

39

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

*Studi diretti da*  
Franco Gaetano Scoca

PAOLO TANDA  
*(a cura di)*

## Il ricorso straordinario al Capo dello Stato

*Atti del Convegno*  
Roma 9 ottobre 2014



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

P. TANDA (a cura di) – Il ricorso straordinario al Capo dello Stato

€ 27,00



# NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

*Studi diretti da*  
Franco Gaetano Scoca

---

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

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

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

PAOLO TANDA  
*(a cura di)*

# Il ricorso straordinario al Capo dello Stato

*Atti del Convegno  
Roma 9 ottobre 2014*



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

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

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

*Composizione:* Carla Degiacomi - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

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

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



## Indice

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

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

pag.

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

## Comunicazioni

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

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

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

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

#### Federico Girelli

##### *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed eccezione di costituzionalità*

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

#### Gerardo Soricelli

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

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

pag.

Luigi Conti

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

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

Cristina Asprella

*Tra merito e metodo: dal merito amministrativo al merito processuale*

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



*Paolo Tanda\**

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

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

### 1. *Introduzione*

A seguito dei due fondamentali interventi normativi rappresentati dalla legge n. 69/2009 e dall'introduzione del codice del processo amministrativo, è inevitabile parlare di nuove prospettive in relazione al ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto per quest'ultimo – che nei suoi quasi trecento anni di vita ha avuto fasi molto altalenanti<sup>1</sup> –, dopo i sopraindicati interventi legislativi, si sono

---

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

<sup>1</sup> Il rimedio in esame ha le proprie radici nel Regno di Sardegna e, in particolare, nell'art. 3, cap. III, titolo II, libro III delle Costituzioni piemontesi del 1723 («Le suppliche che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le Nostre determinazioni»). Inizialmente il ricorso straordinario era proiettato più verso un rimedio giudiziario che verso uno di natura spiccatamente amministrativa: espressione di tale situazione era, tra l'altro, la limitazione della cognizione dell'istituto in esame alle sole questioni di legittimità con esclusione di quelle di merito. Queste caratteristiche rimasero inalterate fino all'avvento nel regno sabaudo della monarchia costituzionale, in relazione alla quale l'ampio potere decisorio del Re (affidente al ricorso straordinario) si collocava in una posizione di sostanziale incongruenza. Ciò determinò la necessità di alcuni adeguamenti concretizzati nell'introduzione di elementi di garanzia per il ricorrente. Infatti, con la legge del Regno di Sardegna 30 ottobre 1859, n. 3707 (sul «Riordinamento del Consiglio di Stato», istituito da Carlo Alberto nel 1831) venne emanata un'articolata disciplina del rimedio in esame, sancendo l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato in ordine al ricorso straordinario al Re e differenziandolo dal ricorso al Re in via gerarchica. In seguito, la sopraindicata legge n. 3707/1859 venne sostanzialmente riprodotta, con qualche modifica-

aperti orizzonti prima impensabili. Infatti, in passato non pochi sono stati coloro che propugnavano addirittura l'abrogazione di un rimedio ritenuto inutile<sup>2</sup>: in tale direzione si è collocato, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, anche un disegno di legge dell'onorevole Di Rudini, che, però, non ha avuto seguito grazie alla ferma opposizione di Giolitti, il quale già allora sottolineava l'importanza del ricorso straordinario come fondamentale strumento di tutela dei meno abbienti<sup>3</sup>.

---

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

<sup>2</sup> Sul punto cfr. anche D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3224 ss.; MARTIRE, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, III, 191 ss.; CANTUCCI, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 167 ss.

<sup>3</sup> Con la legge istitutiva della sezione IV del Consiglio di Stato tornò alla ribalta la problematica relativa al ricorso straordinario ed, in particolare, quella afferente al fondamento ed all'opportunità del mantenimento di tale istituto: da un lato vi era chi tentava di frenare queste discussioni, facendo leva sulla forza della tradizione e sulla mancanza di dati consolidati sul funzionamento del rimedio giurisdizionale introdotto, dall'altro lato vi era chi, sostenendo la buona prova data da quest'ultimo, si schierava a favore della soppressione del ricorso straordinario. Il Governo dell'epoca presieduto dall'On. Di Rudini si orientò chiaramente in tale ultimo senso, arrivando a presentare nel 1897 un disegno di legge intitolato «Modificazioni alla legge organica sul Consiglio di Stato», il cui punto saliente era proprio, secondo quanto affermato dallo stesso Ministro proponente, l'abolizione del ricorso straordinario. Tuttavia, sopraggiunte difficoltà d'ordine politico impedirono l'approvazione di questo disegno di legge, a cui comunque fece seguito nel 1906 – ad opera del Governo Giolitti – un progetto che portò alla legge 7 marzo 1907, n. 62 sul «riordinamento degli istituti di giustizia amministrativa». Con tale provvedimento normativo, nonostante tutte le riserve formulate da più parti, di fatto si manteneva il ricorso straordinario, in considerazione dei vantaggi e del parallelismo

Oggi con i due sopraindicati interventi legislativi si assiste ad un tendenziale avvicinamento del ricorso straordinario al ricorso innanzi al giudice amministrativo. Infatti, le due fondamentali innovazioni introdotte dalla sopraindicata legge n. 69/2009 (la natura non più parzialmente ma oramai totalmente vincolante del parere del Consiglio dello Stato e la possibilità, prima esclusa, di sollevare in tale sede da parte dello stesso C.d.S. questioni di legittimità costituzionale), unitamente alla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza prevista dal codice del processo amministrativo, sembrano indicare che nell'ambito del ricorso straordinario la decisione – nonostante assuma la forma di d.P.R. – è di fatto adottata dal C.d.S., che in tale sede esercita una funzione non consultiva (e, quindi, amministrativa) ma sostanzialmente giurisdizionale<sup>4</sup>.

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

Anche la Corte costituzionale con la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 ha riconosciuto «carattere di decisione» al parere del Consiglio di Stato con conseguente trasformazione dell'antico ricorso amministrativo in un rimedio giustiziale «sostanzialmente assimilabile ad un giudizio»<sup>5</sup>, anche se con alcune limitazioni, le quali da un lato non sembrano impedire la collocazione dell'istituto in esame all'interno della categoria dei rimedi giurisdizionali, dall'altro lato sembrano indicare unicamente un ambito di operatività più ristretto del ricorso straordinario rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo<sup>6</sup>.

In particolare, la succitata sentenza n. 73/2014 è intervenuta su un aspetto specifico della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato<sup>7</sup>: quello re-

---

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

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

<sup>5</sup> In questi termini si esprime la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 della Corte costituzionale, che può esser letta per esteso in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

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

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

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

La previsione di tale norma trova la sua giustificazione essenzialmente nel fatto che la legge n. 69/2009, avendo attribuito carattere vincolante al parere reso dal Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso straordinario, di fatto ha determinato l'assimilazione di tale parere ad una decisione avente natura giurisdizionale (v. *infra*), con la conseguente necessità della previsione di una norma (quella, appunto, di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm.), che – prendendo atto della situazione creatasi – enunciasse il sopraindicato principio<sup>8</sup>. Insomma, poiché il ricorso

---

*centi novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, 1285 ss.; CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2014; FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno, n. 69*, Roma, 2013; FRENI, *L'amministrazione giudiziale nel prisma della Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184 ss.; FURNO, *La Corte costituzionale suggella la c.d. giurisdizionalizzazione sostanziale del ricorso straordinario con una decisione che apre nuovi interrogativi*, in *www.giustamm.it*, 2014; IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 623; IMMORDINO, IOVINO, SALSANO, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: cenni storici e linee evolutive*, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 182; MARUOTTI, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *www.giustamm.it*, 2011; GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa; il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, legge n. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2010; POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2014; POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it*, 2014; F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2014, 1476 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.; F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 5 ss.; TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. – CdS*, n. 11, 2008; VIOLA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 715 ss.

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

straordinario è stato ricondotto nell'ambito della giurisdizione amministrativa e poiché non si può concepire una decisione avente natura giurisdizionale in materie diverse da quelle di pertinenza della giurisdizione amministrativa, era inevitabile che il codice del processo amministrativo si adeguasse ad una situazione nei fatti già esistente. Ciò fa comprendere che la norma di cui all'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. non ha carattere innovativo ma solo ricognitivo rispetto alla legge n. 69/2009<sup>9</sup>.

---

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

In effetti, per risolvere il problema legato alla qualificazione del succitato carattere innovativo o ricognitivo, si deve fare riferimento alla legge n. 69/2009 e non alla specifica situazione – prevalente in passato – di sostanziale ammissione del ricorso straordinario in relazione alle controversie di pubblico impiego c.d. contrattualizzato<sup>10</sup>. Ciò è dimostrato anche dal fatto che nella Relazione governativa al codice, in riferimento alla norma in esame, si utilizza un'espressione («è stato altresì chiarito che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa») che fa pensare ad un carattere interpretativo e non innovativo della norma stessa<sup>11</sup>.

---

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

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

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

Le sopraindicate considerazioni sul carattere ricognitivo e non innovativo dell'art. 7 cit. non possono non indurre a condividere la recente sentenza n. 73/2014 della Consulta<sup>12</sup> nella parte in cui ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 7, sollevata dalla ordinanza n. 269 di Cons. Stato, sez. I, 20 maggio 2013<sup>13</sup>. Questa ordinanza sostiene che l'art. 7<sup>14</sup> sarebbe stato previsto «in modo innovativo» dal decreto delegato, al di fuori di ogni indicazione effettuata in merito dalla relativa legge di delega: sarebbe inaccettabile che la norma in esame, comportando una modifica così incisiva nell'ambito del ricorso straordinario, possa essere introdotta con un decreto legislativo, in mancanza di un espresso riferimento nella legge di delega allo specifico profilo in esame. In particolare, secondo la sopraindicata ordinanza n. 269/2013 la disposizione delegata, da un lato, sarebbe intervenuta senza alcuna diretta prescrizione – da parte della delega – relativamente alle attribuzioni del Consiglio di Stato in sede di adozione di parere su ricorso straordinario, dall'altro lato avrebbe riguardato una “*materia*” non contemplata come oggetto dalla delega<sup>15</sup>. Ad avviso della succitata ordinanza, tale ricostruzione sarebbe suffragata dalla previsione<sup>16</sup> di una delega legislativa asseritamente limitata al riassetto del solo processo avanti al giudice amministrativo e non dell'intero sistema di giustizia amministrativa<sup>17</sup>.

---

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

<sup>12</sup> La sentenza indicata nel testo è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale.

<sup>13</sup> L'ordinanza indicata nel testo è reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

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

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

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

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

Sono, invece, meritevoli di accoglimento le considerazioni fatte su tale specifico punto dalla succitata sent. n. 73/2014 della Corte costituzionale, che non solo esclude qualsiasi «effetto innovativo» di una norma (art. 7, comma 8, cit.) diretta a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di operatività «di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima»<sup>18</sup>, ma sottolinea anche come tale esclusione indicata nella norma poteva «ricavarsi dal sistema», oltre che costituire la «conseguenza logica» della profonda modifica della natura del ricorso straordinario sancita dalla legge n. 69/2009: «sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo proprio dell'art. 4» della citata legge<sup>19</sup>. Inoltre, ad avviso di chi scrive, la sopraindicata pronuncia della Consulta, da un lato, mette fine ad una serie di inopportuni tentativi di modificare l'ambito di operatività del ricorso straordinario nella sua attuale dimensione di rimedio avente natura sostanzialmente giurisdizionale (v. *infra*)<sup>20</sup>, dall'altro lato costituisce la conferma che l'art. 69, comma 1, legge n. 69/2009 (con l'introduzione della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione incidentale di costituzionalità all'interno del ricorso straordinario) non determina alcuna violazione della riserva di legge costituzionale relativamente alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137, comma 1, Cost.). Infatti, questi ultimi aspetti non risultano innovati dal Legislatore ordinario, il quale non ha fatto altro che prendere atto della natura giurisdizionale della funzione esercitata in sede di ricorso straordinario e riconoscere anche in tale contesto la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità<sup>21</sup>.

---

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

<sup>18</sup> In questi termini cfr. la succitata sent. n. 73/2014 della Corte costituzionale. Quest'ultima, inoltre, con la sent. n. 162/2012 ha precisato che la delega autorizza l'esercizio di poteri innovativi della normazione vigente a condizione che siano «strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l'operazione di riordino o riassetto».

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

<sup>20</sup> Afferma POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it*, 2014, 1, che la sentenza 2 aprile 2014, n. 73 della Corte costituzionale ha «(momentaneamente) concluso una storia che nasce da lontano, alla fine degli anni '90, nelle sale consultive di Palazzo Spada; storia che la riforma introdotta dal codice del processo amministrativo aveva inteso chiudere definitivamente e che, tuttavia, la forza della conservazione e dell'autoreferenzialità aveva tentato di riaprire».

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

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

In vista di tale obiettivo è necessario fare brevemente il punto della situazione in merito all'annosa questione relativa alla natura giuridica di quest'ultimo, visto che tale questione non sembra essersi sopita né con l'inconsueta convergenza su tale aspetto tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>22</sup> e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>23</sup> né con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale, la quale sotto questo profilo sembra costituire un'occasione persa (v. *infra*).

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

Il lungo percorso dell'evoluzione storica del ricorso straordinario<sup>24</sup> è caratterizzato da fasi alterne ed incerte che, come un pendolo, sono oscillate tra una posizione favorevole all'ampliamento della portata del rimedio in esame ed una propensione addirittura alla sua totale eliminazione<sup>25</sup>: tali forti oscillazioni sono la

---

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

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Al fine di un eventuale approfondimento sia consentito rinviare al par. 2 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014.

<sup>25</sup> Secondo POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2014, 26-27, la soppressione del ricorso straordinario meriterebbe una maggiore presa in considerazione, anche se ciò difficilmente avverrà per ostacoli di natura costituzionale e di ordine interno: il rimedio in esame «continuerà a vivere ancora per molto tempo nel suo ruolo di "sostanziale" ma ibrido strumento di tutela giurisdizionale». Secondo PAOLANTONIO, *Art. 7*, in GAROFOLI, FERRARI (a cura di), *Il Codice di processo amministrativo*, Roma, 2010, vi sarebbero consistenti ragioni per abrogare *tout court* l'istituto, anziché farne un duplicato del ricorso giurisprudenziale.

conseguenza dei non pochi cambiamenti di orientamento, determinatisi nel tempo, proprio sulla natura giuridica del ricorso straordinario e, quindi, sul suo inquadramento sistematico. Sotto tale profilo si può fondatamente sostenere che il ricorso straordinario, più che un rimedio alternativo di risoluzione di conflitti – come configurato dalla Consulta nella citata sentenza n. 73/2014 –, può essere ritenuto un rito speciale in un unico grado, fondato sull'accordo delle parti e destinato ad avere un ruolo di rilievo ai fini del deflazionamento del nostro congestionato sistema di giustizia amministrativa. A tal fine determinante è il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario sancita dalla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza<sup>26</sup> (contenuta nel titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo) e dalle due succitate fondamentali novità introdotte dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (possibilità di sollevare – in sede di ricorso straordinario – l'incidente costituzionale e totale vincolatività per il Ministero del parere espresso dal Consiglio di Stato). Ora, poiché ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87/1953 la questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata (a pena di inammissibilità) da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, l'art. 69 cit. – proprio per effetto di tale ultimo richiamo – sembra implicitamente presupporre il riconoscimento al ricorso straordinario di una natura sostanzialmente giurisdizionale. Inoltre, l'introduzione dell'espressa impossibilità di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato fa emergere come il provvedimento finale sia meramente dichiarativo di un giudizio: la vincolatività di quest'ultimo, anche se non arriva a trasformare il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in considerazione della natura dell'organo emanante e della forma dell'atto), finisce tuttavia per equipararlo – da un punto di vista sostanziale – ad un provvedimento di natura giurisdizionale, con rilevanti conseguenze sul piano dell'individuazione degli strumenti di tutela<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Secondo un condivisibile orientamento la decisione adottata in sede di ricorso straordinario trova la sua collocazione sistematica nell'ambito della lett. *b* del secondo comma dell'art. 112: non è quindi, meritevole di accoglimento il diverso orientamento, che in tale ambito fa riferimento non alla lett. *b* ma alla lett. *d* dell'art. 112, comma 2, cod. proc. amm.

<sup>27</sup> È stato, tuttavia, escluso che possa essere significativo il fatto che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato, in quanto la vincolatività di tale provvedimento non ne muterebbe la natura, che rimarrebbe amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale: in questo senso deporrebbe anche la rubrica dell'art. 69 della legge n. 69/2009. Così G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, 6, secondo cui semmai la vincolatività muta i termini del rapporto con il decreto del Presidente della Repubblica. Del resto, è stato evidenziato che nel procedimento del ricorso straordinario la natura decisoria è riconoscibile, con maggiore evidenza oggi in ragione del carattere vincolato, al parere del Consiglio di Stato, il quale avrebbe carattere formale di atto consultivo ma dal punto di vista sostanziale sarebbe caratterizzato dagli stessi contenuti di una decisione amministrativa (cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 165). Sempre secondo G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 6, la succitata vincolatività del parere del Consiglio di Stato dovrebbe incidere sull'istituto dell'opposizione, come sembrerebbe confermato anche dal codice del processo amministrativo. In ogni caso una conseguenza proprio di tale vincolatività è l'affermarsi dell'orientamento interpretativo favorevole ad esten-

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

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

---

dere la facoltà di opposizione di cui all'art. 48 cod. proc. amm. a favore di qualsiasi «parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario», con conseguente ampliamento del novero dei soggetti legittimati. Infatti, la sentenza n. 148/1982 della Corte costituzionale aveva esteso – come è noto – alla sola Amministrazione non statale la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, in quanto l'Amministrazione statale era già tutelata dalla possibilità del Ministro di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato. La situazione cambia completamente con la previsione della vincolatività del parere del C.d.S., che giustifica ampiamente la possibilità di chiedere il trasferimento in sede giurisdizionale anche da parte dell'Amministrazione statale che ha emanato l'atto impugnato.

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

<sup>29</sup> In questi termini Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.

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

#### 4. Le ragioni della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario

L'orientamento contrario alla c.d. giurisdizionalizzazione<sup>31</sup> si incentra – tra l'altro – sulla violazione degli artt. 102 e 125 Cost.<sup>32</sup> e, più in particolare, sulla violazione dei principi del giusto processo e del contraddittorio. In particolare, in relazione a tali principi si è affermato che un ruolo determinante deve essere attribuito al fatto che l'attività istruttoria è svolta da un'autorità non giurisdizionale ma amministrativa (il Ministro competente per materia)<sup>33</sup>. Tale evenienza non è ignota al nostro sistema.

---

<sup>31</sup> Per quanto riguarda la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato sia consentito rinviare al par. 8 del cap. I di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 64 ss.

<sup>32</sup> Afferma SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, che «la dottrina ha rilevato le lacune e i difetti che ancora persistono in ordine all'istruttoria, e soprattutto in ordine al contraddittorio; che, non estendendosi oltre la fase iniziale e non esprimendosi oralmente in una udienza pubblica, come espressamente richiesto dalla Convenzione europea, resta allo stato embrionale».

<sup>33</sup> Rileva CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, come fino alla citata riforma del 2009, il fatto che la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Ministro competente per materia) non contraddistinta dai caratteri indefettibili dei procedimenti di tutela giustiziale (terzietà ed imparzialità), escludeva la sussistenza del requisito soggettivo della neutralità dell'organo giudicante, comportando una grave confusione tra “parte” e “giudice”. Invece, secondo l'Autore, l'attuale attribuzione del potere decisionale in senso sostanziale ad un organo giurisdizionale (il Consiglio di Stato) dotato di terzietà ed indipendenza di giudizio, viene a modificare gli assetti e a determinare la consequenziale coerenza del rimedio con la sua natura giustiziale. Ciò troverebbe conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa, laddove annovera espressamente il ricorso straordinario al Capo dello Stato tra i rimedi di tutela giustiziale, facendone discendere sia l'esperibilità del ricorso per ottemperanza sia la sospensione del giudizio *ex art. 295 cod. proc. civ.* in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale. In relazione a tale ultimo aspetto TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. TAR*, 2011, ha affermato che «la sospensione del giudizio, disciplinata dall'art. 295 cod. proc. civ., in quanto espressione dell'esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti fra giudicati e in tal senso immanente nel sistema della giustizia amministrativa comprensivo del rimedio del ricorso straordinario, trova logica applicazione anche nel caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale, atteso il carattere, definitorio della controversia stessa, del relativo provvedimento giustiziale, insuscettibile di annullamento, revoca o riforma da parte dell'amministrazione interessata». In senso contrario cfr. Cass., S.U., 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. civ.*, 2011, 826, che esclude l'applicabilità del regime della sospensione *ex art. 295 cod. proc. civ.*, poiché si determinerebbe, nel caso di specie, non l'instaurazione di un giudizio, ma l'attivazione di un procedimento amministrativo. Rileva CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 117, rileva come fino alla citata riforma del 2009, il fatto che la titolarità del potere decisorio fosse di fatto in capo ad un'autorità amministrativa (il Ministro competente per materia) non contraddistinta dai caratteri indefettibili dei procedimenti di tutela giustiziale (terzietà ed imparzialità), escludeva la sussistenza del requisito soggettivo della neutralità dell'organo giudicante, comportando una grave confusione tra “parte” e “giudice”. Inve-

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

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

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

---

ce, secondo l'Autore, l'attuale attribuzione del potere decisionale in senso sostanziale ad un organo giurisdizionale (il Consiglio di Stato) dotato di terzietà ed indipendenza di giudizio, viene a modificare gli assetti e a determinare la consequenziale coerenza del rimedio con la sua natura giustiziale. Ciò troverebbe conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa, laddove annovera espressamente il ricorso straordinario al Capo dello Stato tra i rimedi di tutela giustiziale, facendone discendere sia l'esperibilità del ricorso per ottemperanza sia la sospensione del giudizio *ex art. 295* cod. proc. civ. in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale. In relazione a tale ultimo aspetto TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. TAR*, 2011, ha affermato che «la sospensione del giudizio, disciplinata dall'art. 295 cod. proc. civ., in quanto espressione dell'esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti fra giudicati e in tal senso immanente nel sistema della giustizia amministrativa comprensivo del rimedio del ricorso straordinario, trova logica applicazione anche nel caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale, atteso il carattere, definitorio della controversia stessa, del relativo provvedimento giustiziale, insuscettibile di annullamento, revoca o riforma da parte dell'amministrazione interessata». In senso contrario cfr. Cass., S.U., 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. civ.*, 2011, 826, che esclude l'applicabilità del regime della sospensione *ex art. 295* cod. proc. civ., poiché si determinerebbe, nel caso di specie, non l'instaurazione di un giudizio, ma l'attivazione di un procedimento amministrativo.

ne per colmare eventuali lacune istruttorie o per rivalutare alcuni esiti istruttori apparentemente contraddittori, allo stesso modo il Consiglio di Stato può disporre la regressione del procedimento e restituire gli atti all'Amministrazione per consentire l'accesso quando emergano fatti nuovi e nuove esigenze processuali<sup>34</sup>.

In definitiva, l'aspetto saliente di quanto sopra accennato è il fatto che l'attività istruttoria viene comunque valutata e fatta propria dall'organo giurisdizionale<sup>35</sup> (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo "filtro", confluisce in un provvedimento giurisdizionale<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. riunite, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Urb. e app.*, 2012, 1051 ss., con nota di MORELLI. È noto che anche il Presidente della Repubblica, prima di "ratificare" la decisione, può chiedere un riesame. Insomma, riprendendo il parallelismo indicato nel testo, anche nel procedimento penale è possibile rinvenire un'attività istruttoria svolta (non su delega ma) d'iniziativa propria di un organo amministrativo (la polizia giudiziaria): tale attività (nella fase iniziale caratterizzata dall'assenza di contraddittorio – come nel caso di ricerca della prova durante le indagini, di investigazioni di P.G., di acquisizione di sommarie informazioni, ecc. – e dal segreto istruttorio) viene, poi, utilizzata – soprattutto, come detto, nei riti alternativi – ai fini di una decisione, la quale è senza dubbio espressione di una funzione giurisdizionale. L'aspetto saliente del profilo in esame è il fatto che l'attività istruttoria è comunque valutata e fatta propria dall'organo giurisdizionale (C.d.S. o giudice penale) e, attraverso questo "filtro", viene fatta confluire in un provvedimento giurisdizionale. Del resto, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la citata sentenza 19 dicembre 2012, n. 23464 hanno espressamente riconosciuto al decreto presidenziale, emesso – su conforme parere del C.d.S. – nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura giurisdizionale: in altri termini, nell'ambito in esame l'adozione del parere del Consiglio di Stato è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale. La stessa pronuncia delle S.U. rileva anche come il decreto presidenziale potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere: tuttavia, questo residuo elemento formale, che connota la struttura ancora composita del ricorso straordinario (per le sue sopraindicate origini storiche), non pregiudica affatto la sua sostanziale natura giurisdizionale.

<sup>35</sup> Anche DE LISE, relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013, ritiene che il decreto decisivo del Presidente della Repubblica (adottato in sede di ricorso straordinario) ha una natura dichiarativa di quello che nella sostanza ha già deciso il Consiglio di Stato, il quale è unico ed è organo giurisdizionale. Nello stesso senso cfr. CARINGELLA, Relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

<sup>36</sup> Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 23464 hanno espressamente riconosciuto al decreto presidenziale, emesso – su conforme parere del C.d.S. – nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura giurisdizionale: in altri termini, nell'ambito in esame l'adozione del parere del Consiglio di Stato è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale. La stessa pronuncia delle S.U. rileva anche come il decreto presidenziale potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere: tuttavia, questo residuo elemento formale, che connota la struttura ancora composita del ricorso straordinario (per le sue sopraindicate origini storiche), non pregiudica affatto la sua sostanziale natura giurisdizionale. Tuttavia, F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, ritiene che nell'ipotesi indicata nel testo si sia in

Sembra, quindi, possibile assimilare non formalmente ma sostanzialmente la decisione adottata in sede di ricorso straordinario a quella emessa all'esito del giudizio innanzi al giudice amministrativo<sup>37</sup>, in considerazione del fatto che in entrambe le ipotesi la decisione costituisce il momento conclusivo dell'esercizio della giurisdizione.

In altri termini si può fondatamente ritenere il d.P.R. che definisce il ricorso straordinario un atto di mera esternazione della decisione giurisdizionale assunta dal Consiglio di Stato<sup>38</sup>.

Non senza rilievo in tale contesto è la netta diversità (strutturale e funzionale)<sup>39</sup> oggi esistente tra i tipici ricorsi amministrativi ed il ricorso straordinario<sup>40</sup>.

---

presenza di una decisione «che, per questi vizi (sicuramente ipotetici) attinenti al sub-procedimento amministrativo, può essere impugnata, probabilmente dinanzi al TAR Lazio. È conciliabile questa circostanza con il carattere (sostanzialmente) giurisdizionale del ricorso e della sua decisione?». In ogni caso le stesse Sezioni Unite evidenziano che la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché – dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349/2007) – con il parametro interposto del diritto ad un processo equo *ex art. 6 CEDU*.

<sup>37</sup> Così DE LISE e CARINGELLA nelle rispettive relazioni tenute al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

<sup>38</sup> Non a caso il Consiglio di Stato ha natura di organo giurisdizionale anche quando esprime il proprio parere nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato: cfr. in tal senso le pronunce di Cons. Giust. Amm. Sic., 21 marzo 2011, n. 242 e di Cons. Giust. Amm. Sic., 17 gennaio 2011, n. 30. Inoltre, cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 405, secondo cui, inoltre, viene così confermato il carattere giurisdizionale del rimedio, inteso come ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, con rinuncia al doppio grado fondata sull'accordo delle parti per effetto della mancata opposizione della p.a. e dei controinteressati all'iniziativa giustiziale del ricorrente.

<sup>39</sup> 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».

<sup>40</sup> In altre parole se, anziché porsi nell'ottica delle differenze tra l'istituto in esame e il ricorso al giudice amministrativo, ci si pone in quella delle differenze tra il ricorso straordinario ed i tipici ricorsi amministrativi, non si può non prendere atto della distanza siderale tra tali due ultime figure: per nessun tipo di ricorso amministrativo è previsto – tra l'altro – che il C.d.S. emetta un parere vincolante (che in quanto tale «è» la decisione); che si possa sollevare una questione di legittimità costituzionale; che vi possa essere una *translatio iudicii*; che si debba pagare il contributo unificato ecc. (*v. retro*). In effetti, le due succitate figure distano anni luce: sostenere una loro assimilazione contravviene ad ogni regola logica. Il ricorso straordinario non è né deve essere sovrapponibile in tutto al ricorso al TAR, ma ciò non può escludere la sua acquisita natura sostanzialmente giurisdizionale, la quale non è appannaggio esclusivo del ricorso al giudice amministrativo. Certo, quest'ultimo costituisce una delle principali *species* del più ampio *genus* del ricorso giurisdizionale, ma in tale *genus* non può non essere riconosciuta cittadinanza giuridica anche al ricorso straordinario.

Del resto, anche la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale ha messo ben in evidenza come tale istituto abbia ormai perso la propria connotazione puramente amministrativa, acquisendo la natura di rimedio giustiziale «con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle del processo amministrativo»<sup>41</sup>: ciò comporta, secondo il Giudice delle leggi, l'attrazione del ricorso straordinario nell'ambito della giurisdizione limitatamente «ad alcuni profili». Si può, però, fondatamente sostenere che tale limitazione, da un lato, non impedisca la riconduzione dell'istituto in esame tra i rimedi giurisdizionali, dall'altro lato determini solo un ambito di operatività del ricorso straordinario meno ampio rispetto a quello del ricorso al giudice amministrativo: in pratica la sopraindicata limitazione è la diretta conseguenza della peculiare specificità del rimedio in esame<sup>42</sup>.

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

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

In senso contrario è stato autorevolmente obiettato che, se si optasse per la natura "sostanzialmente giurisdizionale" del rimedio in esame, il significato della opposizione dei controinteressati (e delle parti resistenti) non sarebbe più quello di scegliere tra un rimedio giurisdizionale e uno amministrativo, ma quello di scegliere tra due rimedi giurisdizionali (l'uno semplificato e l'altro ordinario), con una conseguente notevole limitazione dell'oggetto del consenso di tutte le parti<sup>43</sup>: l'espressione "sostanzialmente giurisdizionale"<sup>44</sup> da un lato lascerebbe intendere l'impossibilità di sostenere la tesi della natura effettivamente giurisdizionale, dall'altro lato introdurrebbe una distinzione tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, che è giustificabile in altri sistemi giuridici – co-

---

<sup>41</sup> Così Cort. cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4-5.

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

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

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

me quello francese<sup>45</sup> – ma non nel nostro, in considerazione della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale<sup>46</sup>.

Queste raffinate considerazioni non sembrano, però, trovare l'avallo della sopraindicata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale<sup>47</sup>, la quale ha determi-

---

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

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

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

nato da un lato la formale consacrazione – nella materia in oggetto – della teoria della “giurisdizionalizzazione *sostanziale*”, dall’altro lato il definitivo superamento della connotazione di «antico ricorso amministrativo»<sup>48</sup> attribuita in passato dalla stessa Consulta al rimedio in esame, con conseguente attrazione di quest’ultimo nell’ambito della giurisdizione amministrativa<sup>49</sup>. Pertanto, nell’ambito in esame, analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti (come ad esempio in quello olandese<sup>50</sup>, 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 decreto<sup>51</sup>, fa proprio il contenuto del parere in funzione di controllo formale di legalità<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> In questi termini Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73, cit., 4.

<sup>49</sup> POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, cit., 4, sostiene che con la succitata sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale vi è stata la «consacrazione della teoria sostanzialistica sancita da Adunanza Plenaria e Corte di Cassazione ... e per conseguenza, l’attrazione del ricorso straordinario nella materia (o “oggetto”) “giurisdizione amministrativa”».

<sup>50</sup> Nell’attuale ordinamento giudiziario un vero e proprio potere giurisdizionale il Presidente della Repubblica lo esercita in relazione agli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari, potendo presiedere la Sezione disciplinare del C.S.M., che emette pronunce giurisdizionali (art. 1, legge n. 1/1981). Invece, nell’ambito amministrativo, il Capo dello Stato, come detto, continua ad esercitare – in funzione di garanzia della legalità – il potere decisorio relativo all’istituto in esame, del tutto compatibile con la Costituzione. Insomma, in ossequio al principio di effettività della tutela il ricorrente può avvalersi o dei due gradi del giudizio (TAR in primo grado e Consiglio di Stato in secondo grado) o di un solo grado col ricorso straordinario, impregiudicata la facoltà di trasposizione della lite innanzi al TAR. Come è noto, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato che il principio del doppio grado rileva quando in primo grado si pronuncia il giudice istituito ai sensi dell’art. 125 della Costituzione, mentre gli articoli 100 e 103 della Costituzione collocano il Consiglio di Stato al vertice di un sistema nel quale può esservi un grado del giudizio: Corte cost. ord. 31 marzo 1988, n. 395, est. Caianiello.

<sup>51</sup> Bisogna rilevare che la natura della decisione adottata in sede di ricorso straordinario si fonda sui peculiari precedenti storici di quest’ultimo. Infatti, nel nostro sistema – derivante da quello francese tramite il Regno di Sardegna – il Capo dello Stato, finché fu istituita la Corte di Cassazione, aveva esercitato la funzione di giustizia di ultima istanza non solo nel settore civile e in quello penale, ma anche in materia amministrativa con le decisioni dei ricorsi straordinari. Inoltre, aveva esercitato – anche nello Stato unitario – il potere di decidere i conflitti per effetto della legge piemontese 7 novembre 1859, n. 3705 che venne sostituita dalla legge del 1865, allegato D, attribuendo tale potere al Consiglio di Stato.

<sup>52</sup> Sul punto cfr. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2380, che si chiede quale ruolo possa avere il Presidente della Repubblica una volta che la decisione del ricorso è totalmente affidata al Consiglio di Stato: «si tratta di un ruolo esclusivamente volto a conferire forma di decreto e ad esternare la decisione del ricorso, ovvero residua un potere di verifica della legittimità formale della decisione stessa? Se, ad esempio, il ricorso non fosse stato notificato a tutti i controinteressati, e la Sezione non se ne fosse accorta, potrebbe il Presidente richiamare l’attenzione del Consiglio di Stato sulla violazione del principio del contraddittorio? La soluzione negativa mortifica il ruolo del Presidente; la soluzione positiva impedisce che la decisione del ricorso sia interamente concentrata nel “parere” del Consiglio di Stato».

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

Nonostante l'indubbia rilevanza nel contesto in esame dei principi del contraddittorio e del giusto processo, è altrettanto indubbio che la natura giurisdizionale non presupponga necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei sopra-indicati principi<sup>53</sup>: l'eventuale violazione di questi può legittimare un intervento della Consulta, del Legislatore o (a determinate condizioni) dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza, ma non può, di per sé, giustificare, un giudizio di esclusione della natura giurisdizionale della decisione adottata in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, soprattutto in considerazione del fatto che relativamente a quest'ultimo può dirsi sussistente un rispetto almeno "minimale" dei sopra-indicati principi. Ciò si desume, anzitutto, dall'art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971 che – a pena di inammissibilità, diversamente da quanto previsto nella stessa normativa per il ricorso gerarchico – impone la notifica del ricorso straordinario ad almeno uno dei controinteressati, ai quali lo stesso art. 9 consente di presentare deduzioni e memorie e di proporre ricorso incidentale, ampliando in questo modo il *thema decidendum*, analogamente a quanto accade dinanzi al giudice amministrativo.

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

È stato obiettato che l'art. 49 del r.d. n. 444/1942 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato) esclude, nell'ambito in esame, l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti. Tuttavia, le linee evolutive dell'intera disciplina giuridica del ricorso straordinario non sembrano precludere la possibilità della creazione di una prassi giurisprudenziale nel senso della fissazione di un'udienza pubblica per la discussione orale.

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

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Sebbene il comma 3 dello stesso art. 10 limiti ai soli vizi di forma o di procedimento l'impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato della decisione finale, i controinteressati possono far valere anche motivi di carattere sostanziale, nei casi in cui non abbiano potuto chiedere – perché pretermessi – la trasposizione in sede giurisdizionale (art. 10, comma 1, cit.): viene, così, garantita – non diversamente da quanto accade in sede di opposizione di terzo nel giudizio amministrativo – l'effettività del principio per cui una pronuncia non può pregiudicare chi non è stato parte e, quindi, non si è potuto difendere nel processo (art. 24 Cost.).

st'ultima potrebbe trovare fondamento anche nell'art. 15, d.P.R. n. 1199/1971 (relativo alla possibilità di impugnare per revocazione il decreto decisorio del ricorso straordinario): quindi, ben prima delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 era possibile sostenere la natura sostanzialmente giurisdizionale del parere emesso dal Consiglio di Stato nell'ambito in esame, costituendo la revocazione un rimedio tipico degli atti giurisdizionali<sup>55</sup>.

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

L'adesione all'orientamento favorevole alla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario apre – come anticipato all'inizio del par. 1 – nuovi orizzonti<sup>56</sup>.

Anzitutto, sembrano perdere consistenza gli argomenti contrari all'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato: in particolare, tale azione non sembra poter essere preclusa, come sostiene l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, dall'asserita strutturazione dell'istituto in esame come rimedio a carattere impugnatorio<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Non sono meritevoli di accoglimento anche gli ulteriori argomenti relativi ad un'asserita violazione degli artt. 102 e 125 Cost., richiamati dall'orientamento contrario alla giurisdizionalizzazione del rimedio in esame. Infatti, in senso contrario si rileva – oltre alla summenzionata ampia facoltà di opposizione – che la Consulta ha più volte escluso la copertura costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione. Poi, per quanto riguarda l'art. 102, comma 2, Cost., si ritiene che – analogamente al percorso seguito dalla Corte costituzionale in ordine alle Commissioni tributarie, ritenute di natura giurisdizionale solo dopo la nota riforma del 1972 – l'eliminazione da parte della legge n. 69/2009 di quanto non era compatibile con la funzione giurisdizionale ha comportato la possibilità di ricondurre la decisione del ricorso straordinario nella garanzia costituzionale del primo comma dell'art. 103 Cost., che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

<sup>56</sup> Per quanto riguarda gli effetti della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sull'ambito di operatività di quest'ultimo, sia consentito di rinviare al cap. II di TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit. È bene sottolineare che non solo si deve escludere che l'ampliamento di tale ambito di operatività comporti da parte del ricorso straordinario una perdita della sua specificità o, addirittura, della sua ragion d'essere, ma si deve anche evitare di incorrere nell'eccesso opposto, asserendo un indiscriminato ampliamento.

<sup>57</sup> Sostiene Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3224, che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può avere ad oggetto la sola domanda costitutiva di annullamento di un provvedimento amministrativo e non la domanda di accertamento di un diritto soggettivo o di condanna al pagamento di somme, quand'anche in materia oggetto di giurisdizione esclusiva amministrativa. Pur tuttavia, la domanda proposta con quel ricorso può essere assimilata ad una vera e propria domanda giudiziale, in quanto comunque consistente in un rimedio di giustizia connotato dai caratteri essenziali del contraddittorio, della terzietà, dell'imparzialità, e ormai riconosciuto anche come assistito dalla coercibilità mediante il giudizio d'ottemperanza. La stessa pronuncia ha anche evidenziato che, sebbene il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisca un rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale e di più ristretta latitudine circa le azioni esperibi-

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

Inoltre, per affermare l'ammissibilità dell'azione risarcitoria anche nell'ambito del ricorso straordinario<sup>58</sup> sussistono evidenti esigenze legate sia al principio di alternatività sia a ragioni di economicità e concentrazione della tutela.

Per quanto riguarda in particolare il principio di alternatività<sup>59</sup>, essendo ormai ammessa l'azionabilità in sede giurisdizionale amministrativa del rimedio risarcitorio, non sembra si possa escludere l'esperibilità di tale azione anche attraverso il rimedio, alternativo a quello giurisdizionale, del ricorso straordinario. Del resto, la riforma del 2009 ed il codice del 2010 si muovono nella direzione di un'alternatività piena tra il rimedio ordinario e quello straordinario<sup>60</sup>.

---

li, la giurisprudenza è andata progressivamente sottolineando la sostanziale equivalenza e l'assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale (riforma della sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 3850/2010). Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, ha affermato che il ricorso straordinario al Capo dello Stato costituisce un rimedio giustiziale che si colloca in simmetria alternativa con quello giurisdizionale ancorché di più ristretta praticabilità quanto al novero delle azioni esperibili. Tra le tante pronunce che escludono l'azione finalizzata al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi in sede di ricorso straordinario cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 dicembre 2006, n. 3994, in *www.giustizia-amministrativa.it*. e Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255, in *Foro amm. – CdS*, 2010, 1701, con nota di COCOZZA. Quest'ultima pronuncia, nel ribadire la tesi tradizionale della inammissibilità di una domanda di risarcimento dinanzi al Capo dello Stato, ha sottolineato come il ricorso straordinario costituisca un rimedio giustiziale di carattere essenzialmente impugnatorio, volto ad accordare una tutela riparatoria contro atti amministrativi definitivi, "alternativo" alla ordinaria azione dinanzi al G.A.: il rimedio in esame, secondo la pronuncia succitata, offre una tutela che si esplica in una decisione costitutiva e di annullamento del provvedimento di cui ne venga accertata la contrarietà all'ordine giuridico, con la conseguenza che il risarcimento degli eventuali danni rimane estraneo all'ambito di cognizione ammesso in sede di ricorso straordinario ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

<sup>58</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2650; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Foro amm.*, 2000, 2; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036; Cons. Giust. Amm. Sic., S.U., 19 febbraio 2008, n. 409/07.

<sup>59</sup> Afferma POZZI, *Ricorso straordinario ed effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che l'azione risarcitoria (contrattuale o aquiliana) non è propriamente un'azione di accertamento, se non nel generale senso per cui ogni tipo di giudizio (anche quello di impugnatorio) ha come presupposto un accertamento giudiziale della conformità della fattispecie dedotta in lite con quella astrattamente prevista dal Legislatore.

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

Per quanto riguarda, poi, le esigenze di concentrazione processuale che hanno portato il Legislatore a riformare negli ultimi anni il processo amministrativo proprio nell'ambito della tutela risarcitoria (cfr. art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e art. 7, comma 4, legge n. 205/2000), è evidente che sarebbe privo di senso reintrodurre di fatto, solo per il rimedio in esame, il criterio del c.d. doppio binario, incentrato – come è noto – su due distinti momenti: quello dell'annullamento in sede straordinaria e quello (successivo) del risarcimento in sede giurisdizionale: si verrebbe a far rientrare dalla finestra ciò che il Legislatore ha voluto cacciare dalla porta proprio per evidenti esigenze di concentrazione e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori<sup>61</sup>.

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

Anche l'attuale dimensione funzionale del principio in base al quale il giudice amministrativo conosce di tutte le questioni risarcitorie proposte nell'ambito della sua giurisdizione (art. 7, cod. proc. amm.), ha un suo rilievo nel contesto in esame, consentendo di sostenere la configurabilità della sopraindicata azione di risarcimento dei danni, per effetto dell'alternatività e della fungibilità del ricorso straordinario rispetto al ricorso innanzi al giudice amministrativo.

L'esclusione, poi, da parte del Legislatore (art. 3, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53) dell'utilizzabilità del ricorso straordinario nella materia relativa alle procedure di gara pubblica andava meglio meditata<sup>62</sup>. Infatti, la giurisdizionalizzazione e la sua

---

si vede come mai, in un regime di piena alternatività, la fruibilità di tale ulteriore strumento di tutela debba essere limitata al solo ricorso ordinario» (*op. cit.*, 5). Lo stesso A. afferma che il provvedimento fonte del danno, non impugnato in sede giurisdizionale innanzi al TAR per decorso del termine di decadenza, non può considerarsi inoppugnabile: infatti, di esso si può ancora richiedere l'annullamento con il ricorso straordinario. Invece, elasso il termine di centoventi giorni, di massima non è attingibile né la tutela demolitoria né quella risarcitoria. Sul punto GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in *www.giustamm.it*, ha autorevolmente osservato: «una volta che si attesti l'inoppugnabilità al decorso dei 120 giorni, risulterebbe ricompresa in essa non solo il concetto di impossibilità di impugnazione, ma anche quello – più sostanziale – della definitiva incontestabilità dell'atto, quale che sia il fine (caducatorio o risarcitorio) di tale contestazione: sicché verrebbe meno la risarcibilità del provvedimento inoppugnabile che ... è stata una delle principali ragioni portate a sostegno dell'autonomia dell'azione risarcitoria».

<sup>61</sup> Afferma A. CARBONE, *Corte costituzionale*, cit. 33, che nell'ambito in esame la generalizzazione dei soggetti legittimati all'opposizione e l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza sembrano giustificare l'introduzione di nuove azioni.

<sup>62</sup> Sul punto molto chiara è la posizione di POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 16: «se per il contenzioso elettorale l'esclusione si spiega con la particolare natura "d'urgenza" dello stesso (art. 130, comma 2, lett. a, cod. proc. amm.) – a proposito: ma non s'era detto che il ricorso straordinario si giustifica per la sua celerità? – altrettanto non può dirsi degli appalti, il cui rito con termini abbreviati è comune ad altri contenziosi pur attivabili con ricor-

conseguente collocazione tra i riti speciali, oltre alla sua natura di rimedio particolarmente utile e semplice, avrebbero consigliato non già la radicale soppressione del rimedio in esame relativamente alle procedure di gara pubblica, ma una più veloce rimodulazione del procedimento di decisione dei ricorsi straordinari almeno in tale ultima materia.

In ogni caso, malgrado le lacune citate e la previsione dell'obbligo del c.d. contributo unificato per effetto dell'art. 33 legge n. 111/2011, si può fondatamente sostenere che quello in esame sia ancora un rimedio utile ed economicamente vantaggioso<sup>63</sup>.

Non vi è dubbio che le sopraindicate lacune impongano in tempi brevi una riforma normativa che possa rendere effettivi, anche nell'ambito in esame, i principi del contraddittorio e del giusto processo. Nell'attesa di tale urgente riforma è preferibile apportare in via interpretativa alcuni correttivi, come – ad esempio – la configurabilità, quale diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio del diritto di difesa in giudizio, di un obbligo di ostensione degli atti in capo all'Amministrazione procedente, a prescindere da una espressa istanza della parte<sup>64</sup>.

---

so straordinario (art. 119 cod. proc. amm.)». Anche BENETAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit., 52, ritiene incoerente la previsione dell'art. 120, comma 1, cit., che – pur avendo l'obiettivo di una celere definizione delle controversie in tale settore – priva la materia degli appalti pubblici di un importante strumento deflativo del contenzioso giurisdizionale amministrativo. Ritiene, invece, QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, cit., 5, che la disposizione succitata avrebbe il pregio di riconoscere la competenza del codice di ricomprendere anche il ricorso straordinario all'interno dell'intervento di riordino normativo nell'ambito del processo amministrativo, ancorché la delega facesse riferimento espresso al processo avanti ai Tribunali Amministrativi Regionali ed al Consiglio di Stato.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> Invece, la pronuncia 7 maggio 2012, n. 2131 delle Sezioni Riunite del Consiglio di Stato, in *Urb. e app.*, 2012, 1054, ha affermato l'esistenza del diritto di accesso agli atti solo per la parte che effettivamente lo abbia richiesto ed ha escluso che tale diritto possa assumere carattere officioso. Pertanto, i documenti acquisiti e gli eventuali atti defensionali, già depositati dalle altre parti anteriormente all'esito dell'istruttoria, sono conoscibili solo a mezzo di apposita istanza di accesso: tale

In altri termini si può ritenere configurabile, accanto all'interesse *in re ipsa* all'accesso agli atti a fini difensivi, anche una sorta di dichiarazione tacita – da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato – di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità<sup>65</sup>.

---

istanza, senza forme particolari o sacramentali, può essere presentata contestualmente al ricorso ovvero nel corso dell'istruttoria, ma non dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività, in quanto, per economia dei mezzi, il contraddittorio tra le parti deve necessariamente concludersi nell'ambito della fase istruttoria, che si svolge innanzi all'Amministrazione. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione che, alla luce di quanto sopra accennato, risulta non condivisibile anche in considerazione dell'improbabile asserita violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.) ad opera di un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto. Tuttavia, secondo Cons. Stato, S.U., 7 maggio 2112, n. 2131, cit., l'accesso indiscriminato richiamato nel testo comporterebbe un indubbio – e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale. Più in generale, si sostiene che l'equiparazione al processo non è completa e totale. In secondo luogo, il diritto di difesa in giudizio si esplica nelle norme processuali che prevedono la difesa tecnica ed le regole del contraddittorio processuale, mentre il diritto di difesa, nel procedimento per ricorso straordinario, va modulato in relazione alle caratteristiche dell'istruttoria officiosa di competenza dell'Amministrazione ministeriale. Nel senso dell'ampio accesso, avallato da chi scrive, sembra deporre anche quella parte della succitata pronuncia n. 2131/2012 in cui si fa riferimento al dovere dell'amministrazione di comunicare il momento conclusivo dell'attività istruttoria con i relativi esiti (e cioè la relazione *ex art.* 11, comma 1, d.P.R. n. 1191/1971) non soltanto a coloro che abbiano effettivamente dichiarato di voler accedere a tali atti, ma «a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario». È opportuno rilevare che se rimane inesa la rituale richiesta di accesso agli atti del procedimento, si determina un vizio del procedimento, che può essere denunciato in sede giurisdizionale. In ogni caso il Consiglio di Stato deve sospendere la propria pronuncia fino all'intervenuta comunicazione dei documenti ed al decorso di termini per le eventuali controdeduzioni. Anche nel caso di omessa trasmissione al Consiglio di Stato, da parte dell'Amministrazione incaricata di istruire il ricorso, della memoria difensiva prodotta dal controinteressato si determina un vizio rilevabile con ricorso giurisdizionale. In questo caso Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2002, n. 2428, ha affermato che il parere espresso dal Consiglio di Stato è viziato per errore di fatto, consistente nella supposta inesistenza della memoria stessa, positivamente risultante dagli atti di causa: tale errore di fatto consente la proposizione di un ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., espressamente richiamato dall'art. 15 del d.P.R. n. 1199/1971. Secondo Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2000, n. 1430, è in questo caso precluso, da parte dell'Organo Consultivo, l'esame delle controdeduzioni alla relazione ministeriale prodotte direttamente dall'interessato, atteso che, ai sensi dell'art. 49, comma 2, r.d. 21 aprile 1942 n. 444, da parte del Consiglio di Stato non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero.

<sup>65</sup> Anche in assenza di una richiesta di accedere agli atti dell'istruttoria, l'Amministrazione deve consentire il relativo accesso, previa fissazione di un termine congruo per l'eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti, identico per tutte le parti: scaduto tale termine deve escludersi un ulteriore accesso alle repliche ed un ulteriore termine per le controrepliche. Tuttavia, il Consiglio di Stato può restituire gli atti all'Amministrazione per permettere l'esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) quando emergano, con la relazione o nel corso dell'istruttoria, fatti nuovi o nuove esigenze processuali di fatto o di diritto, sulle quali sia necessario stabilire un compiuto contraddittorio. Tale regressione può verificarsi anche quando una parte richieda l'accesso agli atti, sia pure tardivamente, oltre il termine di legge previsto per la chiusura dell'istruttoria e dopo la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, sottolineando la necessità di un ulteriore contraddittorio tra le parti processuali. Per evitare un prolungamento indefinito del

L'ampliamento dell'ambito di operatività del ricorso straordinario<sup>66</sup> come conseguenza del riconoscimento della sua natura sostanzialmente giurisdizionale, assume connotazioni davvero rilevanti se si considerano ulteriori importanti aspetti: si pensi all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, della sospensione dei termini nel periodo feriale<sup>67</sup>, dell'applicazione della legge n. 89/2001 (come

---

giudizio, devono ritenersi escluse ulteriori istanze di accesso (successive alla definizione dell'istruttoria) o di concessione di termini ulteriori ovvero di proroghe di quello già assegnato. Nell'ipotesi contraria – secondo la pronuncia indicata nel testo – il procedimento non avrà mai fine o si aprirebbe ad un contraddittorio giurisdizionale analogo a quello di cui all'art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cosa non prevista dalla normativa vigente, la quale deve sempre rimanere rispettosa della scelta giurisdizionale negativa che è stata compiuta da tutte le parti del ricorso straordinario.

<sup>66</sup> Afferma VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *www.lexitalia.it*, che nell'ambito in esame sussiste uno strano paradosso, in quanto il ricorso straordinario, da un lato, anche a seguito delle recenti modifiche, si rafforza, diventando sempre più uno strumento alternativo al rimedio giurisdizionale, equiparabile a quest'ultimo quanto a garanzie e mezzi di tutela (anche per ciò che concerne l'esecuzione delle decisioni emesse in sede straordinaria); dall'altro lato, riduce grandemente la sua portata, con conseguente attribuzione alla terza Sezione del Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. civ., S.U., 31 maggio 2011, n. 11964 (rv. 617633): la sospensione prevista dall'art. 295 cod. proc. civ. non può essere disposta quando il processo pregiudicante venga individuato nella proposizione di ricorso straordinario al Capo dello Stato, determinandosi in quest'ipotesi non l'instaurazione di un giudizio ma l'attivazione di un procedimento amministrativo. Anche TAR Friuli V. Giulia, Trieste, sez. I, 9 febbraio 2012, n. 46, ha affermato che risulta inapplicabile al ricorso straordinario la previsione dell'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, relativa alla sospensione dei termini feriali, riferibile soltanto ai termini processuali. Invero, Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2011, n. 4074, ha affermato che l'istituto della sospensione necessaria del processo, disciplinato dagli artt. 295 e 298 cod. proc. civ., è caratterizzato dallo scopo di prevenire soluzioni configgenti, e non più modificabili, tra distinte liti e si estende anche all'ipotesi in cui il vincolo di pregiudizialità, idoneo a far sorgere il dovere di sospensione, derivi dalla definizione di un procedimento amministrativo per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto la pronuncia resa su ricorso al Presidente della Repubblica, ancorché non rivesta i caratteri formali e sostanziali della sentenza, costituisce comunque un atto di definizione della controversia che non è suscettibile di essere annullato, revocato o riformato dall'Amministrazione ed, inoltre, in forza del principio fondamentale dell'alternatività del ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, svolge un ruolo sostitutivo della decisione del giudice, anche se su un piano diverso, attesa la sua inattitudine a passare in "cosa giudicata" (conferma della sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 11 giugno 2004, n. 1115). Inoltre, Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2011, n. 1926, ha affermato che per la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato è necessario che l'originario ricorrente depositi l'atto di riassunzione presso la segreteria del giudice amministrativo entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione. Tale termine ha natura processuale ed è, quindi, soggetto a sospensione durante il periodo feriale. Anche G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit., 2, rileva che il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario dovrebbe comportare la revisione dell'indirizzo, costante nel tempo, circa l'inapplicabilità al ricorso dell'art. 1 della legge n. 742/1969, sulla sospensione dei termini nel periodo feriale, in quanto riferibile soltanto ai termini processuali: cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009, n. 714/09, in *Rep. Foro it.*, 2009; Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 agosto 2007, n. 3047/07, in *Rep. Foro it.*, 2008; C.G.A., Cons. Stato, S.U., 14 dicembre 1992, n. 539/92, in *Rep. Foro it.*, 1993; Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 1989, n. 577, in *Rep. Foro it.*, 1989; Cons. Stato, sez. III, 4

modificata dal d.l. n. 83/2012) sulla eccessiva durata del processo, della sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ.<sup>68</sup> (nel caso in cui il giudizio civile pendente risulti pregiudicato dalla soluzione di una controversia sorta per effetto di un ricorso straordinario al Capo dello Stato)<sup>69</sup> e della ricorribilità *ex art.* 111 Cost. innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – per i soli motivi inerenti alla giurisdizione – delle decisioni rese nel regime dell'alternatività<sup>70</sup>.

## 7. Conclusioni

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

---

aprile 1978, n. 517/76 e sez. II, 8 febbraio 1978, n. 396/77, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1981. Inoltre, lo stesso A. afferma che la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario dovrebbe comportare l'applicazione della legge Pinto nelle ipotesi, non trascurabili stando alle statistiche, di ricorsi definiti dopo lungo tempo. V. anche *infra* nel testo.

<sup>68</sup> Rileva CARINGELLA, Relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013, che in merito alla sospensione di cui all'art. 295 cod. proc. civ. è inevitabile, una volta riconosciuta la natura giurisdizionale del rimedio in esame, che i problemi di pregiudizialità tra i due giudizi debbano essere affrontati anche con questo rimedio. Lo stesso A. afferma che è erroneo affrontare il problema della nuova veste del ricorso straordinario con il timore dell'omologazione: se il ricorso si giurisdizionalizza, con l'ottemperanza, con la tutela cautelare e con le azioni atipiche non perde la sua specificità o la sua ragion d'essere.

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

<sup>70</sup> Secondo MORELLI, *L'impugnabilità in Cassazione del decreto sul ricorso al Capo dello Stato ne consacra il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità*, in *Urb. e App.*, 2013, n. 4, 400 ss., col riconoscere l'impugnabilità in Cassazione, *ex art.* 362 cod. proc. civ., del decreto presidenziale emesso in sede di ricorso straordinario, si è determinato il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità. Ciò, secondo l'A., ha determinato anche un possibile sopravvenuto contrasto del rimedio di cui al citato art. 362 con il precetto costituzionale dell'eguaglianza, per il profilo della non consentita ricorribilità in Cassazione delle decisioni del giudice amministrativo, incidenti su diritti soggettivi, anche per vizi di violazione di legge.

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

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

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

---

<sup>71</sup> Afferma CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 406, che ormai il ricorso straordinario è diventato un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa: «trattasi, in definitiva, di un rito speciale in unico grado, frutto della libera scelta delle parti del giudizio».