

La crisi del debito sovrano, i grandi processi migratori e tutta la pletora di questioni scaturenti dalla globalizzazione pongono al centro degli ordinamenti nazionali e sovranazionali l'esigenza di un dialogo teso ad affermare una nuova dinamica giuridica del diritto amministrativo.

Se tali problematiche inerenti gli ordinamenti evocano i brillanti studi di illustri Autori (quali Santi Romano, Massimo Severo Giannini e Aldo Maria Sandulli), al contempo richiamano l'attenzione sulla nuova veste assunta dal diritto amministrativo.

Un ramo del diritto positivo che palesa la propria attitudine ad evolversi continuamente alla luce delle esigenze più attuali e dei tradizionali pilastri istituzionali che notoriamente si compendiano nello Stato, nel potere pubblico e nel giudice speciale.

A ciò si aggiunga come, dinanzi all'attuale processo di fibrillazione normativa e di crisi della pubblica amministrazione, emerge con nettezza il valore della funzione nomofilattica. Questa funzione spetta alle Corti Supreme ed in particolare per quel che attiene la giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 99 del Codice del processo amministrativo, all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Il presente volume, pertanto, intende assumere le vesti di ausilio per gli operatori del diritto (magistrati, avvocati, e studiosi) che vogliano approfondire l'attività della giurisdizione amministrativa nella sua più alta espressione.

Albano Laura, *Avvocato*.

Aprio Bella Flaminia, *Assegnista di ricerca Università degli Studi di Firenze, dottore di ricerca Università degli Studi Roma Tre*.

Busacca Angela, *Ricercatrice di diritto civile presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*.

Canale Giacomo, *Consigliere presso la Corte costituzionale*.

Cirillo Gianpiero Paolo, *Presidente di sezione del Consiglio di Stato*.

Corrado Anna, *Magistrato TAR*.

Dato Giovanni G.A., *Avvocato*.

Di Carlo Daniela, *Magistrato ordinario*.

Dipace Ruggiero, *Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi del Molise*.

Gardini Silia, *Dottoranda di ricerca in "Diritto ed Economia", Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*.

Gattamelata Stefano, *Avvocato cassazionista del Foro di Roma. Professore a contratto di Giustizia amministrativa presso la Scuola di specializzazione in diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Teramo*.

Germano Martina, *Dottoranda di ricerca in "Diritto ed Economia", Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*.

Giuliani Barbara, *Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica*.

Jacinto Francesco, *Magistrato ordinario*.

La Cava Filippo, *Prefetto presso il Ministero degli Interni*.

Lillo Francesco, *Funzionario amministrativo presso il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti. Docente di contabilità pubblica presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali - Università degli studi di Roma Tor Vergata*.

Perilli Rosanna, *Avvocato nel foro di L'Aquila*.

Raponi Romina, *Avvocato*.

Sicari Domenico, *Professore Associato di diritto amministrativo Università per stranieri "D. Alighieri" di Reggio Calabria*.

Tanda Paolo, *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Niccolò*

Cusano - Telematica Roma.

Terracciano Gennaro, *Professore ordinario di diritto amministrativo - Università degli Studi di Roma "Foro Italico", Dipartimento di Scienze Motorie, Umane e della Salute*.

Tomassetti Alessandro, *Magistrato TAR*.

€ 72,00

ISBN 978-88-88841-25-0



9 788888 841250

V Edizione

V Edizione

A cura di
Stefano Toschei

L'ATTIVITÀ NOMOFILATTICA DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ATTIVITÀ NOMOFILATTICA
DEL CONSIGLIO DI STATO

Commentario alle sentenze dell'Adunanza plenaria pubblicate nel 2014 e nel 2015

Commentario alle sentenze dell'Adunanza
plenaria pubblicate nel 2014 e nel 2015

A cura di
Stefano Toschei

con la prefazione di Maria Alessandra Sandulli

Direkta Edizioni

Direkta Edizioni



E' RETROATTIVA L'ACQUISIZIONE (PER EFFETTO DELLA LEGGE N. 69/2009 E DEL COD. PROC. AMM.) DELLA NATURA SOSTANZIALMENTE GIURISDIZIONALE DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO?

di PAOLO TANDA¹

Sommario: 1. La decisione n. 7/2015 dell'Adunanza Plenaria e la portata non retroattiva dell'acquisizione (per effetto della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm.) della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato: considerazioni critiche. – 2. I dubbi di legittimità costituzionale relativi ad un intervento legislativo caducatorio di decreti decisori di ricorsi straordinari antecedenti alla legge n. 69/2009. – 3. L'altalenante processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 4. La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario. – 5. Le presunte violazioni dei principi del contraddittorio e del giusto processo. – 6. Brevi riflessioni sull'ambito di operatività del ricorso straordinario. – 7. Considerazioni conclusive.

1. La decisione n. 7/2015 dell'Adunanza Plenaria e la portata non retroattiva dell'acquisizione (per effetto della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm.) della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato: considerazioni critiche

L'Adunanza Plenaria, a distanza di poco più di due anni, torna ad interessarsi del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in quanto sollecitata dall'ordinanza n. 5506/2014 della IV Sezione del Consiglio di Stato a chiarire se possa o meno essere riconosciuta portata retroattiva all'intervenuta acquisizione di natura sostanzialmente giurisdizionale da parte del ricorso straordinario².

1 Professore di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Telematica Roma.

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



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

La decisione in commento, nel risolvere negativamente il quesito, arriva ad affermare l'importante principio secondo cui deve escludersi che prima delle note riforme (v. *infra*) il decreto decisorio del ricorso straordinario possa avere valenza giurisdizionale e, quindi, capacità di resistere all'eventuale intervento caducatorio del Legislatore. Insomma, il principio dell'intangibilità della *res iudicata* trova applicazione solo nei confronti delle decisioni adottate in sede di ricorso straordinario dopo la riforma attuata con la l. n. 69/2009, in quanto prima di tale riforma il rimedio in esame deve ritenersi di natura amministrativa e non giurisdizionale³, con tutte le intuibili conseguenze in tema di formazione del giudicato.

Alla base della portata non retroattiva della novella l'Adunanza Plenaria in commento pone «la decisiva considerazione che la valenza sostanzialmente giurisdizionale del *decisum* è ora fondata sulla riconduzione, già in astratto, della paternità esclusiva della decisione all'autorità giurisdizionale».

3 BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, 1285 ss.; CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 2014, 74 ss.; 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; ID, *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; ID, *La Corte Costituzionale e le Sezioni Consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo giudice a quo!*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 90 ss.; G. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa; il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; ID, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 55 ss.; GIRELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed eccezione di costituzionalità*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 190 ss.; IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, 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; MASTRACOLA, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 104 ss.; MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *"Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 105 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 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; ROVELLI, *Nuove prospettive del ricorso straordinario: l'irco-*



Quindi, al Legislatore è del tutto preclusa la possibilità di incidere sui decreti decisori successivi alla legge n. 69/2009, mentre per quelli precedenti deve ritenersi sussistente la legittimazione da parte dell'autorità amministrativa a porsi, attraverso un aggravamento procedurale, in avviso contrario rispetto a quanto contenuto nel parere del Consiglio di Stato. Ciò comporta, secondo l'ordinanza in esame, che solo nel primo caso possa configurarsi uno sbarramento ad un eventuale intervento caducatorio del Legislatore.

Tuttavia, non sembra così scontato che tale sbarramento debba irrimediabilmente escludersi per i decreti decisori anteriori alla legge n. 69/2009, perché le considerazioni relative alla «riconduzione, già in astratto, della paternità esclusiva della decisione all'autorità giurisdizionale», poste a fondamento del succitato assunto da parte dell'Adunanza Plenaria in commento, possono essere elaborate anche con riferimento ai decreti decisori adottati in sede di ricorso straordinario prima della succitata novella. Insomma, anche prima di tale riforma si potevano rinvenire argomenti per sostenere nell'ambito in esame la sostanziale riconducibilità della paternità della decisione all'autorità giurisdizionale e non a quella amministrativa.

cervo prende forma?, in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato", Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 65 ss.; SANTACROCE, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato", Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 3 ss.; F.G. SCOCA, *Intervento conclusivo in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato"*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 2014, 112 ss.; SORICELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?*, in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato", Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 197 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; TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte Costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Federalismi.it*, 2014; TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, Atti del Convegno - Roma, 2 ottobre 2014*, Torino, 2015; TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza*, in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato", Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 119 ss.; TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amministrazione*. - CdS, n. 11, 2008; TUFARELLI, *La natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione emessa a seguito del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.amministrativamente.com; URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in "Il ricorso straordinario al Capo dello Stato", Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 136 ss. VIOLA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 715 ss.



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

Infatti, ad avviso di chi scrive, ancor prima delle modifiche apportate con la legge n. 69/2009⁴ ed in special modo già dall'art. 15 d.P.R. n. 1199/1971 (secondo il quale i decreti del Presidente della Repubblica che decidono i ricorsi straordinari possono essere impugnati per revocazione nelle ipotesi di conflitto di giudicati indicate nell'art. 395 del codice di procedura civile) si poteva desumere che il parere emesso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario avesse natura sostanzialmente giurisdizionale⁵.

Del resto, l'istituto della revocazione è ritenuto da autorevole dottrina il rimedio tipico degli atti giurisdizionali. In particolare, le motivazioni che giustificano la revocazione, anche di fronte ad una sentenza passata in giudicato, vengono individuate «in quelle stesse ragioni di opportunità pratica che giustificano la cosa giudicata la quale, come è noto, non ha alcun carattere di assolutezza e di necessità, ma si spiega soltanto con la ragione dell'utilità sociale di porre un limite alla discutibilità del deciso»⁶.

- 4 FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 61 ss., con riferimento alla "giurisdizionalizzazione", così come emerge dalle modifiche introdotte dalla l. n. 69/2009, sostiene la sussistenza di problemi di costituzionalità. Anzitutto perché a fronte di un rimedio giurisdizionale rimarrebbero comunque anomalie tali da non poter ritenere adeguatamente assicurate tutte le garanzie che, invece, in un'ottica – di fatto acquisita nella giurisprudenza costituzionale – sono insite negli artt. 24 e 113 Cost., soprattutto in relazione alla possibilità di replicare alle deduzioni ed eccezioni formulate da amministrazioni resistenti e da controinteressati. Non pochi, poi, sono i dubbi che l'Autore pone in relazione all'art. 100 Cost. Secondo MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 10-11, «più garanzie vi sono, anche se non del tutto soddisfattive, meglio è: tanto più che la omologazione al ricorso giurisdizionale in punto di garanzie dopo la recentissima novella è in gran parte acquisibile in via interpretativa. D'altra parte la maggiore estensione del termine per ricorrere e il minor costo fanno sì che il ricorso straordinario non andrà mai in disuso, anche se non mancano tendenze ridimensionatrici».
- 5 Nello stesso senso cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2012, n. 23464. Tale sentenza sottolinea come sia mutato il quadro normativo di riferimento rispetto alla disciplina dell'istituto di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sui procedimenti in materia di ricorsi amministrativi «il cui art. 15 peraltro - può già notarsi - prevedeva la revocazione della decisione sul ricorso straordinario nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. e quindi anche per conflitto di giudicati; ciò che poteva già indurre a ritenere che il parere emesso dal Consiglio di Stato sul ricorso straordinario e la conseguente conforme decisione del Presidente della Repubblica avessero natura sostanzialmente giurisdizionale atteso che l'istituto della revocazione è il rimedio tipico degli atti giurisdizionali». Si pone, tuttavia, in senso contrario G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 3-4, secondo cui le revocazione ex art. 15 d.P.R. n. 1199/1971 da un lato è prevista anche per le decisioni dei ricorsi gerarchici e per gli altri rimedi di carattere giustiziale, la cui natura amministrativa non è stata mai revocata in dubbio, dall'altro lato è disciplinata come un rimedio amministrativo nei confronti della decisione del ricorso straordinario. Rileva, inoltre, l'A. che, applicando al ricorso per revocazione le norme dettate per la disciplina del ricorso straordinario (art. 15, comma 3), il ricorso per revocazione va presentato al ministero cui fa capo il Ministro che ha controfirmato il decreto decisorio: «la revocazione, dunque, non può essere richiesta al giudice amministrativo ma va proposta nei riguardi del decreto di decisione del ricorso anche se i vizi ineriscano non al decreto stesso ma al parere espresso dal Consiglio di Stato». Per una critica a tale ricostruzione teorica si rinvia a quanto riportato nel testo.
- 6 Cfr. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962, II, Del processo di cognizione, 327, V ed., aggiornata a cura di C. Vocino. È interessante notare che V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, vol. XVI, Firenze, 1925, 405-406, in relazione al problema dell'individuazione del carattere giurisdizionale o meno delle attribuzioni conferite al Consiglio di Stato, ha affermato che l'unico criterio per risolvere tale



D'altronde, l'alterità del giudice in sede di rinvio prosecutorio altro non è che l'applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, che ha pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo⁷. Insomma, si può fondatamente sostenere che il succitato art. 15 costituisce l'applicazione della tradizionale regola dell'alternatività circa la natura giurisdizionale delle decisioni straordinarie (in quanto tali non impugnabili presso altre autorità).

In tale contesto non senza rilievo è la circostanza che già la sentenza della Corte di Giustizia del 16 ottobre 1997 (cause riunite C-69/96 e 79/96) aveva ritenute ammissibili le questioni di interpretazione di norme comunitarie, sollevate in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato, riconoscendo natura di giudice nazionale a detto organo anche in tale sede⁸.

«intricatissimo» problema può desumersi «dalla natura delle decisioni in quanto l'organo sarà giurisdizionale, quando l'atto di esso abbia l'efficacia di cosa giudicata». Lo stesso Autore esclude che possa rilevare «il criterio dell'organo, investito di siffatta competenza, perché pur essendo vero che in generale il diritto italiano ha affidato l'esercizio della giurisdizione al potere giudiziario, non è men vero che ci sono dei casi in cui essa è stata deferita ad organi amministrativi. E neppure poteva dirsi decisiva la forma del procedimento, la quale non può influire sulla sostanza; nulla vieta che le garanzie esteriori di un procedimento contenzioso siano applicate all'esercizio di poteri puramente amministrativi. Rimaneva il criterio della materia su cui cade la competenza (diritto subiettivo o interesse), in quanto non può darsi giuridicamente che non verta su diritti soggettivi. Però, dato il punto di vista della questione, questo elemento si risolveva in una petizione di principio, poiché era proprio dal dubbio intorno a una possibile materia di competenza che si muoveva per ricercare se giurisdizionali fossero le qualità del decidente. E, del resto, anche un semplice ricorso gerarchico, se può avere per oggetto un interesse, nulla esclude che riguardi un vero e proprio diritto del ricorrente, nel qual caso si avrà una pronuncia che cadrà su un diritto, ma non sarà giurisdizionale».

- 7 Corte Cost., 21 marzo 2002, n. 78; Corte Cost., 3 luglio 2002, n. 305; Corte Cost., 22 luglio 2003, n. 262. È stato osservato che, se la domanda di revocazione è accolta, è pronunciata la revocazione (rescissa la sentenza impugnata) e la sentenza stessa con un unico atto può decidere il merito della causa (*rescissorium*) se non occorre ulteriore istruzione; se, invece, occorre ulteriore istruzione, la revocazione è pronunciata con sentenza e la causa è rimessa all'istruttore con ordinanza: cfr. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, X ed. ampliata da C. Punzi, 543. Quanto agli effetti della decisione emessa ex art. 402 c.p.c., vi è una contrapposta tendenza ad individuare nella sentenza di revocazione o una scissione tra *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium* (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, II, 149; COLESANTI, *Sentenza civile (revocazione)*, Noviss. dig. it., Torino, 1969, 431; PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, 112; GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1952, 431; in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 ottobre 1976, n. 3961; Cass., 29 maggio 1971, n. 1602) o un contenuto tipico di pronuncia sull'ammissibilità dell'impugnazione (ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, 66 ss; REDENTI, *Diritto processuale*, II, Milano, 1957, 499; in giurisprudenza cfr. Cass., 24 ottobre 1970, n. 2131).
- 8 È stato sancito dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, 16 ottobre 1997 – cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in Cons. Stato, 1997, II, 86 – che il Consiglio di Stato costituisce una "giurisdizione", in quanto tale legittimata – come detto nel testo – al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE. In particolare, la Corte di Lussemburgo, dopo una generale ricognizione sui requisiti giurisdizionali, ha individuato una sorta di "parallelismo" tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale sulla base dei seguenti profili: 1) l'«equivalente» oggetto della domanda (l'annullamento dell'atto impugnato); 2) le condizioni «identiche» per esperire l'uno o l'altro rimedio; 3) i «medesimi» motivi. Sono state, inoltre, evidenziate la garanzia del contraddittorio e, più in generale, l'alternatività dei due rimedi «dotati delle comuni caratteristiche giurisdizionali fondamentali». Si definisce, poi, il Consiglio di Stato come organo «permanente, imparziale, indipendente», organo che esercita la propria funzione consultiva, apprestando il progetto di decisione «esclusivamente» attraverso una attività di obiettiva applicazione della legge. Su tali presupposti Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in Cons. Stato, 2000, I, 2650, ha attribuito «forza



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

Non meno rilevante, poi, è il fatto che già con l'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, era stata formalmente estesa al ricorso straordinario la tutela cautelare sospensiva⁹, positivizzando una consolidata prassi¹⁰: si è in questo modo introdotto un sub-procedimento cautelare,

vincolante» alla qualificazione della Corte di Giustizia, affermando che dalla natura giurisdizionale del parere «non può non derivare, quale riflesso necessario, l'intangibilità del suo contenuto decisionale e quindi la sua suscettibilità ad acquistare forza di giudicato»: in definitiva, si ritiene che il provvedimento finale del Capo dello Stato sia qualificabile come l'estrinsecazione finale di un momento decisionale concretizzato «al di fuori della fase amministrativa della procedura». Invece, Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2448, ha rilevato – nel dichiarare il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza di una decisione su ricorso straordinario – che la Corte di Giustizia europea può legittimamente desumere la qualità di “giudice” di un organo dall'analisi delle norme comunitarie solo in funzione dell'individuazione dei soggetti ammessi a sottoporle questioni in via pregiudiziale. All'opposto, la figura di organo giurisdizionale rilevante ai fini del ricorso straordinario deve essere ricavata dalle sole disposizioni di diritto interno. In merito FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, 2003, 4180, ha osservato come sia del tutto ingiustificato «desumere, dalla qualificazione data, ai propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato, la riprova dell'intervenuto acquisto da parte dell'organo consultivo, anche nell'ordinamento giuridico di appartenenza, di poteri decisori che non competono e che il suddetto ordinamento non gli ha mai attribuito».

9 In relazione alle misure cautelari nell'ambito in esame, il d.P.R. n. 1199/1977 nulla prevede in merito: in effetti, l'introduzione della fondamentale tutela cautelare è stato il frutto dell'elaborazione del Consiglio di Stato in sede consultiva. Il Legislatore ancora una volta ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale con la l. n. 21 luglio 2000, n. 205, che all'art. 3, comma 4, ha previsto espressamente, anche nel procedimento relativo al ricorso straordinario al Capo dello Stato, la misura cautelare più classica del giudizio per impugnazione: la sospensione dell'atto impugnato. Essa presuppone – come è noto – un'istanza del ricorrente che alleggi la derivazione causale di danni gravi ed irreparabili in dipendenza dell'esecuzione dell'atto impugnato (c.d. *periculum in mora*). La misura cautelare sospensiva viene adottata con atto motivato dal Ministro competente e, naturalmente, così come avviene per la decisione definitiva, su conforme parere del Consiglio di Stato. Le uniche indicazioni fornite dalla succitata disposizione, relativamente al procedimento da seguire in sede cautelare, attengono al soggetto (il «Ministero competente ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 1199/1971») che può disporre la sospensione del provvedimento impugnato. La lacunosità del dato normativo ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che, dovendosi il procedimento cautelare incardinare davanti al Consiglio con termini e procedure analoghi a quelli previsti per la questione di merito, è conseguentemente impossibile decidere l'incidente prima della ricezione della relazione istruttoria dell'amministrazione con i relativi allegati. Invece, un diverso orientamento giurisprudenziale formatosi dopo l'entrata in vigore della l. n. 205/2000, il quale privilegia esigenze sostanziali di una effettiva tutela cautelare a prescindere dai tempi indicati dal d.P.R. n. 1199/1971, ha affermato che, nell'ambito in esame, il Consiglio di Stato è investito dei poteri cautelari a seguito del deposito all'ufficio ricorsi (da parte del ricorrente) di una copia del gravame, con la prova sia della regolare presentazione dello stesso ai sensi dell'art. 9 d.P.R. n. 1199/1971 sia della previa notifica ad almeno uno dei controinteressati. Il codice del processo amministrativo all'art. 48, comma 2, chiarisce che le pronunce sull'istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio. Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al Tribunale Amministrativo Regionale. Si ritiene che sia ammissibile anche la tutela cautelare atipica, ma non quella ante causam per effetto delle esigenze di particolare celerità legate a quest'ultima: così anche DE LISE e CARINGELLA nelle rispettive relazioni tenute al seminario Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

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



che, per la relativa natura strumentale, consentiva – già prima della citata l. n. 69/2009 – di prefigurare un “giudizio” principale¹¹.

Pertanto, la regolamentazione del ricorso straordinario, contenuta nell'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, può essere inquadrata come una sorta di interpretazione autentica della disciplina previgente che già allora, lasciando intendere la natura sostanzialmente giurisdizionale dell'istituto in esame¹², poteva consentire la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di costituzionalità.

Non sembra, quindi, meritevole di accoglimento la decisione dell'Adunanza Plenaria in commento nel punto in cui afferma che il ricorso straordinario «non è stato interessato da una revisione interpretativa di portata retroattiva, ma da una riforma sostanziale ontologicamente inidonea a incidere in senso modificativo sulla natura giuridica dei decreti presidenziali adottati in un contesto normativo in cui la decisione, pur

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

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



esibendo nel suo nucleo essenziale la connotazione di statuizione di carattere giustiziale, non poteva ancora considerarsi espressione di 'funzione giurisdizionale' nel significato pregnante dell'art. 102 Cost., comma 1, e art. 103 Cost., comma 1».

2. I dubbi di legittimità costituzionale relativi ad un intervento legislativo caducatorio di decreti decisorii di ricorsi straordinari antecedenti alla legge n. 69/2009

L'Adunanza Plenaria in commento, affermata la portata non retroattiva della novella n. 69/2009, si pone – in relazione ai decreti decisorii di ricorsi straordinari antecedenti a tale novella – il problema dell'ammissibilità di un intervento legislativo caducatorio con effetti retroattivi¹³.

Non vi è dubbio che sarebbe venuto meno ogni problema di legittimità costituzionale se la Plenaria avesse riconosciuto alla citata novella valenza retroattiva (*v. retro*). Poiché, invece, tale ultima evenienza non è stata avallata dall'ordinanza in commento, non può non ritenersi applicabile ai decreti decisorii di ricorsi straordinari anteriori alla legge n. 69/2009 la disciplina della CEDU, che prevede l'assoluta intangibilità anche delle decisioni amministrative caratterizzate da una decisione definitiva¹⁴.

Ciò determina un possibile contrasto tra le disposizioni CEDU e l'ordinamento italiano che non riconosce un'analoga incisiva tutela, con tutti i conseguenti dubbi di legittimità costituzione della norma¹⁵ che vanifichi anche gli effetti di una decisione di giustizia, in ordine alla quale, sebbene non *stricto sensu* giurisdizionale¹⁶, devono comunque essere garantiti livelli minimi sotto il profilo dell'effettività e della pienezza della tutela, oltre che dell'intangibilità dell'affidamento ragionevole e legittimo assicurato dall'esito del giudizio¹⁷.

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

14 In tal senso l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria che si commenta.

15 L'art. 50, comma 4, legge n. 388/2000 richiamato in precedenza.

16 Proprio come nel caso dei decreti decisorii precedenti alla legge n. 69/2009.

17 Così la pronuncia in commento, la quale sul punto sottolinea che «sono di dubbia compatibilità con la giurisprudenza CEDU, in punto di garanzia della piena tutela giurisdizionale e del giusto processo, le limitazioni legislative che pregiudicano l'effettività di tale rimedio vanificandone gli esiti definitivi». Inoltre, l'Adunanza



In particolare, l'Adunanza evidenzia come il legittimo affidamento del ricorrente vittorioso (in merito all'immodificabilità dell'assetto di interessi contenuto nella decisione favorevole) viene tutelato, in ambito comunitario ed europeo, secondo un'ampia accezione di "giurisdizione", valorizzando la definitività della decisione e l'essenza giustiziale della funzione. In tale contesto non sono concepibili norme retroattive sfavorevoli che estendano l'applicabilità di una norma interpretativa a precedenti decisioni irrevocabili. Da ciò si evince che la previsione, nell'ambito dell'ordinamento italiano, di una legge provvedimento che arrivi a caducare decisioni definitive, anche se non propriamente giurisdizionali, costituisce una evidente rottura rispetto all'ordinamento convenzionale europeo, che, per effetto dell'interpretazione fornita dalla Corte Europea degli artt. 6 e 13 della CEDU, detta – rispetto all'ordinamento italiano – un superiore *standard* di tutela, sancendo l'intangibilità anche delle decisioni amministrative «caratterizzate da una *judicial review*, come tali *equated to a Court decision*»¹⁸.

Del resto, è pacifico il principio della prevalenza delle norme CEDU che disegnano forme di tutela superiori rispetto alle Costituzioni nazionali¹⁹. Questi criteri ermeneutici non possono non essere applicati pure alla decisione adottata in sede di ricorso straordinario, che, anche prima della legge n. 69/2009, era caratterizzata dall'irrevocabilità e dalla insindacabilità da parte di ogni altra autorità amministrativa e giurisdizionale²⁰. Sulla base di dette considerazioni l'Adunanza Plenaria in commento ritiene che sussistano dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 50, comma 4, ultimi due periodi, della legge n. 388/2000, nella parte in cui tale norma travolge gli effetti di una decisione definitiva di giustizia che, secondo i parametri convenzionali, va equiparata a una decisione giurisdizionale per quanto riguarda l'effettività e la pienezza della tutela, oltre che per l'intangibilità del legittimo affidamento prodotto dall'esito del

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

18 In questi termini testuali si esprime la pronuncia dell'Adunanza Plenaria che si commenta.

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

20 In tal senso cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 18 settembre 2003, C-292/01; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 dicembre 2009, C-303/08.



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

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

È auspicabile che il futuro intervento della Corte costituzionale chiarisca definitivamente i residui dubbi, che ancora oggi rimangono²¹, sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Del resto, anche se l'ordinanza della Plenaria in commento afferma che «la tendenziale assimilazione del ricorso straordinario a un rimedio schiettamente giurisdizionale è stata ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 marzo 2014 n. 73», deve rilevarsi che in tale sentenza la Consulta – anche se ha sancito l'incontrovertibile superamento della ricostruzione del ricorso straordinario come rimedio di natura amministrativa ed ha chiarito come, quello che nella forma è un parere, nella sostanza abbia carattere di vera e propria decisione – qualifica il ricorso straordinario come “rimedio giustiziale”²², da un lato, avente natura di strumento di risoluzione di conflitti alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario, dall'altro lato, contraddistinto solo in parte da caratteristiche strutturali e funzionali assimilabili a quelle del processo amministrativo, con conseguente attrazione del ricorso straordinario nell'ambito della giurisdizione limitatamente – però – ad alcuni profili.

Tuttavia, non si può non rilevare che, se il parere vincolante del Consiglio di Stato ha acquisito «carattere di decisione»²³, tale espressione non può

21 Cfr. F.G. SCOCA, *Intervento conclusivo in “Il ricorso straordinario al Capo dello Stato”*, Atti del Convegno - Roma 9 ottobre 2014, a cura di TANDA, Torino, 2014, 112 ss.; CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, ivi, 74 ss.; MASTRACOLA, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 104 ss.; MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 105 ss.; URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 136 ss.; SORICELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?*, ivi, 197 ss.; CONTI, *L'azione risarcitoria nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, ivi, 209 ss.

22 In tale direzione si collocano anche CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, cit., 17, e POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4.

23 Così testualmente Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.



avere altro significato che il provvedimento adottato in sede straordinaria dal C.d.S. è solo formalmente un parere, ma sostanzialmente è – appunto – una decisione e, quindi, un atto espressione dell'esercizio di una funzione non amministrativa (*rectius* consultiva) ma sostanzialmente giurisdizionale. Parlare, invece, di “rimedio giustiziale” sembra essere una sorta di *contradictio in terminis*, anche perché tale rimedio – come sopra accennato – è ritenuto dalla stessa Consulta «sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”», pur se con alcune limitazioni. Insomma, quest'ultima espressione sembra piuttosto avvalorare – nell'ambito in esame – la teoria della “giurisdizionalizzazione sostanziale”²⁴, che è evidentemente incompatibile con la qualifica del ricorso straordinario come “rimedio giustiziale”. Sembra evidente che quello assunto dalla Corte costituzionale sia stato un atteggiamento forse troppo cauto, che non ha consentito di portare a totale compimento le condivisibili premesse (da un lato, riconoscimento del carattere di vera e propria decisione del provvedimento del Consiglio di Stato – che formalmente è un parere –, dall'altro lato, definitivo superamento della natura amministrativa del rimedio in esame) da cui la sentenza n. 73/2014 è partita. Tutto ciò avrebbe dovuto comportare una netta presa di posizione a favore della teoria della natura sostanzialmente giurisdizionale, analogamente alla posizione assunta dall'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio relativo alla succitata sentenza n. 73/2014.

Pertanto, poichè con tale pronuncia si è probabilmente persa un'importante occasione per fare definitiva chiarezza sulla natura giuridica del ricorso straordinario, può essere utile, ora, accennare all'annosa questione relativa alla natura giuridica di quest'ultimo, questione che non sembra essersi sopita né con l'inconsueta convergenza su tale aspetto tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁵ e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁶ né con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale.

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

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

26 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.



3. L'altalenante processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato

Non vi è dubbio che nel tempo sia stato fortemente altalenante il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario²⁷, nel senso che i quasi trecento anni di quest'ultimo sono stati costellati di fasi alterne ed incerte che, come un pendolo, sono oscillate tra una posizione favorevole all'ampliamento della portata del rimedio in esame ed una propensione addirittura alla totale eliminazione²⁸ di un rimedio da qualcuno

27 Per un eventuale approfondimento sia consentito rinviare al par. 2 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014. È opportuno, comunque, in sintesi ricordare che il rimedio in esame ha le proprie radici nel Regno di Sardegna e, in particolare, nell'art. 3, cap. III, titolo II, libro III delle Costituzioni piemontesi del 1723 («Le suppliche che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le Nostre determinazioni»). Inizialmente il ricorso straordinario era proiettato più verso un rimedio giudiziario che verso uno di natura spiccatamente amministrativa: espressione di tale situazione era, tra l'altro, la limitazione della cognizione dell'istituto in esame alle sole questioni di legittimità con esclusione di quelle di merito. Queste caratteristiche rimasero inalterate fino all'avvento nel regno sabaudo della monarchia costituzionale, in relazione alla quale l'ampio potere decisionario 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 sopradicata legge n. 3707/1859 venne sostanzialmente riprodotta, con qualche modificazione, nella citata legge unificatrice del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D, prevedendo lo specifico obbligo di sentire il Consiglio dei Ministri ove si intendesse adottare un provvedimento difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato. Nel periodo compreso tra il 1865 ed il 1889, ossia fino alla legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato con competenze e funzioni giurisdizionali, il ricorso straordinario costituì l'unico rimedio giustiziale, in assenza di un sistema di giustizia amministrativa, per la tutela degli interessi legittimi. Le cose cambiarono ulteriormente con la citata l. 31 marzo 1889 n. 5992, che – come è noto – attribuiva ai cittadini un nuovo mezzo di giustizia amministrativa: il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato avverso gli atti amministrativi definitivi lesivi di interessi legittimi. Tale legge continuò a riconoscere cittadinanza giuridica all'antico istituto del ricorso al Re, soprattutto per rendere accessibile la tutela pure ai ceti meno abbienti, introducendo – tra l'altro – anche la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Re e il ricorso alla IV Sezione, la cui natura giurisdizionale fu oggetto di chiarimento solo in un successivo momento: il parallelismo tra questi due tipi di ricorsi spinse il parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 1° aprile 1909, n. 243, a qualificare il ricorso straordinario come vero e proprio rimedio giurisdizionale. Successivamente la l. n. 62/1907, recependo alcuni rilievi critici mossi da Vittorio Emanuele Orlando, dettò – tra l'altro – una disciplina, in ordine al termine per proporre il ricorso straordinario, più precisa di quella previgente: infatti, il relativo termine fu ritenuto perentorio e fu fissato in 180 giorni dalla conoscenza dell'atto. Poi, tale termine, come è noto, è stato ridotto dal d.P.R. n. 1199/1971 in 120 giorni, con l'obbligo di notifica del ricorso alla P.A. La disciplina, poi, è confluita negli artt. 16 n. 4 e 34 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 26 giugno 1924 n. 1054 e negli artt. 47 n. 3, 54, 60 e 61 del regolamento di esecuzione di quel T.U. (r.d. 21 aprile 1942, n. 444).

28 Ad avviso di 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 *Il Codice di processo amministrativo*, a cura di GAROFOLI, FERRARI, Roma, 2010, vi sarebbero consistenti ragioni per abrogare tout court l'istituto, anziché farne un duplicato del ricorso giurisprudenziale.



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

In relazione a tale aspetto, ad avviso di chi scrive, il ricorso straordinario, più che un rimedio alternativo di risoluzione di conflitti – come configurato dalla Consulta nella citata sentenza n. 73/2014 –, può essere ritenuto un rito speciale in un unico grado, incentrato sull'accordo delle parti e destinato ad avere un ruolo di rilievo ai fini del deflazionamento del nostro congestionato sistema di giustizia amministrativa.

In tale ricostruzione teorica un ruolo centrale è evidentemente ricoperto dal riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario sancito dalla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza³¹ (contenuta nel titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo) e dalle due fondamentali novità introdotte dall'art. 69

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

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

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



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

della legge 18 giugno 2009, n. 69: la previsione della possibilità di sollevare – in sede di ricorso straordinario – l'incidente costituzionale e l'esclusione della possibilità (in precedenza prevista) per il Ministero di discostarsi dal parere espresso dal Consiglio di Stato. In particolare, poiché ai sensi dell'art. 23 della l. n. 87/1953 la questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata (a pena di inammissibilità) da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, l'art. 69 cit. – proprio per effetto di tale ultimo richiamo – sembra implicitamente presupporre il riconoscimento al ricorso straordinario di una natura sostanzialmente giurisdizionale.

L'introduzione, poi, dell'espressa impossibilità di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato lascia intendere in modo chiaro che il provvedimento finale è meramente dichiarativo di un giudizio: la vincolatività di quest'ultimo, anche se non arriva a trasformare il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in considerazione della natura dell'organo emanante e della forma dell'atto), finisce tuttavia per equipararlo – da un punto di vista sostanziale – ad un provvedimento di natura giurisdizionale³², con rilevanti conseguenze sul piano dell'individuazione degli strumenti di tutela³³.

32 Tuttavia, è stato escluso che possa essere significativo il fatto che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato, in quanto la vincolatività di tale provvedimento non ne muterebbe la natura, che rimarrebbe amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale. In questo senso deporrebbe anche la rubrica dell'art. 69 l. 69/2009: così G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, 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 estendere la facoltà di opposizione di cui all'art. 48 cod. proc. amm. a favore di qualsiasi «parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario», con conseguente ampliamento del novero dei soggetti legittimati. Infatti, la sentenza n. 148/1982 della Corte costituzionale aveva esteso – come è noto – alla sola Amministrazione non statale la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, in quanto l'Amministrazione statale era già tutelata dalla possibilità del Ministro di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato. La situazione cambia completamente con la previsione della vincolatività del parere del C.d.S., che giustifica ampiamente la possibilità di chiedere il trasferimento in sede giurisdizionale anche da parte dell'Amministrazione statale che ha emanato l'atto impugnato.

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



4. La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario

Uno dei principali argomenti addotti a sostegno della teoria che nega la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario³⁴ è stato individuato nel fatto che l'attività istruttoria³⁵ nell'ambito in esame è svolta da un'autorità (non giurisdizionale, ma) amministrativa (il Ministro competente per materia)³⁶.

In senso contrario, tuttavia, è possibile rilevare che anche nel processo penale l'attività di indagine (attività istruttoria *lato sensu*) può essere svolta dalla polizia giudiziaria e, quindi, da un'autorità non giurisdizionale ma amministrativa, senza che ciò possa in alcun modo portare ad escludere che alla base del processo penale permanga l'esercizio di una funzione giurisdizionale. Tale considerazione non può non portare al seguente significativo parallelismo: 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

- 34 Più in generale sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato sia consentito rinviare al par. 8 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378.
- 35 Sottolinea F.G. 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».
- 36 Secondo CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, il fatto che fino alla citata riforma del 2009 la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Ministro competente per materia) non contraddistinta dai caratteri indefectibili dei procedimenti di tutela giustiziale (terzietà ed imparzialità), escludeva la sussistenza del requisito soggettivo della neutralità dell'organo giudicante, comportando una grave confusione tra "parte" e "giudice". Invece, secondo l'Autore, l'attuale attribuzione del potere decisionale in senso sostanziale ad un organo giurisdizionale (il Consiglio di Stato) dotato di terzietà ed indipendenza di giudizio, viene a modificare gli assetti e a determinare la consequenziale coerenza del rimedio con la sua natura giustiziale. Ciò troverebbe conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa, laddove annovera espressamente il ricorso straordinario al Capo dello Stato tra i rimedi di tutela giustiziale, facendone discendere sia l'esperibilità del ricorso per ottemperanza sia la sospensione del giudizio ex art. 295 cod. proc. civ. in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale. In relazione a tale ultimo aspetto T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. – TAR*, 2011, ha affermato che «la sospensione del giudizio, disciplinata dall'art. 295 c.p.c., in quanto espressione dell'esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti fra giudicati e in tal senso immanente nel sistema della giustizia amministrativa comprensivo del rimedio del ricorso straordinario 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.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

giudice penale ed utilizzata – con le dovute garanzie processuali – ai fini della sentenza. Questa circostanza nel processo penale emerge soprattutto nell'ipotesi di rito alternativo (ad esempio, giudizio abbreviato o patteggiamento), in cui la decisione del giudice – come recita il relativo codice di rito (art. 438) – è adottata “allo stato degli atti” e si fonda proprio sugli atti istruttori posti in essere dalla polizia giudiziaria. Non vi è dubbio che in relazione al ricorso straordinario i principi del contraddittorio e del giusto processo non risultano essere attuati nella massima estensione possibile, questo tuttavia non può portare ad escludere in tale ambito l'esercizio di una funzione giurisdizionale, ma solo a sollecitare un potenziamento delle garanzie difensive.

Il sopraindicato parallelismo induce anche a rilevare che, come il giudice penale può – se non ritiene adeguate le indagini – orientare l'accertamento nella giusta direzione per colmare eventuali lacune istruttorie o per rivalutare alcuni esiti istruttori apparentemente contraddittori, allo stesso modo il Consiglio di Stato può disporre la regressione del procedimento e restituire gli atti all'Amministrazione per consentire l'accesso quando emergano fatti nuovi e nuove esigenze processuali³⁷. Sembra, pertanto, indubitabile che anche nel procedimento penale sia possibile rinvenire un'attività istruttoria svolta (non su delega ma) d'iniziativa propria di un organo amministrativo (la polizia giudiziaria). Ciò che è di non poco rilievo ai fini in esame è che tale attività (nella fase iniziale caratterizzata dall'assenza di contraddittorio – come nel caso di ricerca della prova durante le indagini, di investigazioni di P.G., di acquisizione di sommarie informazione, ecc. – e dal segreto istruttorio) viene, poi, utilizzata – soprattutto, come detto, nei riti alternativi – ai fini di una decisione, la quale è senza dubbio espressione di una funzione giurisdizionale³⁸. Insomma, l'attività istruttoria viene comunque valutata

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

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



e fatta propria dall'organo giurisdizionale³⁹ (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo "filtro", confluisce in un provvedimento giurisdizionale⁴⁰. Non sembra, quindi, si possa negare la possibilità di assimilare non formalmente ma sostanzialmente la decisione adottata in sede di ricorso straordinario a quella emessa all'esito del giudizio innanzi al giudice amministrativo⁴¹, in considerazione del fatto che in entrambe le ipotesi la decisione costituisce il momento conclusivo dell'esercizio della giurisdizione.

In altri termini, si può fondatamente ritenere il decreto del Presidente della Repubblica che definisce il ricorso straordinario un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato⁴².

- 39 Pure 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.
- 40 Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 23464 del 19 dicembre 2012 hanno espressamente riconosciuto al decreto presidenziale, emesso – su conforme parere del C.d.S. – nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura giurisdizionale: in altri termini, nell'ambito in esame l'adozione del parere del Consiglio di Stato è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale. La stessa pronuncia delle S.U. rileva anche come il decreto presidenziale potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere: tuttavia, questo residuo elemento formale, che connota la struttura ancora 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 presenza di una decisione «che, per questi vizi (sicuramente ipotetici) attinenti al sub-procedimento amministrativo, può essere impugnata, probabilmente dinanzi al Tar Lazio. È conciliabile questa circostanza con il carattere (sostanzialmente) giurisdizionale del ricorso e della sua decisione?». In ogni caso le stesse Sezioni Unite evidenziano che la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU.
- 41 Nella medesima direzione cfr. DE LISE e CARINGELLA nelle rispettive relazioni tenute al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.
- 42 Ciò è provato anche dal fatto che il Consiglio di Stato ha natura di organo giurisdizionale pure quando esprime il proprio parere nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato: cfr. in tal senso le pronunce di Cons. Giust. Amm. Sic., 21 marzo 2011, n. 242 e di Cons. Giust. Amm. Sic., 17 gennaio 2011, n. 30. Inoltre, cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 405, secondo cui, inoltre, viene così confermato il carattere giurisdizionale del rimedio, inteso come ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, con rinuncia al doppio grado fondata sull'accordo delle parti per effetto della mancata opposizione della p.a. e dei controinteressati all'iniziativa giustiziale del ricorrente.



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

Inoltre, se si esamina il ricorso straordinario⁴³ nelle sue interrelazioni non già con il ricorso al giudice amministrativo – come normalmente viene fatto – ma con i tipici ricorsi amministrativi⁴⁴, non si può non prendere atto della profonda diversità (strutturale e funzionale) oggi esistente tra quest'ultimi ed il ricorso straordinario⁴⁵.

Si può desumere la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario anche dall'ampiezza della facoltà di opposizione del controinteressato: tale facoltà, che consente il trasferimento e la decisione della lite nella sede ordinaria, è stata prevista al chiaro 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 istruttoria⁴⁶.

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

44 Quindi, anziché porsi nell'ottica delle differenze tra l'istituto in esame e il ricorso al giudice amministrativo, si deve in quella delle differenze tra il ricorso straordinario ed i tipici ricorsi amministrativi, non si può non prendere atto della distanza siderale tra tali due ultime figure: per nessun tipo di ricorso amministrativo è previsto – tra l'altro – che il C.d.S. emetta un parere vincolante (che in quanto tale "è" la decisione); che si possa sollevare una questione di legittimità costituzionale; che vi possa essere una *translatio 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.

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

46 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 parti: in tal senso F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378. Secondo tale A. l'espressione "sostanzialmente giurisdizionale" da un lato lascerebbe intendere l'impossibilità di sostenere la tesi della natura effettivamente giurisdizionale, dall'altro lato introdurrebbe una distinzione tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, che è giustificabile in altri sistemi giuridici – come quello francese – ma non nel nostro, in considerazione della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale. Queste raffinate considerazioni non sembrano, però, non trovare l'avallo della sopraindicata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, la quale ha determinato da un lato la formale consacrazione – nella materia in oggetto – della teoria della "giurisdizionalizzazione sostanziale", dall'altro lato il definitivo superamento della connotazione – come testualmente indicato dalla stessa Consulta – di «antico ricorso amministrativo» attribuita in passato (anche dal Giudice delle leggi) dalla stessa Consulta al rimedio in esame, con conseguente attrazione di quest'ultimo nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Secondo POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4, con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale vi è stata la «consacrazione della teoria sostanzialistica sancita da Adunanza Plenaria e Corte di Cassazione ... e per conseguenza, l'attrazione del ricorso straordinario nella materia (o "oggetto") "giurisdizione amministrativa"».

Particolare rilievo nell'ambito in esame ha il fatto che la sopraindicata facoltà presuppone il consenso delle parti interessate, secondo lo schema previsto per il ricorso *per saltum ex* art. 360, comma 2, cod. proc. civ.⁴⁷. La sopraindicata matrice sostanzialmente giurisdizionale, come rilevato anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria in commento, trova conferma anche nell'art. 7, comma 8, cod. proc. amm., che, come è noto, limita il ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Si tratta di una norma la cui introduzione 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, con la conseguente necessità della previsione di una norma (quella, appunto, di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm.), che – prendendo atto della situazione creatasi – enunciasse il succitato principio⁴⁸.

Insomma, visto che il ricorso straordinario è stato ricondotto nell'ambito della giurisdizione amministrativa e considerato che non si può concepire una decisione avente natura giurisdizionale in materie diverse da quelle di pertinenza della giurisdizione amministrativa, inevitabilmente il codice del processo amministrativo si è dovuto adeguare ad una situazione nei fatti già esistente. Ciò induce a ritenere che la norma di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. debba considerarsi dotata di carattere (non innovativo, ma) meramente ricognitivo rispetto alla legge n. 69/2009. Non possono, quindi, non ritenersi ineccepibili le considerazioni fatte su tale specifico punto da parte della summenzionata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, che da un lato 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

47 CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 406, evidenzia 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».

48 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 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.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

operatività «di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima»⁴⁹, dall'altro lato evidenzia 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 aspetto, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo proprio dell'art. 4» della citata legge⁵⁰.

In questo modo la Consulta, oltre a porre fine ad una serie di inopportuni tentativi di modificare l'ambito di operatività del ricorso straordinario nella sua attuale dimensione di rimedio avente natura sostanzialmente giurisdizionale (v. *infra*)⁵¹, sancisce anche la conferma – secondo l'opinione di chi scrive – che l'art. 69, comma 1, della l. n. 69/2009 (con l'introduzione della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione incidentale di costituzionalità all'interno del ricorso straordinario) non comporta alcuna violazione della riserva di legge costituzionale relativamente alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137, primo comma, Cost.). Infatti, tali ultimi profili non risultano innovati dal Legislatore ordinario, il quale non ha fatto altro che prendere atto della natura giurisdizionale della funzione esercitata in sede di ricorso straordinario e riconoscere anche in tale contesto la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità⁵².

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

50 In questi precisi termini si esprime la citata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale.

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

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



In definitiva, nell'ambito in esame, analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti (come ad esempio in quello olandese⁵³), si determina una situazione nella quale, da un lato la funzione giurisdizionale è esercitata dal Consiglio di Stato (al quale è sostanzialmente imputabile la decisione), dall'altro lato, invece, il Capo dello Stato, col relativo decreto⁵⁴, fa proprio il contenuto del parere in funzione di controllo formale di legalità⁵⁵.

5. Le presunte violazioni dei principi del contraddittorio e del giusto processo

Ulteriore argomento, su cui si fonda l'orientamento contrario alla natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in esame, è quello relativo all'asserita violazione dei principi del contraddittorio e del principio del giusto processo. Tuttavia, non si può non obiettare che la natura giurisdizionale in tale ambito non presuppone necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei sopraindicati principi⁵⁶, in quanto l'eventuale violazione di questi può solo giustificare un intervento correttivo (della Con-

- 53 È opportuno rilevare che nell'attuale ordinamento giudiziario un vero e proprio potere giurisdizionale il Presidente della Repubblica lo esercita in relazione agli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari, potendo presiedere la Sezione disciplinare del C.S.M., che emette pronunce giurisdizionali (art. 1 della legge n. 1 del 1981). Invece, nell'ambito amministrativo, il Capo dello Stato, come detto, continua ad esercitare – in funzione di garanzia della legalità – il potere decisorio relativo all'istituto in esame, del tutto compatibile con la Costituzione. Insomma, in ossequio al principio di effettività della tutela il ricorrente può avvalersi o dei due gradi del giudizio (TAR in primo grado e Consiglio di Stato in secondo grado) o di un solo grado col ricorso straordinario, impregiudicata la facoltà di trasposizione della lite 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.
- 54 Bisogna sottolineare che la natura della decisione adottata in sede di ricorso straordinario si fonda sui peculiari precedenti storici di quest'ultimo. Infatti, nel nostro sistema – derivante da quello francese tramite il Regno di Sardegna – il Capo dello Stato, finché fu istituita la Corte di Cassazione, aveva esercitato la funzione di giustizia di ultima istanza non solo nel settore civile e in quello penale, ma anche in materia amministrativa con le decisioni dei ricorsi straordinari. Inoltre, aveva esercitato – anche nello Stato unitario – il potere di decidere i conflitti per effetto della legge piemontese n. 3705 del 7 novembre 1859, che venne sostituita dalla legge del 1865, allegato D, attribuendo tale potere al Consiglio di Stato.
- 55 F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, si chiede quale ruolo possa avere il Presidente della Repubblica una volta che la decisione del ricorso è totalmente affidata al Consiglio di Stato: «si tratta di un ruolo esclusivamente volto a conferire forma di decreto e ad esternare la decisione del ricorso, ovvero residua un potere di verifica della legittimità formale della decisione stessa? Se, ad esempio, il ricorso non fosse stato notificato a tutti i controinteressati, e la Sezione non se ne fosse accorta, potrebbe il Presidente richiamare l'attenzione del Consiglio di Stato sulla violazione del principio del contraddittorio? La soluzione negativa mortifica il ruolo del Presidente; la soluzione positiva impedisce che la decisione del ricorso sia interamente concentrata nel "parere" del Consiglio di Stato».
- 56 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.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

sulta, del Legislatore o, a determinate condizioni, dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza), ma non può, di per sé, legittimare la negazione della natura giurisdizionale del decreto decisorio adottato in sede di ricorso straordinario, soprattutto quando, in relazione a quest'ultimo, non può non darsi atto – secondo chi scrive – di un rispetto almeno “minimale” dei sopraindicati principi.

Tale rispetto “minimale” emerge, *in primis*, dall'art. 9 d.P.R. n. 1199/1971 che, come è noto, impone – a pena di inammissibilità, diversamente da quanto previsto nella stessa normativa per il ricorso gerarchico – la notifica del ricorso straordinario ad almeno uno dei controinteressati, ai quali lo stesso art. 9 consente di presentare deduzioni e memorie e di proporre ricorso incidentale, ampliando in questo modo il *thema decidendum*, non diversamente da quanto accade dinanzi al giudice amministrativo.

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

Le sopraindicate considerazioni non possono trovare alcuna smentita nel fatto che l'art. 49 del r.d. n. 444/1942 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato) esclude, nell'ambito in esame, l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti: infatti, le linee evolutive dell'intera disciplina giuridica del ricorso straordinario non sembrano precludere la possibilità della creazione di una prassi giurisprudenziale nel senso della fissazione di un'udienza pubblica per la discussione orale⁵⁸.

57 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.).

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



In definitiva, non vi è dubbio che ancora si registrano lacune nella disciplina in esame: tuttavia, deve ribadirsi che ciò non può di per sè escludere la sopraindicata giurisdizionalizzazione⁵⁹.

6. Brevi riflessioni sull'attuale ambito di operatività del ricorso straordinario

Dalla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario derivano importanti conseguenze sull'ambito di operatività di quest'ultimo⁶⁰. Una prima conseguenza, secondo chi scrive, può riguardare l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Esistono, infatti, rilevanti argomenti per superare la tesi, avallata dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza, che esclude l'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno, in considerazione dell'asserita strutturazione dell'istituto in esame come rimedio a carattere impugnatorio, sostenendo l'esperibilità della sopraindicata azione solo nella sede del ricorso giurisdizionale ordinario⁶¹.

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

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

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



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

In senso contrario non si può non rilevare che anche per il ricorso straordinario si assiste, oggi, ad un processo di trasformazione sostanzialmente non dissimile rispetto a quello che ha caratterizzato il giudizio innanzi al giudice amministrativo. Insomma, in passato pure per quest'ultimo – analogamente a quanto si sta verificando per il rimedio in esame – si parlava di un giudizio a carattere impugnatorio, per poi cambiare completamente prospettiva prima ad opera di interventi pretori e successivamente a seguito di provvedimenti legislativi.

L'ammissibilità dell'azione risarcitoria anche nell'ambito del ricorso straordinario⁶² trova motivazioni pratiche incentrate sui principi di alternatività, economicità e concentrazione della tutela.

Sotto il profilo del principio di alternatività⁶³, non si può non rilevare che, essendo ormai ammessa l'azionabilità in sede giurisdizionale amministrativa del rimedio risarcitorio, non sembra possa negarsi l'esperibilità di tale azione anche attraverso il rimedio, alternativo a quello giurisdizionale, del ricorso straordinario. Ciò è avvalorato dal fatto che la riforma del 2009 ed il codice del 2010 si muovono nella direzione di un'alternatività piena tra il rimedio ordinario e quello straordinario⁶⁴.

Sotto il profilo del principio di concentrazione processuale è noto che le relative esigenze hanno indotto il Legislatore a riformare negli ultimi anni il processo amministrativo proprio nell'ambito della tutela risarci-

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

63 Rileva 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.

64 Secondo AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 4-5, ciò che è stato indicato nel testo sarebbe conforme a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 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 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».

toria (cfr. artt. 35 d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 4, l. n. 205/2000) e sarebbe del tutto irrazionale reintrodurre di fatto, solo per il rimedio in esame, il criterio del c.d. doppio binario, incentrato su due distinti momenti: quello dell'annullamento in sede straordinaria e quello (successivo) del risarcimento in sede giurisdizionale. Ciò comporterebbe l'inaccettabile conclusione di far rientrare dalla finestra ciò che il Legislatore ha voluto cacciare dalla porta proprio per evidenti esigenze di concentrazione e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori⁶⁵.

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

Inoltre, di non poco rilievo nell'ambito in oggetto è 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.).

Non sembra, pertanto, destituita di fondamento la considerazione che l'alternatività e la fungibilità del ricorso straordinario, rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo, inducono a ritenere ammissibile anche nell'ambito in esame l'azione di risarcimento dei danni⁶⁶.

65 A. CARBONE, *Corte costituzionale*, cit. 33, afferma 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.

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

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

Si può comunque affermare che, malgrado le lacune sopraindicate e la previsione dell'obbligo del c.d. contributo unificato per effetto dell'art. 33 legge n. 111/2011, il rimedio in esame sia ancora utile ed economicamente vantaggioso⁶⁷.

È opportuno rilevare anche che, per effetto delle succitate lacune della disciplina relativa all'istruttoria del ricorso straordinario (incentrata sugli artt. 11 e 13 d.P.R. n. 1199/1971), si impone in tempi brevi la necessità di una riforma normativa che possa rendere effettivi, anche nell'ambito in esame, i principi del contraddittorio e del giusto processo. Proprio attraverso questi fondamentali principi sembra possibile apportare in via interpretativa alcuni correttivi, senza per questo negare l'importanza della sopraindicata riforma. È possibile, in particolare, ritenere sussistente, a prescindere da una espressa istanza della parte, la configurabilità, come diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio del diritto di difesa in giudizio, di un obbligo di ostensione degli atti in capo all'Amministrazione procedente.

Tuttavia, la pronuncia n. 2131 del 7 maggio 2012 delle Sezioni Riunite del Consiglio di Stato⁶⁸ ha riconosciuto la configurabilità del diritto di accesso agli atti solo per la parte che effettivamente lo abbia richiesto ed ha escluso che tale diritto possa assumere carattere officioso⁶⁹.

Tale conclusione, ad avviso di chi scrive, non sembra meritevole di accoglimento in considerazione sia di quanto sopra accennato sia dell'im-

67 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.

68 Cfr. Cons. Stato, sez. riunite, 7 maggio 2112, n. 2131, in Urb. e app., 2012, 1054.

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



probabile asserita violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.) ad opera di un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto⁷⁰.

Si può, in pratica, affermare che accanto all'interesse *in re ipsa* all'accesso agli atti a fini difensivi, è configurabile pure una sorta di dichiarazione tacita – da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato – di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità⁷¹.

70 Invece, secondo Cons. Stato, sez. riunite, 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 inevasa la rituale richiesta di accesso agli atti del procedimento, si determina un vizio del procedimento, che può essere denunciato in sede giurisdizionale. In ogni caso il Consiglio di Stato deve sospendere la propria pronuncia fino all'intervenuta comunicazione dei documenti ed al decorso di termini per le eventuali controdeduzioni. Anche nel caso di omessa trasmissione al Consiglio di Stato, da parte dell'Amministrazione incaricata di istruire il ricorso, della memoria difensiva prodotta dal controinteressato si determina un vizio rilevabile con ricorso giurisdizionale. In questo caso Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2002, n. 2428, ha affermato che il parere espresso dal Consiglio di Stato è viziato per errore di fatto, consistente nella supposta inesistenza della memoria stessa, positivamente risultante dagli atti di causa: tale errore di fatto consente la proposizione di un ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., espressamente richiamato dall'art. 15 del d.P.R. n. 1199/1971. Secondo Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2000, n. 1430, è in questo caso precluso, da parte dell'Organo Consultivo, l'esame delle controdeduzioni alla relazione ministeriale prodotte direttamente dall'interessato, atteso che, ai sensi dell'art. 49, secondo comma, del R.D. 21 aprile 1942 n. 444, da parte del Consiglio di Stato non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero.

71 Pure 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 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.



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

Tutte le sopraindicate considerazioni fanno, in definitiva, emergere il notevole ampliamento dell'ambito di operatività del ricorso straordinario⁷², come conseguenza del riconoscimento della sua natura sostanzialmente giurisdizionale: si pensi all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, della sospensione dei termini nel periodo feriale⁷³, dell'applicazione della normativa sull'eccessiva durata del processo, della sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ.⁷⁴ (nel caso in cui il giudizio civile pendente risulti

72 VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *www.lexitalia.it*, afferma 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.

73 Secondo 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 l. 7 ottobre 1969, n. 742, relativa alla sospensione dei termini feriali, riferibile soltanto ai termini processuali. Invero, Cons. Stato, sez. IV, 07 luglio 2011, n. 4074, ha affermato che l'istituto della sospensione necessaria del processo, disciplinato dagli artt. 295 e 298 cod. proc. civ., è caratterizzato dallo scopo di prevenire soluzioni configgenti, e non più modificabili, tra distinte liti e si estende anche all'ipotesi in cui il vincolo di pregiudizialità, idoneo a far sorgere il dovere di sospensione, derivi dalla definizione di un procedimento amministrativo per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto la pronuncia resa su ricorso al Presidente della Repubblica, ancorché non rivesta i caratteri formali e sostanziali della sentenza, costituisce comunque un atto di definizione della controversia che non è suscettibile di essere annullato, revocato o riformato dall'Amministrazione ed, inoltre, in forza del principio fondamentale dell'alternatività del ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, svolge un ruolo sostitutivo della decisione del giudice, anche se su un piano diverso, attesa la sua inattitudine a passare in "cosa giudicata" (conferma della sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 11 giugno 2004, n. 1115). Inoltre, Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2011, n. 1926, ha affermato che per la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato è necessario che l'originario ricorrente depositi l'atto di riassunzione presso la segreteria del giudice amministrativo entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione. Tale termine ha natura processuale ed è, quindi, soggetto a sospensione durante il periodo feriale. Anche G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 2, rileva che il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario dovrebbe comportare la revisione dell'indirizzo, costante nel tempo, circa l'inapplicabilità al ricorso dell'art. 1 l. 742/1969, sulla sospensione dei termini nel periodo feriale, in quanto riferibile soltanto ai termini processuali: cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009, n. 714/09, in *Rep. Foro it.*, 2009; Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 agosto 2007, n. 3047/07, in *Rep. Foro it.*, 2008; C.G.A., Cons. Stato, sez. riun., 14 dicembre 1992, n. 539/92, in *Rep. Foro it.*, 1993; Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 1989, n. 577, in *Rep. Foro it.*, 1989; Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 1978, n. 517/76 e sez. II, 8 febbraio 1978, n. 396/77, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1981. Inoltre, lo stesso A. afferma che la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario dovrebbe comportare l'applicazione della legge Pinto nelle ipotesi, non trascurabili stando alle statistiche, di ricorsi definiti dopo lungo tempo. V. anche *infra* nel testo.

74 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, afferma che con riguardo alla sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ. è inevitabile, una volta riconosciuta la natura giurisdizionale del rimedio in esame, che i problemi di pregiudizialità tra i due giudizi debbano essere affrontati anche con questo rimedio. Lo stesso A. afferma che è erroneo affrontare il problema della 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.



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

7. Considerazioni conclusive

È stato sopra ribadito che, in relazione alla natura giuridica del ricorso straordinario, con la sopraindicata sentenza 73/2014 della Consulta si è probabilmente persa un'importante occasione per fare definitiva chiarezza: c'è da sperare che tali dubbi vengano una volta per tutte fugati dal futuro intervento del Giudice delle leggi sollecitato dalla decisione della Adunanza Plenaria in commento. In particolare, sarebbe auspicabile che un'eventuale pronuncia di accoglimento della sopraindicata questione di legittimità costituzionale chiarisca in modo risolutivo che in sede di ricorso straordinario il parere del Consiglio di Stato ha carattere di deci-

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

76 Afferma 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., che, col riconoscere l'impugnabilità in Cassazione, *ex art.* 362 cod. proc. civ., del decreto presidenziale emesso in sede di ricorso straordinario, si è determinato il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità. Ciò, secondo l'A., ha determinato anche un possibile sopravvenuto contrasto del rimedio di cui al citato art. 362 con il precetto costituzionale dell'eguaglianza, per il profilo della non consentita ricorribilità in Cassazione delle decisioni del giudice amministrativo, incidenti su diritti soggettivi, anche per vizi di violazione di legge.

77 In relazione, invece agli atti amministrativi regionali, anche se da tempo la giurisprudenza tende ad estendere pure a quest'ultimi l'esperibilità del ricorso straordinario (in considerazione della possibilità, da parte delle Amministrazioni regionali, di chiedere la trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale), sembra possibile sostenere la necessità della rivisitazione di questa posizione giurisprudenziale alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e del consequenziale processo di rafforzamento delle autonomie regionali. Infatti, non pochi dubbi si pongono in ordine all'ammissibilità di una decisione ministeriale in sede di ricorso straordinario avente ad oggetto un provvedimento regionale, rientrando tra le materie di competenza esclusiva della Regione. Del resto, anche da un punto di vista storico tali conclusioni sembrano essere avvalorate dal fatto che il rimedio in esame è nato ed ha operato per lunghissimo tempo in un contesto istituzionale in cui le Regioni non esistevano.



L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato

sione giurisdizionale e che il rimedio in esame ha la natura (non di uno strumento di risoluzione di conflitti – come teorizzato dalla citata sentenza n. 73/2014 della Consulta – alternativo al ricorso giurisdizionale ordinario, ma) di un rito speciale articolato in un unico grado e fondato sull'accordo tra le parti in causa, secondo lo schema generale di cui al ricorso *per saltum ex* art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

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