi al TAR attraverso la proposizione, nei medesimi termini, di un ricorso straordinario, col quale chiedere la rimozione dell'atto ritenuto lesivo.

Con riguardo al rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento alla luce dell'art. 30 cod. proc. amm., l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (23 marzo 2011, n. 384) ha affermato che "il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento".

A ciò consegue che il mancato esperimento del ricorso straordinario è oggetto

²⁵ MARUOTTI, *Il giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno*, in *www.giustamm.it*.

²⁶ Sulla pregiudizialità: CARINGELLA, *Contro la pregiudiziale: una soluzione antica per un problema attuale*, in CARINGELLA, DE MARZO (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009, 35 ss.; TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 385 ss.; DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corr. giur.*, 2008, 261 ss.; DIDONNA, *La tutela civile del giudice amministrativo*, Milano, 2005, 15 ss.; ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, Padova, 2002, 307 ss.; GALLO, *L'Adunanza plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2008, 346 ss.; MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008, 20 ss.; DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2009, 854 ss.; CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 55 ss.; DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale*, *ivi*, 32 ss.

²⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4 e 22 ottobre 2007, n. 12; Ad plen. 30 agosto 2005, n. 8; sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338.

²⁸ Corte Cass., ord. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, 15 giugno 2006, n. 13911; sent., sez. riunite, 23 dicembre 2008, n. 30254.

di valutazione da parte del giudice, ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., sulla scorta della parallela norma di cui all'art. 1227 cod. civ., la quale afferma la rilevanza, ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento, tra i quali, ovviamente, anche il ricorso straordinario.

Pertanto, se il ricorrente non è più tenuto ad impugnare un provvedimento ritenuto lesivo per accedere al conseguente risarcimento del danno, è comunque onerato della sua impugnazione, almeno con ricorso straordinario, al fine di dimostrare l'insussistenza di una sua condotta che abbia aggravato la sua posizione giuridica, non avendo egli richiesto di rimuovere l'atto lesivo dal mondo giuridico²⁹.

La previsione di identici termini di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30 cod. proc. amm. sembra essere, quindi, collegata più al carattere non inoppugnabile del provvedimento contestato in sede straordinaria, piuttosto che alla questione della diligenza esigibile dal cittadino³⁰.

In questa prospettiva, l'attuale situazione non sembrerebbe consentire una lettura evolutiva dell'istituto del ricorso straordinario nell'ottica dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria.

4. *Ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario alla luce di principi generali dell'ordinamento*

Affrontati i rapporti tra ricorso straordinario ed azione risarcitoria alla luce della rinnovata disciplina del processo dinanzi al Giudice Amministrativo, è opportuno valutare, nel concreto, l'ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario, tenuto conto delle numerosi innovazioni che hanno coinvolto l'istituto nel corso degli ultimi anni.

Nonostante, come detto in precedenza, l'orientamento del Consiglio di Stato apparisse fermo sull'inammissibilità, parte della giurisprudenza è giunta a riconoscere l'ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario³¹.

È appena il caso di rilevare che il CGARS, in materia di domanda risarcitoria, non è nuovo a pronunce che, al di là dello stretto dato normativo, giungono a va-

²⁹ GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in *www.gustamm.it*.

³⁰ Secondo Cons. Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3: «l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua dei principi di buona fede e solidarietà, sanciti dall'art. 1175 del codice civile, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza».

³¹ Cons. Stato, sez. II, 20 aprile 2003, n. 1036/2002; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. riunite, 19 febbraio 2008, n. 409, cit.

lutare in concreto le richieste del privato nel quadro dei principi generali dell'Ordinamento e della rinnovata sensibilità alla tutela complessiva del ricorrente.

Recentemente, infatti, il CGARS, con riferimento all'onere dell'impugnazione del provvedimento amministrativo, ai fini dell'ammissibilità della domanda risarcitoria, ha affermato che «detto onere di impugnazione ... va valutato in ciascun caso in concreto: nel senso che tale onere sussiste soltanto allorché si accerti che, effettivamente, l'impugnazione dell'atto lesivo avrebbe potuto concretamente giovare al ricorrente, e non invece ove sia evidente che il gravame non avrebbe in alcun modo potuto elidere, né ridurre, il danno cagionato dall'atto amministrativo illegittimo», dal momento che, qualora «si postulasse l'equazione «omessa impugnazione = esclusione del risarcimento», quella stessa pregiudizialità che si è formalmente ripudiata come istituto «di stretto rito» verrebbe in effetti reintrodotta tal quale, come istituto sostanziale»³².

Le isolate pronunce con le quali il G.A. ha riconosciuto l'ammissibilità della domanda risarcitoria si basavano, pertanto, su alcuni principi che, presenti non solo nel processo amministrativo, dovrebbero permeare costantemente l'azione di un organo giudicante, ossia i principi di economicità, speditezza e concentrazione della tutela richiesta dal privato, nonché il principio di alternatività³³.

La pronuncia del CGARS, però, se da un lato sembra aprire nuove prospettive allo sviluppo dell'istituto del ricorso straordinario, attraverso una lettura complessiva dei principi che dovrebbero regolare gli strumenti posti a tutela delle posizioni giuridiche soggettive, dall'altro lato sconta una scarsa aderenza alla normativa vigente, che sembra inevitabilmente precludere l'azione risarcitoria in sede di ricorso straordinario.

Anche a voler condividere gli spunti offerti dalle sentenze del CGARS e prescindendo dallo stretto dato normativo vigente, in ogni caso bisogna rilevare che fonte di danno per il privato non è necessariamente un provvedimento ammini-

³² Cons. Giust. Amm. Sic., 20 febbraio 2013, n. 248; conforme anche Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, il quale afferma che la «disciplina contenuta nell'art. 34, comma 3, cod. proc. Amm ... costituisce un principio generale nel sistema della giustizia amministrativa» diretto «a tutelare ... l'interesse all'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'atto impugnato, laddove ... rilevi l'interesse a conseguire il risarcimento del danno discendente dall'atto medesimo ... l'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. introduce, in presenza dei presupposti ivi previsti, una conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, in quanto l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel petitum di annullamento come un antecedente necessario: siccome il più contiene il meno, il giudice limita d'ufficio la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria, giacché manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse ai fini risarcitori (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817)» (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8550; TAR Calabria, Catanzaro, 27 luglio 2012, n. 840; sull'interesse al risarcimento del danno si vedano anche: Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8418; Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2009, n. 6577; Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5196).

³³ PATRITO, *Ricorso straordinario: è ammesso il risarcimento del danno?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 2059, nonché ANDREIS, *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria*, in *Urb. e App.*, 2008, 1313; POZZI, *Ricorso straordinario ed effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

strativo ritenuto illegittimo, ma anche una condotta della P.A., la quale, attraverso un comportamento che non sfocia in un provvedimento, può determinare una lesione in capo al privato,

A ciò si aggiunga che il G.A., chiamato a valutare la domanda risarcitoria proposta, non si dovrà limitare ad accertare l'illegittimità del provvedimento³⁴, essendo necessario accertare il dolo o colpa dell'amministrazione, il nesso causale tra l'illegittimità del provvedimento e l'evento dannoso, il mancato concorso del ricorrente nella causazione del danno ed infine giungere a determinare l'entità del danno.

Tali attività evidentemente non solo sono attualmente precluse in sede di ricorso straordinario dal chiaro dettato dell'articolo 8, primo comma, del d.P.R. n. 1199/1971, ma potrebbero richiedere, ai fini di una più completa ed adeguata valutazione della domanda risarcitoria, anche l'espletamento di mezzi di prova (quali ad esempio prova testimoniale, consulenza tecnica³⁵, verifica, etc.), non previsti nel procedimento dinanzi al Consiglio di Stato in sede consultiva³⁶.

5. I recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato

A ciò consegue, in tutta evidenza, che anche successivamente alle pronunce favorevoli citate in precedenza, nonostante le modifiche apportate con la legge n. 69/2009 e nonostante rilevante dottrina si fosse espressa in favore dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria in sede di ricorso straordinario³⁷, il Consiglio di Stato ha mantenuto fermo il proprio orientamento³⁸, affermando che il risarcimento degli eventuali danni conseguenti ad attività amministrativa illegittima rimane estraneo all'ambito di cognizione ammesso in sede di ricorso straordinario ai sensi dell'articolo 8, primo comma, del d.P.R. n. 1199/1971, in quanto "il ricorso straordinario, quale rimedio di natura impugnatoria, è ammesso "contro atti amministrativi definitivi" e per soli "motivi di legittimità"³⁹.

Con una recente pronuncia resa in data 1° dicembre 2014, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha affermato che "ogni ... considerazione, preordinata alla

³⁴ *Ex multis*: Cass. civ., sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122; Cass. civ., nn. 8097/2006, 7228/2006, 2705/2005, e 19570/2003; Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1985.

³⁵ Sulla natura della consulenza tecnica: Cass. civ., sez. I, 9 novembre 1981, n. 5914; Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2010, n. 8962.

³⁶ Cons. Stato, sez. I, 14 giugno 2013, n. 2755.

³⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 479.

³⁸ Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 1701, con nota di COCOZZA, *Proponibilità dell'azione di risarcimento del danno in sede di ricorso straordinario*. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784 e sez. III, 12 gennaio 2010, n. 3255.

³⁹ Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2014, n. 2762.

eventuale insorgenza di danni ed alla possibile pretesa in ordine al richiesto risarcimento è estranea alla particolare natura impugnatoria del rimedio e, pertanto, inammissibile (Cons. Stato, sez. I, pareri 6 marzo 2002, n. 492/2002, e 29 settembre 2004, n. 1184/2004) e potrà essere eventualmente fatta valere in altra sede. Il ricorso straordinario, infatti, mantiene la sua natura prettamente e tipicamente impugnatoria, quale rimedio giustiziale di ordine generale nei confronti degli atti amministrativi definitivi, alternativo all'ordinaria azione di annullamento davanti al giudice amministrativo, che mira ad offrire una tutela destinata ad esplicitarsi in una decisione costitutiva di annullamento, cioè di rimozione, postuma e riparatoria rispetto all'azione amministrativa, di un provvedimento definitivo di cui viene accertata la contrarietà all'ordine giuridico" (Cons. Stato, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 3777).

Tale ultima pronuncia si pone, come detto, nel solco della costante giurisprudenza formatasi sul punto, la quale afferma che "il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce un rimedio giustiziale di carattere essenzialmente impugnatorio, volto cioè ad accordare una tutela riparatoria contro atti amministrativi definitivi. Quale rimedio giustiziale di ordine generale nei confronti degli atti in questione, alternativo all'ordinaria azione davanti al giudice amministrativo, il ricorso straordinario offre una tutela che si esplicita in una decisione costitutiva d'annullamento del provvedimento di cui venga accertata la contrarietà all'ordine giuridico. Il risarcimento agli eventuali danni rimane, pertanto, estraneo all'ambito di cognizione ammesso in sede di ricorso straordinario ai sensi dell'articolo 8, primo comma, del d.P.R. n. 1199/1971" (Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784).

Nella medesima linea si pone un'ulteriore e più recente pronuncia del Consiglio di Stato in sede consultiva, la quale nel rilevare che "l'accoglimento di un ricorso amministrativo, e segnatamente di un ricorso straordinario, può anche comportare, come effetto dell'annullamento dell'atto impugnato (per realizzare il quale può essere esperito il giudizio d'ottemperanza, v. art. 112, comma 2, alinea "d" del codice del processo amministrativo emanato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che al ricorrente sia riconosciuta una determinata somma di denaro o altro beneficio economico, quando l'annullamento del provvedimento impugnato abbia come effetto necessario l'attribuzione di quella somma o di quel beneficio" afferma che "non può invece esser chiesto con ricorso amministrativo l'accertamento di un diritto non derivante direttamente dall'annullamento di un provvedimento amministrativo, perché diversamente si snaturerebbe il rimedio e si darebbe vita a un giudice speciale" (Cons. Stato, sez. I, parere 14 giugno 2013, n. 2755).

6. Conclusioni: reintroduzione tacita del c.d. doppio binario?

Pertanto, nell'attuale sistema normativo ed in assenza di interventi del Legislatore che facciano propri le rilevanti pronunce citate e le voci autorevoli in dottri-

na, non si può non ritenere che il privato che intenda ottenere il risarcimento del danno subito da un provvedimento amministrativo e non intenda o non possa proporre ricorso giurisdizionale, sarà costretto dapprima a proporre azione di annullamento in sede straordinaria e, successivamente, in esito, ovviamente all'accoglimento del ricorso, proporre autonomamente per ottenere il risarcimento, ai sensi dell'art. 30, comma 5, cod. proc. amm.

In realtà, tale soluzione, che sembra l'unica praticabile *rebus sic stantibus*, esclusa la possibilità di avanzare una domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., comporta la tacita reintroduzione del c.d. "doppio binario" (prima domanda di annullamento in sede straordinaria e successivamente richiesta di risarcimento in sede giurisdizionale), espunto dal legislatore a seguito dell'approvazione della legge n. 205/2000, determinando un passo indietro rispetto alle recenti riforme dirette ad adottare istituti e procedure che consentissero la concentrazione, speditezza e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori⁴⁰.

⁴⁰ C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in *giustamm.it*, n. 9/2012, 43.

Cristina Asprella*

Tra merito e metodo: dal merito amministrativo al merito processuale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il merito amministrativo. – 3. Il merito nel processo civile.

1. Introduzione

È noto che in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si possono dedurre solo vizi di legittimità dell'atto che si impugna e non motivi che concernano il merito amministrativo che sono deducibili, invece, solo in sede di ricorso gerarchico¹.

La presente indagine, nei limiti ad essa concessi, si occuperà della individuazione del significato di “merito” nel processo amministrativo e in quello civile, premesso che il termine già di per sé ha un carattere polisemantico².

In particolare, nel processo civile, si fa riferimento alle *modalità* della cognizione del giudice allorché si parla di cognizione di “merito” ordinaria per distinguerla dalla cognizione sommaria. In questo senso i noti dibattiti sulla correlazione necessaria tra giudicato formale e sostanziale e “cognizione di merito ordinaria o comunque non sommaria”³. Ne deriva che rispetto all'eventuale coincidenza degli oggetti, ossia il verificarsi di una controversia vertente su diritti o *status*, pos-

* Professoressa di Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano Telematica – Roma.

¹ Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 1994, n. 1115, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1279; in generale sul ricorso e sull'ambito della sua cognizione si vedano, *ex multis* e da ultimo, P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, e 143 ss. ulteriori indicazioni bibliografiche.

² A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 263; F. LANCELLOTTI, voce *sentenza (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 1154.

³ L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, *passim*; per un'approfondita disamina del tema si veda A. PANZAROLA, *Il procedimento per copia e collazione di atti pubblici (artt. 743 ss. cod. proc. civ.)*, in AA.VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, 2001, 293 ss.

sono derivare effetti diversi, almeno sotto il profilo della incontrovertibilità dell'accertamento, a seconda che il giudizio svolto sia ordinario ovvero sommario. Il che ci consente in via preliminare di specificare che con l'uso del termine "merito" non si fa riferimento all'oggetto della cognizione ma alla sua estensione che, se la cognizione è di merito, risulta piena, altrimenti sommaria, ovvero atipica sotto alcuni profili specifici⁴. Autorevolissima dottrina processualcivile⁵ sottolineava che la valenza della cognizione ordinaria sta nella constatazione che il modo in cui si realizza il contraddittorio sono quasi integralmente preindividue dalla legge e sono, di conseguenza, escluse dall'ambito dei poteri discrezionali del giudice. Ne deriva la condivisibile considerazione secondo cui con il termine "merito", nell'espressione "cognizione di merito", si intende determinare l'ampiezza della cognizione, andando così a rinforzare l'aggettivo – piena – che la qualifica, se non addirittura per sostituirlo⁶.

2. *Il merito amministrativo*

Non possono trascurarsi, pur nei limiti di una breve indagine, le peculiarità della parola "merito"⁷ nell'ambito del diritto amministrativo atteso che, rispetto

⁴ Ad es. per le modalità della istruzione probatoria, per l'onere d'allegazione, per rapporto tra chiesto e pronunciato: su questi e ulteriori profili si veda l'attenta analisi di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, vol. II, 650 ss.; sulla nozione di cognizione "piena" si veda ad es. A. PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. cod. proc. civ.*, ora in M.G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994, spec. 21-26.

⁵ G. FABBRINI, voce *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 721 ss.

⁶ A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 653. L'A. ricorda a tal proposito l'esempio del c.d. "merito possessorio" e delle differenti opzioni interpretative che si sono avute di esso, soprattutto dopo la novellazione dell'art. 703 cod. proc. civ. (sino alla sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione – sentenza n. 1984 del 24 febbraio 1998, annotata, *ex multis*, da B.N. SASSANI, *La tutela giurisdizionale del possesso dopo la modifica dell'art. 703 cod. proc. civ.*, un grand arrêt delle Sezioni Unite, in *Riv. dir. proc.* 1998, 530 ss.; nonché da F.P. LUISO, G. MONTELEONE, R. SACCO, G. VERDE, in *La tutela possessoria nella sentenza delle sez. un. della Cassazione n. 1984/1998*, in *Giust. civ.* 1998, II, 187 ss.; G. DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, spec. 134 ss. Le diverse tesi in merito si sono fondate sulla differente qualificazione giuridica del possesso: sul tema si vedano F.P. LUISO, *La tutela possessoria dopo la riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 600; R. VACCARELLA, *Azioni possessorie e nuovo procedimento cautelare*, *ivi*, 221 ss. La discussione intorno al procedimento possessorio si è incentrata tutta sulla sua ricostruzione in termini, da una parte, di procedimento sommario e dall'altra di procedimento a cognizione piena, a struttura bifasica, ossia diviso in una fase interdittale seguita, per l'appunto, dalla fase relativa al merito possessorio. Sicché il termine "merito" indica la modalità della cognizione, "piena" perché condotta nelle forme del codice di rito.

⁷ Su cui da ultimo si veda B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, in particolare 58 ss.; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, 86 ss.

all'uso generale, in esso il termine "indica tutt'altra nozione, o per meglio dire più nozioni"⁸. Il significato del "merito amministrativo" sarebbe a questa stregua "solo latamente analogico rispetto al merito degli atti giurisdizionali"⁹. Se nel significato ad esso generalmente attribuito il merito amministrativo equivale alla opportunità¹⁰ delle scelte discrezionali della amministrazione pubblica¹¹, ci si domanda come discernere le questioni intese effettivamente di merito. Nella giurisprudenza amministrativa¹² vengono inquadrati come attinenti al "merito" ad esempio la valutazione della gravità di un'infrazione disciplinare, la valutazione della preparazione dei candidati in un pubblico concorso, la valutazione dell'interesse all'esecuzione di un'opera pubblica. Tuttavia il concetto di merito amministrativo non deriva da un significato ad esso proprio ma, piuttosto, si evince per contrasto, ossia dalla contrapposizione con altri termini, quali, la discrezionalità o la legittimità. Questa contrapposizione sostanzialmente radicata¹³ del resto va di pari passo alla opposizione tra la giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità.

È quindi necessario, fatta questa premessa, effettuare una preliminare distinzione tra la "discrezionalità amministrativa" e il "merito"; ciò perché mentre l'ambito del merito è di per sé insindacabile¹⁴, l'ambito della discrezionalità è, viceversa, sindacabile. L'attività amministrativa discrezionale si configura quale azione vincolata al perseguimento del pubblico interesse, e, in questo senso è "funzionalizzata" e sindacabile¹⁵, pur se storicamente ci si è mossi anche in senso diverso¹⁶. Adesso, tuttavia, l'attività discrezionale è disciplinata soprattutto dalle regole della "deontologia della discrezionalità amministrativa"¹⁷.

⁸ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 408.

⁹ P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo – e giurisdizione di merito –*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1990, XX, 1 ss.

¹⁰ L'origine dell'accostamento del merito amministrativo alla opportunità risale alla nota opera monografica di A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 25; sul punto si veda anche P.G. PONTICELLI, *op. loc. cit.*; G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 131; V. OTTAVIANO, voce *Merito*, *Diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, 575 ss.; G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Padova, 1993, 226 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, 1998, vol. II, 1405 ss. con riferimenti dottrinali.

¹¹ Sul punto da ultimo, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito*, cit., 86.

¹² Si vedano gli esempi di R. VILLATA, *op. cit.*, 1405; ulteriori citazioni in F. D'ANGELO, *La giurisdizione*, cit., 86, nota 43.

¹³ P.G. PONTICELLI, *op. loc. cit.*

¹⁴ F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 88 ss.

¹⁵ In epoca risalente: F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1939, 422: ivi l'autore rileva che "l'uso dato dall'amministrazione del proprio potere discrezionale può essere anch'esso assoggettato al sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato".

¹⁶ Sempre in epoca poco recente E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911,

Dall'altro lato vi è il "merito amministrativo" che si configura come l'ambito libero dell'azione amministrativa intendendosi per "libera" come esclusa dal sindacato giurisdizionale. Per usare le parole di autorevole dottrina amministrativa la distinzione tra attività discrezionale e merito indica "quella tra ambito conoscibile (sindacabile) e ambito non sindacabile (e perciò in principio libero) dell'agire amministrativo"¹⁸. Se, quindi, il sindacato sull'azione amministrativa è consentito ove vi sia discrezionalità, viceversa esso è escluso ove si tratti di merito¹⁹. Ci si domanda altresì se siano le norme extragiuridiche relative alla buona amministrazione a qualificare il merito, oppure se si debba escludere che "esse possano coprire l'intera area del merito"²⁰. Ma ancora ci si domanda quale sia l'estensione del sindacato di merito, entro i limiti di legge, se esso si estenda oltre che al controllo della ragionevolezza della scelta della pubblica amministrazione, anche alla diretta valutazione della situazione di fatto e alla rinnovazione delle valutazioni comparative già effettuate²¹. In questo senso si è giustamente rilevato come il "merito amministrativo" e il "merito" siano concetti del tutto diversi e indichino altrettanto differenti realtà; mentre con il merito amministrativo ci si riferisce al rapporto anche oppositivo tra il potere pubblico amministrativo e il sindacato giurisdizionale²² che comporta da un lato l'attenersi ai principi della separazione dei poteri ma anche una sia pur limitata tendenza verso la sindacabilità²³. Invece, con il termine "merito" ci si riferisce alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Sicché, volendo trarre delle preliminari conclusioni è evidente come le due nozioni siano in totale contrapposizione se è vero che rispetto al merito amministrativo l'attività amministrativa si sottrae al sindacato giurisdizionale²⁴ mentre, dal-

5, rimarcava, come caratteristica propria degli atti discrezionali, la loro inidoneità ad essere assoggettati a sindacato giurisdizionale.

¹⁷ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 200.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 410; conf. R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, 1407 secondo cui esiste una distinzione tra discrezionalità e merito esiste e consiste in ciò che "segna il confine tra ambito conoscibile – sindacabile – e ambito non sindacabile – libero – dell'agire amministrativo".

¹⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.* 1950, I, 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, 118; sulla "funzionalizzazione" intesa quale principio per cui l'azione della P.A. persegue istituzionalmente il pubblico interesse, si vedano: E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1957, 300 ss.

²⁰ Da ciò origina la nota disputa fra M.S. GIANNINI, C. MORTATI su cui si veda F. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 98; la riporta anche R. VILLATA, *op. cit.*, 1406.

²¹ V. OTTAVIANO, voce *Merito*, cit., 577; R. VILLATA, *op. loc. cit.*

²² P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo*, cit., 7 che ritiene vi sia una tendenziale restrizione dell'area del merito amministrativo.

²³ G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, cit., 131.

²⁴ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 206; v. anche R. VILLATA, *op. cit.*, 1405 secondo cui dopo che

l'altro lato, rispetto al "merito" giurisdizionale vale esattamente il contrario essendo esso, piuttosto, il terreno fertile dello stesso sindacato.

Tuttavia la dottrina più recente sottolinea come sia necessaria una rivisitazione della impostazione tradizionale del merito amministrativo atteso che adesso non si può più ritenere che l'amministrazione prenda le sue decisioni in mancanza di una normativa giuridica guida; infatti l'imposizione delle note regole procedurali avrebbe, da un lato, limitato l'area di libertà della pubblica amministrazione, dall'altro lato, incrementato il sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionale²⁵. Se, quindi, si giunge ad affermare che l'ambito del "merito" inteso come esclusione dal sindacato è stato eroso dalla sindacabilità per principi delle scelte amministrative²⁶, si afferma anche che con l'espressione "merito" probabilmente ora si può intendere quell'ambito limitato e insindacabile che resta alla pubblica amministrazione dopo che la scelta discrezionale è stata oggetto del controllo di legittimità²⁷.

Brevi cenni saranno necessari anche con riferimento alla giurisdizione di merito dettata, in casi tassativi²⁸, alla cognizione e decisione della opportunità della azione amministrativa, con peculiarità che attengono soprattutto al regime probatorio e decisorio²⁹. L'esame della giurisdizione di "merito" ci consente di attingere ad ulteriori informazioni sulla ricostruzione della nozione di merito, specialmente se la si valuta in una prospettiva storica³⁰ risalendo, pertanto, alla legge del 1889. Gli atti parlamentari dell'epoca dimostrano come i fautori della riforma del 1889 partirono da una precisa concezione dei rapporti tra legittimità e merito. Sicché con l'espressione "*pronunciare anche in merito*" non si volle introdurre una giurisdizione sulla opportunità dell'atto amministrativo³¹ ma assegnare al giudice il potere di conoscere anche la *quaestio facti* diversamente da quanto pos-

l'Amministrazione ha "acquisiti tutti gli interessi, esaurita la loro ponderazione comparativa nel rispetto del principio di ragionevolezza, l'individuazione della soluzione preferibile tra quelle ancora praticabili diventa questione di merito".

²⁵ In argomento A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998, 47 ss.; da ultimo in linea con questa tesi F. D'ANGELO, *La giurisdizione*, cit., 87 ss.

²⁶ B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., 83 ss.; ID., *Inviolabilità della persona e partecipazione attiva: spunti di riflessione sul superamento del merito quale nozione ordinante nel diritto amministrativo*, in *Il procedimento e le responsabilità*, Milano, 2013, 420 ss.

²⁷ F. D'ANGELO, *La giurisdizione*, cit., 87.

²⁸ F. D'ALESSIO, *Istituzioni*, cit., 425.

²⁹ Atteso che per essa sono utilizzabili tutti gli strumenti probatori del giudice civile e, quanto al regime decisorio, il giudice può non soltanto caducare il provvedimento impugnato ma anche ri-regolamentare la fattispecie controversa.

³⁰ P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958.

³¹ G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, 1606.

sibile per la giurisdizione di legittimità³². Alle origini, pertanto, nel caso della giurisdizione di legittimità si riconoscevano al Consiglio di Stato funzioni in gran parte analoghe a quelle della Corte di Cassazione; nel caso della giurisdizione di merito funzioni pari a quelle dei giudici dell'appello³³. Quindi l'intento originario era differenziare le due giurisdizioni in rapporto ai diversi poteri istruttori del giudice, che da un lato si estendevano fino alla cognizione del fatto, come una sorta di giudice di gravame, dall'altro lato si limitavano ad un controllo di – mera – legittimità³⁴. Sicché, giustamente, la dottrina ha segnalato come l'evoluzione della giurisdizione di merito nel senso di un sindacato sulla opportunità è andata in linea con l'apertura anche del giudizio di legittimità al giudizio sulla *quaestio facti*. Lo confermerebbero gli atti parlamentari³⁵ secondo cui gli interessi sottesi alla giurisdizione di merito giustificano un incremento dei poteri istruttori e decisori del giudice³⁶. Se questa era l'idea originaria del legislatore fu poi superata dalla estensione anche del giudizio di legittimità al fatto³⁷. Questa evoluzione culminò nella riforma del 1923³⁸ che finì di impostare la giurisdizione di merito quale sindacato sulla convenienza e opportunità dell'atto amministrativo; mentre allo stato attuale non vi è alcun dubbio che il giudice amministrativo anche nella giurisdizione di legittimità conosca del fatto³⁹ e, pertanto, anche nella giurisdizione di legittimità il giudice avrebbe il compito di accertare e valutare un fatto alla luce dello schema normativo⁴⁰.

Ma allora la differenza tra le due giurisdizioni si rinverrebbe solo sotto il profilo della quantità dei poteri attribuiti al giudice del merito; ad esso, infatti, competerebbe un maggiore potere di riesaminare la *quaestio facti*.

Traendo le conclusioni di quanto esposto può dirsi a ragione che il termine “merito” nel diritto amministrativo implica e indica una nozione diversa dal merito in senso stretto⁴¹. Il che rende ragione dell'affermazione che, allorché ci si riferisce alla decisione nel merito *ex art. 45 T.U. Cons. Stato*⁴², si fa riferimento ad un

³² G. VACIRCA, *op. cit.*, 1607.

³³ *Atti parl. Sen.*, seduta 22 marzo 1888, 1211-1212, in G. VACIRCA, *op. cit.*, 1607.

³⁴ G. VACIRCA, *op. loc. cit.*

³⁵ *Atti parl. Sen.*, cit., in ID., *op. cit.*, 1211-1212.

³⁶ “Anche pei giudizi di apprezzamento è necessario che l'ultima parola definitiva di estimazione di fatto non stia nelle mani dell'amministrazione libera”.

³⁷ G. VACIRCA, *op. cit.*, 1610-1611.

³⁸ G. VACIRCA, *op. loc. cit.*

³⁹ F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 328 ss.

⁴⁰ Sono le quasi testuali parole di G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, cit., 142.

⁴¹ A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 652.

⁴² Secondo cui il Consiglio di Stato “se non dichiara inammissibile il ricorso, o non lo accolga per motivi di incompetenza, rimettendo l'affare alla competente autorità amministrativa, decide anche nel merito”.

sindacato giurisdizionale che ha un oggetto e un contenuto diverso rispetto a quello della giurisdizione civile⁴³.

3. Il merito nel processo civile

Se all'esito di questa breve ricostruzione abbiamo potuto osservare come la nozione di merito amministrativo diverga da quella del merito nel processo civile, non possiamo però sottacere il fatto che anche in quest'ultimo ambito la nozione è stata intesa in sensi diversi.

La dottrina⁴⁴ di recente ha rilevato come ciò sia testimoniato, ad esempio, dalle divergenze createsi nella individuazione del *dies ad quem* per la proposizione del regolamento di giurisdizione⁴⁵, ma anche rispetto alla precisa delimitazione dei confini fra il regolamento di competenza necessario e facoltativo⁴⁶ ma, non

⁴³ R. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 14 ss. afferma: "se al contrario è concessa la decisione in merito e l'interessato fa valere le sue istanze in questo senso, il giudizio cessa di essere prettamente giuridico e si fonda sopra i criteri di amministrativa opportunità"; ma anche L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed., Milano, 1923, vol. I, 517, affermava che "A tal uopo il Consiglio di Stato non solo esamina in linea di diritto, negli aspetti della forma e della sostanza, la legalità dei provvedimenti, ma penetra nell'intimo dei criteri amministrativi, avvisando alle convenienze pratiche della disposizione censurata e di quella, che debbasi sostituire, valutando, in particolare, l'antitesi che nel singolo caso si presenta fra il pubblico ed il privato interesse e l'opportunità della loro conciliazione". Tuttavia la dottrina ha rilevato come la considerazione della non omogeneità dei casi in cui è consentito il giudizio di merito renderebbe necessario individuare rispetto ad ogni ipotesi la ragione e il significato del sindacato di merito: P.G. PONTICELLI, voce cit., 7.

⁴⁴ A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 655 ss.

⁴⁵ Già G. PETROCELLI, *Questioni preliminari di merito e regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 39 ss. aveva specificato che non era chiaro il concetto di merito nella formulazione dell'art. 41 cod. proc. civ., che ammette il regolamento di giurisdizione solo "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado". Sull'evoluzione dell'interpretazione della nozione si veda G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, spec. 518 ss. Si è assistito, poi, ad una nuova lettura giurisprudenziale della frase "decisione di merito" a partire da Cass., 12 giugno 1995, n. 6595, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1390, con nota di F. CIPRIANI, *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e riforma del processo civile* e, successivamente, con Cass., S.U., 12 giugno 1996, n. 2466 secondo cui l'art. 41 cod. proc. civ. deve essere interpretato come se dicesse "finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede di merito". La conseguenza è che, invece che ritenere che solo una pronuncia sul merito della causa preclude il regolamento di giurisdizione (in questo senso, per es., Cass. 16 dicembre 1992, n. 13313), si ritiene che sia decisione della causa nel merito impeditiva della proposizione del regolamento di giurisdizione una qualsiasi decisione emanata dal giudice sulla causa "in sede di merito". L'ambito applicativo del regolamento si è così molto ridotto poiché ostacolano la sua proposizione non soltanto le ordinanze sulla giurisdizione ma anche le pronunce sulle altre questioni pregiudiziali di rito (fra cui quelle di competenza) e sulle questioni preliminari di merito. Sul punto si veda l'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale seguente alla citata pronuncia della Cassazione, in A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 656 ss.

⁴⁶ La norma dell'art. 42 cod. proc. civ. afferma che il regolamento di competenza è necessario

ultima, nella diaspora sulla definizione dell'eccezione di arbitrato rituale⁴⁷ intesa quale eccezione di merito.

Se quindi anche in questo ambito è difficile incasellare la nozione di merito in un significato e ambito preciso, tuttavia la sua già ricordata polisemanticità unita alla sua interdisciplinarietà rendono ragione a quella dottrina che rileva⁴⁸ come l'espressione "merito" sia una nozione coesenziale per la conoscenza del processo quale sistema fenomenologico⁴⁹.

Se, pertanto, non è possibile sintetizzare i termini della questione affermando *sic et simpliciter* che è "merito" tutto ciò che non è rito e viceversa, è però certo che la decisione nel merito della causa è quella con cui "si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica"⁵⁰. È noto, infatti, che esistono due realtà, da un lato il fenomeno giuridico sostanziale, dall'altro quello processuale⁵¹ che è a sua volta strumentale rispetto al primo⁵². Sicché il processo ha alla sua base il di-

allorché la pronuncia sulla competenza "non decide il merito della causa". Sicché si pone l'esigenza di intendere che cosa sia il "merito della causa", anche ai fini del successivo art. 43, comma 1, cod. proc. civ.. Per una ricostruzione del dibattito sulla nozione di merito in questo caso si veda da ultimo M. ACONE e F. DE SANTIS, *sub* art. 42, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2012, 602 ss. In questa sede basti ricordare, insieme con F. CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 503 ss. In sostanza per merito non si intende solamente la pronuncia sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio ma anche alla soluzione delle questioni sia di carattere processuale che sostanziale, siano esse pregiudiziali di rito o preliminari di merito, diverse dalla questione di competenza. In generale si rinvia a G. BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1968, 170 ss. Giustamente evidenzia A. PANZAROLA, *op. loc. cit.*, che emerge allora l'idea di una modulazione legislativa del concetto di "merito" che non può pertanto essere inteso o costruito sempre allo stesso modo ma che si atteggia in modo diverso a seconda dei diversi istituti in cui viene in considerazione.

⁴⁷ Su cui si veda ampiamente A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*, vol. I, *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004, 135 ss.; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 115 ss. In sostanza l'eccezione di esistenza di un compromesso comporterebbe l'improponibilità della domanda proposta al giudice ordinario perché le parti avrebbero rinunciato alla tutela giudiziaria; sicché l'eccezione dovrebbe considerarsi di merito. Il relativo dibattito è efficacemente riassunto in A. PANZAROLA, *op. loc. cit.*

⁴⁸ F. CORDERO, voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., X, 578 ss.; ID., voce *Merito (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., VII, 665 ss.

⁴⁹ Si veda G. BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, cit., 173, ma anche F. CORDERO, voce *Merito*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., 578.

⁵⁰ F. CORDERO, *op. cit.*, 580.

⁵¹ Sulla distinzione tra norme processuali e sostanziali, dalla teoria chiovendiana al diritto giudiziario materiale di J. Goldschmidt, fino al dibattito relativo alla distinzione tra la *struttura* della norma e la *funzione* di essa, si veda ampiamente la ricostruzione di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile*, cit., vol. II, 729 ss.

⁵² N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 142 ss. L'A. ricorda come la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 26/1999 abbia chiarito che "il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che possano esservi posizioni giu-

ritto soggettivo sostanziale che si assume lesa e che con la sua espressione condensa una serie di posizioni giuridiche in senso ampio attribuite alle parti; dall'altro lato anche le norme che regolano il processo assegnano ai soggetti che ne sono parte una serie di diritti soggettivi processuali pur essi scomponibili in una serie di posizioni giuridiche, del tutto autonome e svincolate da quelle afferenti al diritto sostanziale⁵³. Nell'ambito della giurisdizione civile ordinaria, che è *necessaria*⁵⁴, il processo è lo strumento di realizzazione del diritto sostanziale⁵⁵, con il quale esiste un nesso imprescindibile⁵⁶, poiché il processo si pone come mezzo a fine per la tutela dei soggettivi e *status*⁵⁷.

La decisione di merito è, a tale stregua, quella che decide della fondatezza o meno della domanda proposta, domanda tramite la quale il diritto sostanziale entra nel processo stesso⁵⁸ ed è pertanto corretto dire che per il tramite di essa (della decisione di merito) si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica che determina l'oggetto del processo⁵⁹.

Se, quindi, la decisione del merito nel processo significa declaratoria sull'esistenza o inesistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio, essa concerne necessariamente sia il fatto che il diritto⁶⁰, nel senso che, rispetto al merito il giudice ricostruisce il fatto sulla base delle prove e delle allegazioni di parte; rispetto

ridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere ... L'azione ..., d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili”.

⁵³ *Ex multis* si vedano: P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, ora in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965, I, 427 ss.; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 47 ss.; G.A. MICHELI, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 107; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957; ID., voce *Azione civile*, *Teoria generale e diritto processuale*, in *Dig. civ., sez. priv.*, vol. II, 1988, 30 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; A. ORESTANO, voce *Azione in generale. a) Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, 787 ss.; S. SATTA, voce *Azione in generale. b) diritto positivo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, 822 ss.

⁵⁴ In tal senso per tutti L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 18 ss.; nello stesso senso A. PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. cod. proc. civ. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss. Sul diverso problema del collegamento del processo con l'illecito si rinvia *amplius* a N. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 189 ss.

⁵⁵ V., per tutti, G. FABBRINI, voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII Roma, 1989, 2 ss.

⁵⁶ C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 66.

⁵⁷ Per tutti A. PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale*, cit., 393 ss.

⁵⁸ *Ex multis*, A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto (Disc. priv., sez. civ.)*, vol. XVIII, Torino, 1998, 263 cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.

⁵⁹ F. CORDERO, voce *Merito*, in *Noviss. Dig.*, cit., 580: “con la decisione di merito si afferma o si nega l'esistenza del situazione giuridica in cui risiede l'oggetto del processo”; v. anche F.P. LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., 670, 673.

⁶⁰ In tema si veda G. FABBRINI, voce *Eccezione*, *loc. cit.*

al diritto esso compete al giudice (*iura novit curia*) ed è sempre il giudice a dover desumere le conseguenze giuridiche dei fatti accertati nel processo⁶¹. Sicché il contenuto di merito della sentenza è collegato, al “frazionamento processuale della fattispecie sostanziale”⁶².

Volendo trarre le conclusioni di questa breve indagine sul merito processuale può dirsi che il termine merito, come si è giustamente sottolineato, anche nel processo civile non ha un significato univoco perché è utilizzato sia per indicare la *quaestio facti* e il relativo accertamento, sia la decisione sulle conseguenze giuridiche che derivano dai fatti così accertati⁶³.

Ciò che, pertanto, collega le due nozioni, quella di merito amministrativo e di merito processuale è, forse, unicamente, la contrapposizione tra il giudizio sul fatto, anche detto di merito, e il giudizio di diritto, da cui deriva l'altrettanto nota distinzione tra il giudice di puro diritto, o di legittimità, e il giudice del merito cui compete, tendenzialmente ad esso solo, lo scrutinio della *quaestio facti*⁶⁴.

⁶¹ E. FAZZALARI, voce *Processo civile*, cit., p. 120.

⁶² G. FABBRINI, *op. loc. cit.* Rileva giustamente A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 655 ss. che non necessariamente il provvedimento di merito si misura con l'accertamento e la qualificazione di “tutti” i fatti rilevanti, in base alle norme sostanziali applicabili atteso che sono necessari solo l'accertamento e la qualificazione dei fatti costitutivi, mentre il completamento e sviluppo totale della fattispecie sostanziale si ha con la proposizione della eccezione e il conseguente ingresso dei fatti impeditivi, modificativi e estintivi.

⁶³ A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 669.

⁶⁴ Per le eccezioni si rinvia all'ampio studio di A. PANZAROLA sulla cassazione sostitutiva nel merito: A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., vol. I e II, *passim*.

Finito di stampare nel mese di luglio 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da

Franco Gaetano Scoca

Volumi pubblicati:

1. MARINA D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, 2001, pp. X-262.
2. FABRIZIO FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, 2002, pp. XII-444.
3. DOMENICO D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, 2002, pp. XII-300.
4. LOREDANA GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, 2002, pp. X-390.
5. ALESSANDRA FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, 2002, pp. XII-384.
6. MARIO R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, 2002, pp. XII-300.
7. GIOVANNI ACQUARONE, *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente. Pianificazione amministrativa, assenso preventivo e responsabilità civile*, 2003, pp. X-598.
8. FABRIZIO LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, 2003, pp. XIV-354.
9. LUCIO IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, 2003, pp. X-298.
10. MARIA IMMORDINO-ARISTIDE POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, 2004, pp. VIII-476.

11. STEFANO VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, 2004, pp. XVI-336.
12. FRANCESCO VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, 2005, pp. XII-380.
13. SAVERIO STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, 2006, pp. X-294.
14. GIANLUCA MARIA ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, 2008, pp. X-306.
15. SALVATORE CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, 2008, pp. XIV-578.
16. ROBERTA LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, 2008, pp. XII-260.
17. VIVIANA MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, 2008, pp. XVIII-314.
18. WALTER GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, 2008, pp. X-266.
19. BENEDETTA LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, 2008, pp. VIII-256.
20. GIULIANO GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, 2009, pp. X-446.
21. RUGGIERO DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, 2011, pp. X-298.
22. GIANFRANCESCO FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, 2012, pp. XII-440.
23. BIANCAMARIA RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, 2012, pp. X-314.
24. FRANCESCO GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo. La slot allocation*, 2012, pp. XXIV-544.
25. CARMENCITA GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, 2012, pp. XIV-282.

26. ARMANDO GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, 2012, pp. X-298.
27. ANDREA CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, 2012, pp. VI-314.
28. MARIA CRISTINA CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, 2012, pp. X-278.
29. PAOLO TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, 2012 pp. XIV-378.
30. MARCO CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, 2012 pp. X-330.
31. DANIELE MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, 2012 pp. VIII-332.
32. VERA FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, 2012 pp. X-340.
33. STEFANO VILLAMENA, *La sospensione amministrativa pubblica*, 2012, pp. X-330.
34. RAFFAELE TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, 2012, pp. XX-204.
35. ENRICO ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, 2012, pp. XII-266.
36. SAVERIO STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo: dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, 2012, pp. VIII-268.
37. FILIPPO D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, 2013, pp. VIII-264.
38. PAOLO TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, 2014, pp. VIII-160.
39. PAOLO TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Atti del Convegno. Roma 9 ottobre 2014*, 2015, pp. XII-236.