

20 DICEMBRE 2017

Riflessioni sulla natura del ricorso
straordinario al Presidente della
Repubblica e sulle sue dirette
implicazioni

di Sergio Pignataro

Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"



Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni *

di Sergio Pignataro

Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Sommario: 1) Il dibattito sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato sviluppatosi in passato; 2) Le novità legislative dell'ultimo decennio e le caratteristiche del rimedio; 3) La tesi della intervenuta "giurisdizionalizzazione" dell'istituto e gli argomenti a favore della sua perdurante natura amministrativa; 4) Brevi considerazioni conclusive e di ordine costituzionale

1) Il dibattito sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato sviluppatosi in passato

L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹ e le principali questioni giuridiche connesse costituiscono una delle tematiche della giustizia amministrativa più dibattute e controverse negli studi della dottrina e nell'elaborazione della giurisprudenza, specie degli ultimi decenni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In argomento la bibliografia è sterminata. Tra gli scritti dedicati *ad hoc* (anche in relazione a specifici e limitati aspetti), v. P.G. LIGNANI, *Il ricorso straordinario tra diritto ed equità*, in *Foro amm.*, 1980, II, pp. 534 ss.; G. GRECO, *Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell'amministrazione resistente*, in *Le Reg.*, 1982, pp. 1156 ss.; G. VACIRCA, *Appunti sul contraddittorio nel ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, I, pp. 237 ss.; G. LANDI, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, I, pp. 281 ss.; A. DE ROBERTO, *Ricorso straordinario e alternative*, in *Riv. amm.*, 1983, pp. 289 ss.; R. IANNOTTA, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, I, pp. 281 ss.; F. CERRETINI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Amm. it.*, 1984, pp. 1505 ss.; T. ANCORA, *Riconsiderazioni dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, II, pp. 1383 ss.; G. VACIRCA, *Decisione del ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale dal controinteressato pretermesso*, in *Foro amm.*, 1986, I, pp. 1744 ss.; C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica fra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 674 ss.; G. SILVESTRI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato, garanzie dei cittadini e autonomia regionale: una compatibilità difficile*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 1018 ss.; F.M. ETTORE, *Le nuove frontiere del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nuova Rass.*, 1988, pp. 681 ss.; G. PALEOLOGO, voce *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, pp. 1 ss.; G. FERRARI, *Brevi note in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Riv. amm.*, 1991, pp. 2143 ss.; M. FILIPPETTO, *Istituto del ricorso straordinario. Riesame del parere del Consiglio di Stato e revocazione del decreto decisivo: analogie e difformità. Brevi considerazioni sulla decisione contraria rispetto al parere del Consiglio di Stato*, in *Riv. amm.*, 1992, pp. 425 ss.; C.E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 548 ss.; G. MIGNEMI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e Autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 1995, II, pp. 2460 ss.; A. TRAVI, *Alternative fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 123 ss.; ID., voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 421 ss.; G. PALEOLOGO, *Il ricorso straordinario, oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 383 ss.; M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: Il parere per la decisione dei ricorsi straordinari*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 144 ss.; N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 Cod. proc. civ. ai rapporti tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 549 ss.; G. FERRARI, *Motivi aggiuntivi al ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 140 ss.; F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio*

d'ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 805 ss.; F. SBRANA, G.P. JARICCI, *L'ottemperanza alle decisioni del Capo dello Stato*, in *Cons. Stato*, 2001, II, pp. 117 ss.; G. MATUCCI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e profili di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 231 ss.; R.E. IANIGRO, G. MESCIA, *L'inottemperanza ai decreti del Capo dello Stato decisori dei ricorsi straordinari*, in *Cons. Stato*, 2002, II, pp. 1302 ss.; M. SANTORO, *Inammissibilità del giudizio d'ottemperanza nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Cons. Stato*, 2002, II, pp. 1319 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e Amministrazioni indipendenti*, *Riv. amm.*, 2002, pp. 393 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 61 ss.; L. BUSICO, *L'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti del Capo dello Stato decisori dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2003, pp. 1467 ss.; M. CECCHINI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso per l'ottemperanza: il difficile equilibrio fra tutela effettiva e coerenza con il "sistema"*, in *I T.A.R.* 2003, I, pp. 3977 ss.; A.L. TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2003, pp. 3874 ss.; ID., *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2004, pp. 2461 ss.; A. POZZI, *Ricorso straordinario ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2249 ss.; E. D'ARPE., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, pp. 3224 ss.; P. GRASSANO, *Del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Nuova Rass.*, 2004, pp. 351 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 691 ss.; M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2249 ss.; A. POZZI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giur. dir. amm.*, 2005, pp. 652 ss.; P. LOCCI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (economicità del rimedio, speditezza, tutela dei diritti soggettivi, giudizio d'ottemperanza)*, in *Nuova Rass.*, 2005, pp. 1663 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di "giudizio": la Corte costituzionale e l'"Ircocervo"*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 2149 ss.; A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2005, pp. 3068 ss.; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio d'ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, pp. 3737 ss.; P.L. LODI, *Il Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - Rassegna della più recente giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005; N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 779 ss.; N. SAITTA, *Problemi veri e falsi del ricorso straordinario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, pp. 773 ss.; M. ASPRONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: spunti di riflessione*, in *Nuova Rass.*, 2007, pp. 1645 ss.; M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 1313 ss.; S. TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. CDS*, 2008, pp. 3150 ss.; L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 1285 ss.; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2009, pp. 2664 ss.; A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, pp. 1619 ss.; M. CALABRO', *La presunta natura ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove auton.*, 2009, pp. 113 ss.; F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)*, in *Foro amm. CDS*, 2009, pp. 1601 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 della L. n. 69 del 2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009; S. PIGNATARO, *Prospettive attuali della decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con specifico riferimento al profilo dell'esecuzione coattiva*, in *Giurisd. amm.*, 2009, IV, pp. 13 ss.; G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la L. n.69 del 2009, alla luce di una monografia sul tema*, in www.giustamm.it, 2010; F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato nella Legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 184 ss.; P. QUINTO, *Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 2720 ss.; F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del "nuovo" ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 2828 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la L. n. 69 del 2009, Notazioni a margine di TAR Lazio, Roma, Sez. I, sent. 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; G. MARTINI, *Il "ricorso straordinario" al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. n. 69 del 2009*, in www.giustamm.it, 2010; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 214 ss.; G. MORANO, *Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica, novità legislative e osservazioni giurisdizionali*, in www.altalex.it, 2010; L. 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; F. FRENI, *Tanto tuonò...Impressioni a prima lettura a margine di Cass. cin., SS. UU., sent. 28 gennaio 2011, n. 2065*, in www.giustamm.it, 2011; M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 552 ss.; A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it, 2011; L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in www.federalismi.it, 2011; P. QUINTO, *Le Sezioni unite: la "giurisdizionalità" del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in www.giustamm.it, 2011; G. MANCOSU, *Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in www.federalismi.it, 2011; A. IACOPINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato tra giurisdizionalizzazione ed effettività della tutela*, *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 953 ss.; G. CREPALDI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 891 ss.; S. MORELLI, *Accesso agli atti e implementazione del contraddittorio nella fase istruttoria del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 1051 ss.; C. BENETTAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 2012; G. D'ANGELO, *Consiglio di Stato e "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2012, III, pp. 534 ss.; ID., *Ricorso straordinario e giudizio d'ottemperanza: il "revirement" della Cassazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2012, I, pp. 749 ss.; F. D'ORO, *L'esperibilità del ricorso di ottemperanza per l'attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 374 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2374 ss.; A. TRAVI, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, p. 483 ss.; P. GOTTI, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2013, pp. 2592 ss.; S. 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, pp. 400 ss.; 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; M. MACCHIA, *Il ricorso straordinario dà luogo ad un processo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 60 ss.; A. DAPAS, L. VIOLA, *L'ottemperanza alle decisioni dei ricorsi straordinari spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza plenaria*, in *Urb. e app.*, 2013, pp. 780 ss.; P. QUINTO, *Le Sezioni unite certificano "la funzione giurisdizionale" del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it, 2013; I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, pp. 803 ss.; A. AULETTA, *Sulla competenza a decidere il ricorso per l'ottemperanza del decreto presidenziale che decide su un ricorso straordinario*, in www.neldiritto.it, 2013; G. FERRARI, *Alternatività tra il ricorso giurisdizionale e il ricorso straordinario al capo dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 759 ss.; F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 1476 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un istituto irrisolto*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1982 ss.; M.T. SEMPREVIVA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 636 ss.; F. GAFFURI, *La Consulta afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 758 ss.; A. POZZI, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in www.giustamm.it, 2014; E. GRILLO, *Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 23464 del 2012*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 265 ss.; A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in www.giustamm.it, 2014; ID., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 224 ss.; A. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it, 2014; L. VIOLA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm. CDS*, 2014, pp. 715 ss.; S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'Ircervo esiste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1177 ss.; A. FERRARA, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura e confini. L'iter e l'approdo (Corte cost., sent. 2 aprile 2014, n. 73)*, in www.lexitalia.it, 2014; F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 669 ss.; C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015. V., anche, G. URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, pp. 416 ss., e in P. TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: Atti del Convegno, Roma, 9 ottobre 2015*, Torino, 2015, pp. 136 ss.

Tra i più brevi scritti, contenuti in trattazioni generali sulla giustizia amministrativa, v. L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 2003, pp. 4445 ss.; A. MORBIDELLI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in G.

La questione centrale, tuttora in bilico, verte sulla natura da attribuire al decreto presidenziale decisivo, ovvero al parere del Consiglio di Stato che lo indirizza in maniera assolutamente “determinante”; questione che si rivela importante, non solo dal punto di vista teorico, ma anche e soprattutto per quelli che sono i relativi riflessi sul piano concreto.

Un altro interrogativo che si è posto in maniera particolarmente pressante in passato, attirando l'attenzione degli studiosi e degli operatori del settore, riguardava la possibilità o meno di attuare il decreto decisivo, in tutto o in parte, favorevole al privato, tramite il giudizio di ottemperanza al giudicato. Quest'ultimo aspetto, che può ritenersi connesso alla natura del decreto decisivo, ma non necessariamente consequenziale, è stato risolto affermativamente in sede normativa, dal codice del processo amministrativo di cui al Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104², pur restando problematico per alcuni profili interpretativi ed applicativi.

MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, pp. 1166 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GIOVAGNOLI, V. POLI, *Manuale di giustizia amministrativa*, tomo II, Roma 2008, pp. 1033 ss.; F. SAITTA, *Il ricorso straordinario*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1291 ss.; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 653 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 9 ss.; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2015, pp. 899 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, pp. 161 ss.; O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, *Il “processo” davanti al Presidente della Repubblica: il ricorso straordinario*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, Roma, 2017, pp.783 ss..

Il tema è stato approfondito nell'ultimo decennio in alcuni studi monografici. V., a riguardo, G.P. JARICCI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2007; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giurisdizionale*, Milano, 2008, e, dopo la L. n. 69 del 2009, S. MORELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: aggiornato con la Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2010; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la Legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, 2010; G.P. JARICCI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2011. Ancora più di recente v. P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; ID. (a cura di), cit., *passim*.

² Su tale testo legislativo (ripetutamente modificato ed integrato), v., tra gli altri, E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo: Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104, commento articolo per articolo*, Torino, 2010; G. PALLIGGIANO, U.G. ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo: prima lettura sistematica del Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104*, Milano, 2010; G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo: Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104 commentato e annotato con la giurisprudenza*, Padova, 2010; A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011; R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011; M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011; B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), cit., *passim*; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012; M. DE PAOLIS, *Il processo amministrativo: aggiornato al D. L.vo n. 195 del 2011*, Padova, 2012; F. FRENI, P. CLARIZIA (a cura di), *Il processo amministrativo nella giurisprudenza: commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice: le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al codice (Decreto Legislativo 15 novembre 2011, n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 2012; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2013; G.P. CIRILLO (cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XLII, Padova, 2014; R. DE NICTOLIS (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017. V., pure, E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, Napoli, 2014. Un'analisi puntuale di alcune problematiche sottese al codice del processo amministrativo, oggetto, per lo più, di pronunce

Le innovazioni legislative intervenute tra il 2009 e il 2011 avrebbero, secondo una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, fatto evolvere il rimedio straordinario e il relativo decreto decisorio, rispettivamente, in uno “strumento” ed in un “provvedimento” di natura giurisdizionale o sostanzialmente tale.

Ebbene, il presente contributo si prefigge di inquadrare l'istituto nelle sue caratteristiche salienti e cruciali e di dare atto delle discussioni sviluppatesi nel sistema normativo previgente in ordine alla presunta natura divergente da quella amministrativa ed ai suoi riflessi sul terreno concreto. Prendendo in esame i punti focali di tale orientamento, analizzerà criticamente quelle che possono collocarsi, sul piano teorico, come argomentazioni di segno differente. Si soffermerà, poi, sulle novità introdotte nel periodo tra il 2009 e il 2011, dando conto degli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali più significativi ad esse connessi o consequenziali, cercando di trarre le conclusioni circa l'effettiva portata delle stesse ed in ordine al loro impatto, ad ordinamento invariato, sulla configurazione dell'istituto. In chiusura, il presente lavoro cercherà di individuare il tipo di funzione sotteso al rimedio straordinario, affrontando, brevemente, le problematiche costituzionali che interessano l'istituto a legislazione inalterata, nonché in vista di una sua possibile evoluzione.

È opportuno ricordare che il ricorso in parola ha radici storiche abbastanza remote, in quanto sorto in Piemonte e in Sardegna sotto l'egida del regime monarchico, ove era concepito come estrema istanza (nelle sue manifestazioni più importanti, di “grazia”) al sovrano avverso gli atti e le decisioni delle autorità pubbliche ritenuti lesivi o ingiusti. Era stato, poi, esteso a tutto il territorio nazionale con l'unificazione dell'Italia, interessando norme appartenenti a fonti diverse³.

Il ricorso straordinario, prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, non era in alcun modo (né per la sua storia, né per la sua disciplina) considerato un rimedio giurisdizionale; a parte qualche (notevole e prolungata) oscillazione della giurisprudenza amministrativa, la dottrina e la giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale erano concordi circa la natura di rimedio amministrativo giustiziale⁴.

Esso è stato ricalibrato, dopo il sopravvenire del sistema repubblicano, con il Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, recante “Semplificazione in materia di ricorsi

dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, è contenuta nel volume di E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), cit., *passim*.

Tra gli studi generali sulla giustizia amministrativa o sul processo amministrativo aggiornati, v. in particolare, F.G. SCOCA (a cura di), cit., *passim*; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., *passim*; N. SAITTA, *Sistema*, cit., *passim*; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., *passim*; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, cit. *passim*.

³ Cfr. P. TANDA, cit., pp. 9 ss..

⁴ In questi termini F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2377. Sul punto v., pure, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 1989, p. 1265.

amministrativi”⁵ (artt. 8-15), come ricorso amministrativo “impugnatorio”, tipico e straordinario, il quale mira all’annullamento dell’atto che ne costituisce l’oggetto.

La sua sopravvivenza nel nostro ordinamento è legata essenzialmente a significativi vantaggi che tuttora presenta rispetto al ricorso giurisdizionale amministrativo. Può, infatti, proporsi in un termine più ampio (120 giorni)⁶, implica tempi di definizione improntati ad una certa celerità e non richiede necessariamente l’assistenza di un difensore tecnico ovvero, più realisticamente (salvo i casi di soggetti particolarmente qualificati), non postula una difesa tecnica complessa e articolata, tale da comportare un esborso economico pari alle tariffe professionali degli avvocati richieste per la difesa nella corrispondente sede processuale; né esige adempimenti particolarmente dispendiosi, tenendo conto del fatto che non vi è nemmeno la condanna alle spese a carico del privato ricorrente che risulti soccombente⁷.

Questo rimedio ha avuto, tuttavia, un ruolo pratico abbastanza marginale⁸, soprattutto a causa del mancato rispetto dei termini indicati dal D.P.R. n. 1199 per la sua istruzione e, dunque, dei ritardi dei Ministeri tant’è che ne è stata da più parti auspicata l’abolizione⁹, anche perché, secondo l’opinione di alcuni, costituirebbe un rimedio superato o obsoleto¹⁰ ovvero un doppione di quello giurisdizionale amministrativo¹¹.

⁵ Tra gli scritti sui ricorsi amministrativi v. A.M. SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. dig. it.* 1968, vol. XV, p. 975 ss.; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano 1975; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; L. MIGLIORINI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, 1991, vol. XL, pp. 684 ss.; L. ARCIDIACONO, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, 1991, vol. XXVII, pp. 1 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell’ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 381 ss.; A. MEALE, *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, 2005; E. RAGANELLA, L. VALLA, *La tutela giustiziale*, Milano, 2007; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; F. CASTIELLO, *I ricorsi amministrativi*, Rimini, 2013.

V., inoltre, L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2001, pp. 2123 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di) cit., vol. V, pp. 4147 ss.; A. PAJNO, voce *Ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. V, Milano, 2006, pp. 5244 ss.; M. CALABRO’, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), cit., pp. 631 ss. C.E. GALLO, *Manuale*, cit., pp. 9 ss.; N. SAIITA, *Sistema*, cit., pp. 885 ss.; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., pp. 143 ss.

⁶ Per le azioni in materia di diritti soggettivi dovrebbe valere l’ordinario termine di prescrizione quinquennale. In tal senso, tra gli altri, C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 13. Di contrario avviso la giurisprudenza risalente, per la quale, anche in tal caso, va osservato il termine di 120 giorni. Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, p. 1272.

⁷ V., di recente, M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit. p.657; A. POZZI *Riflessioni*, cit.; P. TANDA, cit., p. 131. In precedenza, in giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. III, par. 11 maggio 1999, n. 1482/1998, in *Cons. Stato*, 2000, I, 186.

⁸ V. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 162. *Contra* F. SALVIA, cit., p. 1601.

⁹ Cfr., tra gli altri, E. D’ARPE, cit., pp. 3224 ss..

¹⁰ V., ad esempio, C. VOLPE, cit..

¹¹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Art. 7*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., tomo. I, p. 102.

Solo di recente il Consiglio di Stato ha cercato di restituirgli vitalità, verificando l'osservanza dei tempi prescritti, censurando l'operato dei Ministeri inadempienti e rafforzando la garanzia del contraddittorio¹².

La rivalutazione dell'istituto è conseguita soprattutto alla constatazione della crisi endemica della tutela giurisdizionale amministrativa, della sua lentezza e della lunga transizione in cui si trova da diversi anni¹³.

A questo punto, è bene premettere che, nel fare riferimento alle posizioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti, si userà il tempo passato, pur nella consapevolezza che i mutamenti potrebbero essere irrilevanti negli sviluppi e nell'economia della trattazione, anche se posti a confronto con la situazione attuale.

Già negli anni Settanta del secolo scorso, quando il rimedio è stato ridisegnato, ne furono rilevate le caratteristiche del tutto peculiari, tanto da indurre alcuni studiosi, anche autorevoli¹⁴, ad evidenziarne l'“indole giurisdizionale”. La posizione prevalente si allineava, però, con la sua collocazione nel D.P.R. n. 1199, ravvisando un ricorso amministrativo, sebbene affine a quello giurisdizionale amministrativo.

Non si è mancato di sottolineare, per tali ragioni, che il ricorso in questione consisteva in un rimedio “singolare” e “anomalo”¹⁵ che si ispirava ad un “controllo obiettivo, indipendente e neutrale, vicino a quello giurisdizionale”¹⁶.

I giudici della Consulta, nella sent. 31 dicembre 1986, n. 298¹⁷, precisarono che il procedimento di decisione del ricorso straordinario aveva “carattere amministrativo”, ma con “sostanziali parallelismi e

¹² Sulle parti e sul principio del contraddittorio (riferiti alla sede processuale, ma con valenza che, in certa misura, è estensibile al ricorso straordinario) cfr., tra gli altri, F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915; A. ALBINI, *Il processo amministrativo con pluralità di parti*, Milano, 1953; G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio (Principio del)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, pp. 458 ss.; F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 738 ss.; G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio (Principio del)*, in *Noviss. dig. it.*, App., vol. II, Torino, 1980, pp. 604 ss.; F. BENVENUTI, voce *Parte (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 962 ss.; F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, pp. 5 ss.; L. MIGLIORINI, voce *Contraddittorio (Principio del) III Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, pp. 1 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988; L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996; V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato*, cit., vol. V, pp. 4311 ss.; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, pp. 499 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), cit., pp. 383 ss. E. FOLLIERI, *Le parti ed i loro difensori nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, pp. 1015 ss.; F. CANGELLI, *Le parti*, in F.G. SCOCA (a cura di), cit., pp. 227 ss..

¹³ Cfr. A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 457-459; M. GIOVANNINI, *il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm. TAR*, 2009, pp. 597 ss..

¹⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, vol. II, p. 1339.

¹⁵ Corte cost., sent. 25 febbraio 1975, n. 31, n. *Giur. cost.*, 1975, 131, e in *Foro it.*, 1975, I, 1336, con nota di G. VOLPE, *Regioni – ricorsi amministrativi – istruzione di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – competenza dello Stato – fattispecie di atti relativi alla Regione Lazio*; i

¹⁶ In tal senso Cons. Stato, Commiss. spec., par. 29 maggio 1998, n. 988/1997, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1483.

sicuri raccordi con l'attività giurisdizionale" (quali la necessità di notifica ai controinteressati, l'ammissibilità per soli vizi di legittimità, la regola dell'alternatività, i rimedi giurisdizionali contro la decisione); perciò se non gli si poteva riconoscere "natura giurisdizionale o paragiurisdizionale", neppure gli si poteva attribuire la natura di "amministrazione attiva".

Sul punto, negli anni Novanta del secolo scorso, aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte di giustizia delle Comunità europee. Nella sent. 16 ottobre 1997, sulle cause riunite da C-69 a C-79 del 1996¹⁸, il giudice di Lussemburgo aveva riconosciuto al ricorso straordinario al Capo dello Stato natura sostanzialmente giurisdizionale, considerata una serie di fattori quali:

- l'alternatività del rimedio rispetto all'impugnativa giurisdizionale;
- l'identità delle condizioni di esperibilità, dell'oggetto (annullamento di un atto) e dei motivi su cui può fondarsi;
- il carattere imparziale ed indipendente dell'organo chiamato a pronunciarsi;
- la garanzia del contraddittorio.

Secondo il giudice europeo, nonostante la decisione fosse emanata con D.P.R., il parere licenziato dal Consiglio di Stato, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituiva il progetto della decisione che veniva (solo) formalmente imputata al Presidente della Repubblica italiana. Il parere stesso era parte integrante di un procedimento che era l'unico che potesse consentire, in quella sede, la risoluzione del conflitto tra un singolo e la pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, quando emetteva il parere di propria competenza, in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, costituiva "una giurisdizione" ai sensi dell'art. 177 TCEE (ora art. 267 TFUE) e, come tale, poteva rimettere, in via pregiudiziale, all'esame della Corte medesima questioni relative all'interpretazione del Trattato o alla validità degli atti posti in essere dalle istituzioni europee. A tale qualificazione andava attribuita forza vincolante per l'interprete poiché, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, le decisioni dalla stessa emesse costituivano fonti primarie del diritto comunitario, abilitate ad introdurre norme giuridiche prevalenti sul diritto interno, di rango sostanzialmente allineato a quello dei precetti costituzionali e, in quanto tali, idonee anche ad innovare stabilmente la qualificazione di istituti di diritto interno.

Le conclusioni raggiunte dal giudice europeo appaiono, però, alquanto discutibili.

¹⁷ In *Giur. cost.*, 1986, 2387, e in *Foro it.*, 1987, I, 674, con nota di C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 674 ss..

¹⁸ In *Foro amm.* 1997, 2610, con nota di G.B. GOLETTI, *L'art. 177 Tr. Ce e la sua applicabilità*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, I, 694, con nota di M.T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di giustizia*; in *Urb. e app.*, 1998, 443, con commento di M. PROTTO; in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 145, con nota di M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*; in *Nuove auton.*, 1997, 731, con nota di G. MANGIONE, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale ex art. 177 del Trattato della Comunità europea*.

L'argomento della alternatività non pare convincente e sembra avallare, al contrario, la diversità procedurale e sostanziale tra i due rimedi; mentre la possibilità di fare opposizione, per chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale amministrativa (ora prevista anche dall'art. 48 Cod. proc. amm.) sembra non avere altra giustificazione se non la perdurante convinzione che quest'ultima postuli maggiori garanzie e sotto diversi profili rispetto al rimedio straordinario e, dunque, andare anch'essa nella direzione della sussistenza della diversità, formale e sostanziale, tra i due rimedi.

Come si è evidenziato¹⁹, infatti, non avrebbe alcun senso la permanenza nel nostro ordinamento di un rimedio di natura giurisdizionale ulteriore ma dalle potenzialità (e garanzie) ridotte. Altrimenti il grado unico di giudizio ed i limiti del ricorso straordinario (le ridotte garanzie in termini di istruttoria e contraddittorio, l'assenza di azioni diverse da quella di annullamento ecc.) finirebbero per dover essere considerate "lo scotto" da pagare per la mancata attivazione della tutela giurisdizionale nei termini ordinari.

Inoltre, il presupposto sostenuto dalla Corte di giustizia dell'imparzialità e dell'indipendenza dall'apparato amministrativo centrale e governativo del Consiglio di Stato in sede consultiva, nonostante la previsione del comma 3 dell'art. 100, Cost.²⁰, pare validamente supportato dal punto di vista astratto²¹ ma potrebbe essere discutibile, in concreto, ove assolutizzato e generalizzato.

Sicuramente non può ritenersi in posizione di indipendenza ed imparzialità il Ministro che istruisce il ricorso.

L'identità delle ragioni di esperibilità e dei motivi del ricorso non è, nella sostanza, del tutto differente dagli altri rimedi amministrativi, mentre il contraddittorio, previsto (come è normale che sia) in tutti i procedimenti amministrativi contenziosi e le sue modalità di estrinsecazione, anche in relazione alla istruzione probatoria, non sono perfettamente equiparabili a quelli instaurati in sede processuale.

¹⁹ Cfr. M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in P. TANDA (a cura di), cit., p. 77.

²⁰ Secondo l'art. 100 Cost. "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo".

Sull'art. 100 Cost. v. G. CARBONE, *Art. 100*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari*, tomo I, Roma, 1994, pp. 64 ss.; B.G. MATTARELLA, *Art. 100*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo II, Torino, 2006, pp. 1938 ss., e la bibliografia ivi riportata.

²¹ A. CORSARO, cit., p. 3072, sottolinea che sotto il profilo soggettivo, la decisione è emessa da un organo non appartenente al potere giurisdizionale, ma su parere di un organo cui è garantita la indipendenza e la imparzialità propria del giudice. Cfr. pure R.E. IANIGRO, G. MESCIA, cit., p. 1304.

Del resto la stessa Suprema Corte, SS.UU., con la sent. 18 dicembre 2001, n. 15978²², aveva precisato che il richiamo alla nozione di giurisdizione rilevante per l'instaurazione del rinvio pregiudiziale non era sufficiente a sconfiggere la natura amministrativa del rimedio straordinario, poiché “la relativa nozione comunitaria” non coincideva con quella “ricavabile dal diritto interno”. Considerando il rapporto di marcata autonomia esistente tra l'ordinamento processuale europeo e quello dei singoli Stati membri, le nozioni di “giudice” o di “provvedimento giurisdizionale” non collimavano con quelle del diritto italiano; nonostante (è possibile aggiungere) non sia estraneo alle recenti politiche di integrazione europea l'obiettivo dell'armonizzazione dei diversi sistemi processuali nazionali.

Ad avvalorare la tesi della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, come sottolineato dal C.G.A.R.S., Sez. giurisd., sent. 19 ottobre 2005, n. 695²³, avrebbe contribuito anche l'art. 3, comma 4, della Legge 21 luglio 2000, n. 205 che ha esteso l'istituto della sospensiva nell'ambito di tale procedura, notoriamente caratterizzante il ricorso giurisdizionale, geneticamente funzionale alla tutela interinale della posizione giuridica vantata dal ricorrente.

Un parte della dottrina²⁴ ha evidenziato come tale estensione non avrebbe avuto alcuna ragion d'essere se non vi fosse stata, alla base della scelta normativa, la consapevolezza della identità di funzioni tra le due tipologie di ricorso.

Alcuni autori²⁵ hanno sottolineato come la L. n. 205 abbia potenziato il ricorso straordinario, dotandolo della tutela cautelare sospensiva, attivabile *ex officio* dalla stessa autorità che ha emanato l'atto o dall'autorità decidente su domanda del ricorrente e che questa norma avrebbe introdotto un *sub-procedimento* cautelare, la cui natura strumentale faceva già pensare all'esistenza di un “giudizio” principale, rispetto al quale il primo esplicava la propria funzionalità.

Ebbene, anche in questo caso, le ragioni addotte non paiono decisive ai fini di sostenere una natura del ricorso straordinario difforme da quella amministrativa, perché la sospensione cautelare di un provvedimento non è una prerogativa esclusiva del giudice, potendo una simile misura essere concessa pure in sede di autotutela amministrativa, attualmente *ex art. 21-quater*, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni ed integrazioni²⁶, per “gravi motivi e per il tempo strettamente necessario dallo stesso organo che ha emanato l'atto o da altro indicato dalla legge”.

²² In *Foro it.*, 2002, I, 2448, e in *Cons. Stato*, 2002, II, 1299, con nota di R.E. IANIGRO, G. MESCIA, cit., pp. 1302 ss..

²³ In *Foro it.*, 2005, III, 689, e in *Foro amm. CDS* 2005, 3059, con nota di A. CORSARO, cit., pp. 3068 ss. V., pure, il commento di F. FRENI, *Quando l'abito*, cit., pp. 3737 ss..

²⁴ V. A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità*, cit., p. 2472.

²⁵ N. PIGNATELLI, *Sulla “natura”*, cit..

²⁶ Su tale legge, modificata ed integrata ripetutamente da successivi interventi legislativi (tra cui, in particolare, la Legge 11 febbraio 2005, n. 15), possono validamente consultarsi R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005; V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa. Commento alla Legge 7 agosto*

Si era prospettata, poi, la possibilità di richiedere la “revocazione” nei confronti del decreto presidenziale decisorio, prevista espressamente dall’art. 15 del D.P.R. n. 1199 negli stessi casi di cui all’art. 395 del codice di procedura civile, quale ulteriore motivo di assimilazione tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale amministrativo²⁷.

Come evidenziato dalla Cassazione, SS.UU., con sent. n. 15978 del 2001, cit., tuttavia, “la revocabilità dei decreti decisori è caratteristica anche delle decisioni dei ricorsi gerarchici e degli altri rimedi di carattere giustiziale” (pur se non riconosciuta *expressis verbis* dalla legge), della cui natura amministrativa non si è mai dubitato. Mentre la revocazione per l’ipotesi prevista dal n. 5 dell’art. 395 Cod. proc. civ. deve intendersi riferita al contrasto con una precedente decisione di ricorso straordinario, dal momento che, invece, la sentenza passata in giudicato prevale, comunque, “sulla difforme decisione del ricorso straordinario”.

In realtà, l’esplicita previsione, in una norma apposita e mirata, della possibilità di richiedere la revocazione avverso il D.P.R. sembra testimoniare che questo non sia equiparabile, *ex se*, alle sentenze, onde la necessità di una disposizione legislativa specifica di rinvio alla applicabilità dell’art. 395 Cod. proc. civ.²⁸.

1990, n. 241, modificata dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dal Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, Milano, 2005; F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le LL. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005; G. CARLOTI, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla L. n. 241 del 1990 riformata dalle LL. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Torino, 2005; G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006; D. MASTRANGELO (a cura di), *Aspetti dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Roma, 2006; L.R. PERFETTI, *Le riforme della Legge 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008; P. MERIGHI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Santarcangelo di Romagna 2008; M.T. SEMPREVIVA, C. SILVESTRO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Napoli, 2009; A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010; P.M.P. VIPIANA, *Il procedimento amministrativo nella L. n. 241 del 1990 riformata dalla L. n. 69 del 2009*, Padova, 2010; M. CORRADINO (a cura di), *Il procedimento amministrativo: aggiornato alla Legge 18 giugno 2009 n. 69, al Decreto Legge 31 maggio 2010 n. 78 (convertito in Legge 30 luglio 2010 n. 122) e dal Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104*, Torino, 2010; A. DE ROBERTO, *L’attività pubblicistica dell’amministrazione: la disciplina della legge generale sull’azione amministrativa 7 agosto 1990, n. 241, fino alle ultime innovazioni introdotte dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2010; L. LAPERUTA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso agli atti: commento sistematico alla Legge 7 agosto 1990 n. 241*, Santarcangelo di Romagna, 2013; A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017; M. MARIANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti: commento sistematico alla L. n. 241 del 1990*, Matelica, 2017. Sul tema sia consentito il rinvio anche a S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del “buon andamento” e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, 2012, pp. 201 ss..

²⁷ V. N. PIGNATELLI, *Sulla “natura”*, cit..

²⁸ La tesi opposta rispetto a tale impostazione è sostenuta da Cass. civ. SS.UU., sent. 19 dicembre 2012, n. 23464 (in www.federalismi.it, e in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126, commentata, tra gli altri, da P. QUINTO, *Le Sezioni unite certificano*, cit., e da E. GRILLO, cit., pp. 265 ss.) e, in dottrina, da P. TANDA, cit., pp. 28 ss..

Diverso sarebbe stato il caso in cui si fosse registrato un indirizzo giurisprudenziale consolidato che avesse sancito l'applicabilità delle disposizioni sulla revocazione al D.P.R., ossia con riferimento al solo ricorso straordinario tra i rimedi amministrativi, in assenza di rinvio normativo espresso *ad hoc*.

Va detto che, prendendo spunto (soprattutto) dalla asserita possibilità di portare ad esecuzione il D.P.R. mediante il giudizio di ottemperanza al giudicato, al fine di garantire una maggiore effettività della tutela intrapresa e ottenuta tramite il rimedio straordinario, alcuni giudici amministrativi di prime cure, segnatamente a partire dagli inizi del nuovo millennio, hanno più volte sostenuto la natura giurisdizionale o assai prossima ad essa della decisione straordinaria, sottolineando tutta una serie di aspetti di convergenza rispetto alle sentenze.

Degna di nota è l'ord. di rimessione 14 luglio 2004, n. 6971, del T.A.R. Lazio, Roma²⁹, che aveva affermato come il provvedimento decisorio di un ricorso straordinario, pur non presentando “natura identica rispetto alla sentenza”, era, comunque, “ampiamente suscettibile di essere ad essa raffrontato”: il Capo dello Stato, allorché con la decisione di sua competenza aderiva al parere reso nel procedimento dal Consiglio di Stato, cooperava all'esplicazione di “una funzione essenzialmente giurisdizionale”.

Ad avviso del giudice romano, la decisione del ricorso straordinario avrebbe avuto la funzione di “definire immutabilmente la lite in regime di alternatività nel segno della difesa delle posizioni soggettive individuali meritevoli di protezione ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.”. La tutela delle posizioni degli amministrati era perseguita nel diritto vivente ed assegnata dall'ordinamento positivo non solo al ricorso giurisdizionale amministrativo ma anche al ricorso straordinario: sicché le limitazioni che pregiudicavano l'effettività di quest'ultimo si traducevano nello stesso tempo in “lesioni del valore costituzionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost., oltre a presentarsi prive di giustificazione razionale anche sotto il profilo della parità di trattamento”.

Gli effetti delle decisioni del Capo dello Stato rese “nel regime della alternatività” erano “equiparabili a quelli delle sentenze non impugnabili”. Infatti, non si poteva “riesaminare in sede giurisdizionale la controversia già chiusa e decisa in sede straordinaria”. La decisione del Capo dello Stato comportava “l'obbligo dell'amministrazione di darvi puntuale esecuzione”; non poteva “essere modificata o revocata dalla stessa autorità che l'ha emessa, né ad istanza di parte né d'ufficio, ed era irretrattabile in ogni sede”, anche se contrastava con una “norma di interpretazione autentica, perfino antecedente, o con una sentenza di incostituzionalità della normativa posta a base della decisione”; vincolava “l'amministrazione allo stesso modo del giudicato”; si poneva su “un piano corrispondente e parallelo a quello della decisione giurisdizionale”, proprio per la forza che ad essa derivava “dal principio di

²⁹ In *Foro amm. TAR*, 2004, 2114.

alternatività”. Nel regime della alternatività ed in base al diritto vivente, la decisione del Capo dello Stato assumeva “l’efficacia del giudicato o, almeno, una efficacia analoga”.

Opinando diversamente si sarebbe frustrata “l’effettività del ricorso straordinario”, svuotando la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi che gli amministrati avevano ottenuto sperando questo rimedio giustiziale, si sarebbe presentato “privo di giustificazione razionale anche sotto il profilo della parità di trattamento” ed, inoltre, avrebbe “menomato la funzione costituzionale del Consiglio di Stato di assicurare la tutela della giustizia nell’amministrazione”.

In conclusione, pur in presenza di “una doppia veste, giurisdizionale ed amministrativa, della procedura” in esame, si desumeva che la “natura giurisdizionale” immanente nei profili “contenutistici, funzionali e relazionali” dell’istituto, nonché nei suoi effetti determinanti, al pari di quelli delle sentenze, per l’assetto di interessi che ne forma oggetto, doveva “prevalere sulla sua forma amministrativa”³⁰.

La Corte costituzionale, con la sent. 15 luglio 2005, n. 282³¹, non aveva, però, condiviso i rilievi formulati dal T.A.R. Lazio, Roma.

Il giudice delle leggi aveva chiarito come il ricorso straordinario al Capo dello Stato fosse “un rimedio per assicurare la risoluzione non giurisdizionale di una controversia, in sede amministrativa”, e, dunque, doveva escludersi che la “decisione conclusiva di questo procedimento amministrativo di secondo grado” avesse “la natura o gli effetti degli atti di tipo giurisdizionale”.

Lo stesso giudice costituzionale aveva più volte affermato la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proprio sul rilievo che, “nonostante la peculiarità di tale ricorso”, esso rientrasse indubbiamente tra quelli amministrativi e il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimere un semplice parere, operasse come organo non giurisdizionale.

Secondo la Corte costituzionale, la diversa efficacia del D.P.R. emanato in esito al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non vulnerava gli artt. 24 e 113 Cost., perché la garanzia costituzionale da essi prevista si riferisce al diritto di agire nella sede giurisdizionale e non nella sede amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Né veniva violato l’art. 100 Cost., che individua nel Consiglio di Stato l’organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione, essendo l’atto in esame del Consiglio di Stato espressione di una funzione consultiva. Non vi è, infine, violazione dell’art. 103 Cost. giacché non vengono in considerazione profili concernenti l’attività giurisdizionale affidata al Consiglio di Stato.

³⁰ In una analoga direzione, in precedenza, v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. II, par. 27 marzo 2002, n. 534/2001, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3866 (con nota di A.L. TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale*, cit., pp. 3874 ss.), secondo cui il Consiglio di Stato, quando emette il parere in sede di ricorso straordinario, ha “natura paragiurisdizionale”.

³¹ In *Giur. cost.*, 2005, 4.

Invero, è evidente che il Consiglio di Stato, in sede di formulazione del parere, in sostanza, vaglia la questione sottoposta al suo esame dallo stesso angolo visuale e con i medesimi criteri di valutazione del giudice amministrativo e, di conseguenza, tale atto presenta evidenti analogie di contenuti rispetto alla sentenza che conclude il relativo processo.

Alcuni autori³² da tempo hanno sottolineato come il Consiglio di Stato, in sede consultiva³³, anche perché i relativi consessi sono composti da magistrati³⁴, compia valutazioni analoghe ad un organo giurisdizionale giudicante e, in particolare, la parte motivata e il dispositivo del parere assumono la forma di una vera e propria sentenza.

In realtà, la circostanza che il D.P.R. si caratterizzi per un dispositivo ed una motivazione³⁵ e reca la sottoscrizione dell'estensore e del presidente dell'organo collegiale che ha emesso il parere in modo analogo alle sentenze³⁶ non pare un dato significativo di una connotazione giurisdizionale, perché anche il provvedimento di accoglimento o di rigetto di un ricorso gerarchico dispone in ordine all'annullamento del provvedimento contestato e reca una motivazione e la sottoscrizione dell'organo emanante e dell'eventuale funzionario istruttore; eppure si tratta indubbiamente di un ricorso amministrativo.

Semmai, va considerato che, nei ricorsi amministrativi, l'obbligo di motivazione adeguata e modulata sulle risultanze concrete dell'istruttoria non discenderebbe dall'art. 111, comma 6, Cost. (come per le sentenze), bensì dall'art. 3 della L. n. 241 del 1990, e successive modificazioni ed integrazioni (onere riferito, come è noto, ai provvedimenti amministrativi), esplicitazione dell'art. 97, comma 2, Cost..

Si è sottolineato³⁷, poi, come la rilevabilità di soli vizi di illegittimità dell'atto impugnato, *sub specie* di violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, connoti il procedimento in discorso se non altro come sovrapponibile al giudizio di legittimità che si svolge innanzi agli organi di giurisdizione amministrativa, con analoghi poteri di verifica e di annullamento dell'atto impugnato.

³² M. CECCHINI, cit., pp. 3977-3978; R.E. IANIGRO, G. MESCIA, cit., p. 1304.

³³ Sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato cfr. A. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol III, Roma, 1981, pp. 1267 e ss.; G. LANDI, *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali. L'ordinamento, il personale, la funzione consultiva del Consiglio di Stato*, Milano, 1986; A. QUARANTA, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Un nodo da sciogliere*, in *Cons. Stato*, 1998, II, pp. 279 ss..

Sui pareri nel diritto amministrativo v. F. FRANCHINI, voce *Parere*, in *Noviss. dig. it.* 1965, vol. XII, pp. 396 ss.; G. CORREALE, voce *Parere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 676 ss.; F. TRIMARCHI, voce *Parere*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, 1995, pp. 601 ss..

³⁴ V. R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 1038.

³⁵ V. N. PIGNATELLI, *Sulla "natura"*, cit..

³⁶ A. POZZI, *Riflessioni*, cit.; C. VOLPE, cit..

³⁷ V. R.E. IANIGRO, G. MESCIA, cit., p. 1304.

Ma la rilevazione di vizi di legittimità è alla base di tutti i ricorsi culminanti in decisioni amministrative, come pure sono comunemente previsti, perché propedeutici o consequenziali, e non solo nei ricorsi giurisdizionali, i poteri di verifica e annullamento dell'atto impugnato.

Ebbene, nel caso ravvisi preliminarmente la propria “competenza” ad esprimersi, il massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa della Repubblica vaglia la questione, prendendo posizione sulla legittimità/illegittimità dell'atto amministrativo gravato in relazione ai vizi di legittimità denunciati, alle controdeduzioni dell'amministrazione, dei controinteressati, degli eventuali cointeressati e alle prove e documenti acquisiti nella fase istruttoria³⁸, evidenziati nella relazione trasmessa dal Ministro.

Tale potere se rappresenta un *unicum*³⁹, con riferimento ai suoi aspetti peculiari e specifici, non è, per altro verso, un'esclusiva degli organi coinvolti nella decisione straordinaria e nemmeno della relativa procedura. Ciò nel senso che il nostro ordinamento conosce, da tempo, casi di soggetti pubblici, inquadrati nel potere amministrativo-esecutivo, titolari di un potere di decidere sui ricorsi in via di autotutela (si pensi ai Prefetti e ai Comandanti di porto, ad alcune Autorità amministrative indipendenti e, talvolta, a figure dirigenziali).

Certamente il procedimento e l'atto decisorio, nei casi del ricorso straordinario, sono più “solenni”; come pure è ovvio che il ricorso presenti un campo di applicazione ampio e generale che non si riscontra negli altri tipi di decisioni amministrative, avendo ad oggetto atti promananti da qualsiasi amministrazione e divenuti ormai definitivi.

Quanto al parere del Consiglio di Stato, si può anticipare che dovrebbe dubitarsi dell'asserito carattere giurisdizionale, non essendo esso assunto (dal punto di vista soggettivo) da magistrati preposti ad attività giurisdicente e non essendo il suo esito (dal punto di vista oggettivo) una modalità di esternazione di una funzione decisoria di carattere giurisdizionale.

Peraltro, va considerato che l'attività di “consulenza giuridico-amministrativa”, nella sua più elevata espressione, a norma dell'art. 100, comma 1, Cost., è attribuita al Consiglio di Stato e, dunque, non è affatto prerogativa esclusiva di soggettività puramente amministrative⁴⁰, cioè appannaggio di funzionari o organi inquadrati nel potere esecutivo.

Al contrario, non solo la funzione consultiva è perfettamente conciliabile con lo *status* giuridico di magistrati amministrativi dell'organo che la fornisce, ma, al supremo livello normativo, è intestata,

³⁸ Sulla fase dell'istruttoria nell'ambito del procedimento amministrativo cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 5 ss.; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 230 ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996.

³⁹ O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 783.

⁴⁰ S. PIGNATARO, *Prospettive*, cit., p. 39.

almeno per la branca giuridico-amministrativa, proprio ai magistrati assegnati ai plessi consultivi in base ai provvedimenti adottati dal Presidente del Consiglio di Stato, i quali devono attenersi ai criteri determinati dall'organo di autogoverno degli stessi magistrati (Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa).

Invero, i magistrati delle Sezioni consultive (al pari di quelli delle Sezioni giurisdizionali) non fanno capo al potere esecutivo, ma al potere giudiziario e appartengono all'organico del Ministero della giustizia. Ciononostante, laddove il massimo consesso amministrativo-consultivo, composto da magistrati (peraltro alcuni non espressione della relativa categoria e di nomina governativa, *ex art.* 19, n. 2, della Legge 27 aprile 1982, n. 186), esprima pareri, cioè atti, comunque, endoprocedimentali di supporto (tecnico) per l'organo che deve emettere il provvedimento formale, è difficile negare che il primo espliciti funzioni amministrative di tipo consultivo⁴¹.

D'altronde i pareri conformi, nell'ambito del rimedio straordinario, non sono mai impugnabili autonomamente.

Appare del tutto errato l'assunto secondo cui lo *status* di magistrato connoti la relativa attività in senso giurisdizionale e che se dall'attività (amministrativa, ad esempio, consultiva o di controllo) di un consesso, esercitata da magistrati, sfoci una decisione (di una controversia) quest'ultima si qualifichi come decisione giurisdizionale.

Oltre alla funzione consultiva delle relative Sezioni del Consiglio di Stato, vi è l'esempio dell'attività di controllo della Corte dei conti, che rientra tra le funzioni amministrative di controllo⁴², appunto (preventivo e successivo), ha rilievo costituzionale, *ex art.* 100, comma 2, Cost., ed è svolta da magistrati contabili di ruolo.

Di contro, vi sono magistrature peculiari, come le Commissioni Tributarie regionali e provinciali, che esplicano funzioni giurisdizionali ed emanano sentenze, pur non essendo composte integralmente da magistrati togati, ma, in gran parte, da componenti esperti: dottori commercialisti, avvocati, notai, periti catastali ecc..

⁴¹ Cfr., però, A. POZZI, *Riflessioni*, cit.. Secondo l'A. il parere reso dal Consiglio di Stato ha "contenuto simile a quello di una sentenza, tenuto conto anche della quasi identità di formule usate sia nell'art. 13 del D.P.R. n. 1199 del 1971, che dell'art. 26 della L. n. 1034 del 1971 per descrivere la tipologia dei poteri decisorii affidati, rispettivamente, al giudice ed alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato". A fronte di questa "doppia veste in cui opera il parere del Consiglio di Stato - amministrativa, trattandosi formalmente di esercizio di attività consultiva resa nella forma del parere, e giurisdizionale per funzione e contenuto", si ritiene doversi dare "prevalenza a quest'ultima". Altrimenti non si spiegherebbe il regime di alternatività con il ricorso giurisdizionale, che presupporrebbe, appunto, un'identità funzionale fra i due strumenti di tutela: identità ravvisabile, tra l'altro, nel fatto noto che il criterio di preferenza per quello giurisdizionale non opera nei confronti del ricorrente, in base a quanto disposto dall'art. 8, comma 2, del D.P.R. n. 1199, secondo cui "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato".

⁴² Per un inquadramento della funzione di controllo nelle sue varie forme cfr., tra i tanti, P. GIOCOLI NACCI, *Discorsi sui controlli*, Bari, 2002.

Sotto altro punto visuale va precisato che non costituiscono elementi discriminanti tra parere e atto di altra natura la perimetrazione più o meno ampia dell'oggetto e neppure la scienza o disciplina tecnica alla quale la valutazione dell'organo consultivo si ispira⁴³.

La *ratio* sottesa all'art. 100, comma 1, Cost., di distinguere le funzioni del Consiglio di Stato, sostanzialmente e fondamentalmente, in consultive e giurisdizionali o, meglio, giustiziali, parrebbe quella di creare uno spartiacque tra le due prerogative funzionali, pur nella loro reciproca complementarietà.

Ciò appare plausibile, sebbene dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente è sembrato⁴⁴ potersi desumere che l'espressione "tutela della giustizia nell'amministrazione" sia riferita anche alla funzione consultiva e, segnatamente, al ricorso straordinario.

La circostanza, poi, che il parere riveste la funzione di determinare il contenuto del provvedimento finale (D.P.R.) rappresenta un effetto tipico dei pareri conformi. A riguardo gli studiosi, già da diversi anni addietro, si sono interrogati sulla correttezza della ricomprensione di tale tipologia di atti giuridici in veri e propri pareri, espressione della funzione consultiva⁴⁵, considerato che l'organo richiedente o procedente non ha alcuna discrezionalità di disancorarsi da essi⁴⁶.

Se, in genere, la dottrina⁴⁷ è concorde nell'inquadrare i pareri vincolanti e quelli conformi tra gli atti giuridici denominati pareri, vi sono, però, alcuni autori⁴⁸ che attribuiscono ad essi la natura effettiva di "decisione amministrativa". Ciò essendo la determinazione conclusiva la risultante di una sorta di fusione tra atto di amministrazione consultiva e atto di amministrazione attiva (e, nella fattispecie del rimedio straordinario, di amministrazione giustiziale, che lo recepisce incontrovertibilmente)⁴⁹.

⁴³ S. PIGNATARO, *Prospettive*, cit., p. 39.

⁴⁴ V. O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 793. Cfr., pure, M. CALABRÒ, cit., p. 77.

⁴⁵ V., ad esempio, F. CARINGELLA (a cura di), *Nuovi percorsi monografici. Diritto amministrativo*, Napoli, 2002, pp. 378 ss. e, spec., pp. 380 ss..

⁴⁶ Cfr. F.G. COCCA, *Osservazioni*, cit., p. 2375. V., pure, M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 666, la quale evidenzia come i contenuti del parere nonché la relativa redazione sono invero tali da farlo configurare, più che come parere, come vero e proprio atto, attraverso il quale il Consiglio di Stato decide in concreto il ricorso straordinario".

⁴⁷ V., tra gli altri, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 449.

⁴⁸ V. per tutti, M.S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 565; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 450.

⁴⁹ Cfr. M. CALABRÒ, cit., pp. 76-77, rileva che se è vero che si è attribuito al Consiglio di Stato sostanzialmente il potere di dirimere la controversia è altrettanto vero che il parere conforme resta un atto endoprocedimentale "interno" al procedimento decisorio, in grado di dispiegare i suoi effetti solo e quando fatto proprio dal Ministero competente e poi recepito dal decreto del Presidente della Repubblica. Non può, in altri termini, non riconoscersi il giusto rilievo alla circostanza (sottolineata da A. TRAVI, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso*, cit., p. 483), che il parere, per quanto diventi vincolante, non è mai una sentenza. La decisione finale, cioè "l'atto che incide sulle situazioni giuridiche dei soggetti in conflitto, non è rappresentato da una sentenza o da un diverso atto giurisdizionale ad essa assimilabile, bensì da un provvedimento amministrativo, espressione, quindi, dell'esercizio del potere esecutivo, per quanto a carattere puramente contenzioso e non connotato dai caratteri propri del potere di amministrazione attiva".

D'altra parte, l'ordinamento italiano conosce, da tempo addietro, casi di atti amministrativi promananti da organi centrali di amministrazione attiva, come i Ministri, emanati su parere conforme del Consiglio di Stato, senza, cioè, alcuna possibilità di discostarsi da quanto espresso dal massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa della Repubblica.

Si pensi alla procedura prevista dalla Legge 5 febbraio 1992, n. 91 sulla cittadinanza italiana, che contempla il provvedimento di rigetto in determinati casi tipizzati⁵⁰. In tali evenienze il parere conforme, espresso dal Consiglio di Stato, resta un parere il quale non altera la natura del provvedimento ministeriale (motivato) consequenziale, che è di "amministrazione attiva" (rigetto della richiesta di concessione della cittadinanza).

Semmai, il carattere conforme del parere suddetto e, dunque, il vincolo assoluto per il Ministro dell'interno di adottare il provvedimento di diniego in aderenza ad esso, esonera il Ministro stesso da responsabilità giuridica (e, forse, anche politica), ancorché assuma il provvedimento finale. E questo è un elemento importante che va considerato.

È, comunque, un dato di fatto incontestabile che i ricorsi amministrativi (impugnatori) presentino evidenti e ineludibili analogie con quelli giurisdizionali amministrativi, essendo preordinati ad ottenere lo stesso effetto giuridico (demolizione dell'atto lesivo illegittimo), per pervenire al quale devono essere prescritte garanzie procedurali non dissimili, *ex lege*, da quelle giurisdizionali [notifica del ricorso, osservanza di cautele per consentire l'instaurazione del contraddittorio, possibilità di presentare documenti e memorie contenenti deduzioni e controdeduzioni, di acquisire materiale probatorio, posizione (il più possibile) *super partes* dell'organo che si pronuncia], nonché, in ragione dell'efficacia degli relativi effetti, l'obbligo, più o meno intenso, dell'amministrazione di rispettare la presa decisione (in tutto o in parte) favorevole al privato. E il ricorso straordinario è quello che, inevitabilmente, si presta ad un raffronto più diretto e paritario con quello giurisdizionale, non foss'altro che esso è previsto contro atti definitivi e deciso da organi centrali (in linea di massima) del tutto estranei all'assetto degli interessi coinvolti.

2) Le novità legislative dell'ultimo decennio e le caratteristiche del rimedio

A seguito dell'entrata in vigore della Legge 18 giugno 2009, n. 69, che (con l'art. 69, intitolato "Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione") ha novellato parzialmente gli artt. 13 e 14 del D.P.R. n. 1199, la dottrina e la giurisprudenza hanno cominciato a rivedere, criticamente ed in maniera più decisa,

⁵⁰ L'art. 8, comma 1, primo e secondo periodo, di tale legge prevede che "Con decreto motivato, il Ministro dell'interno respinge l'istanza di cui all'art. 7 ove sussistano le cause ostative previste nell'articolo 6. Ove si tratti di ragioni inerenti alla sicurezza della Repubblica, il decreto è emanato su conforme parere del Consiglio di Stato".

il problema della natura giuridica del parere del Consiglio di Stato nella procedura *de qua* e, di riflesso, del D.P.R. che lo recepisce.

In effetti, i commi 1-3 dell'art. 14 predetto, nella loro versione originaria, prevedevano che, nel procedimento di definizione del ricorso straordinario, venisse ad assumere una portata rilevante (ma non necessariamente incontrovertibile), il parere (all'epoca) "obbligatorio", reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Tale parere, definito, altresì, "relativamente vincolante" (o espressioni consimili), permeava la decisione finale, fatta salva la possibilità, per il Ministro competente *ratione materiae*⁵¹ che istruiva il ricorso, di disattenderlo, sottoponendo l'affare al Consiglio dei Ministri e promuovendone una apposita deliberazione⁵².

La deliberazione governativa, che non si ricorda mai intervenuta nei decenni di vigenza delle norme predette (o, al più, secondo alcune fonti, assunta una sola volta), come chiarito dalla Consulta, nella sent. n. 298 del 1986, cit., per essere legittima, poteva essere adottata soltanto quando fosse "prospettata una decisione del caso concreto" che potesse "arrecare pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione o all'indirizzo politico". In tale evenienza, si verificava l'imputazione esclusiva della responsabilità politica e giuridica della decisione, in dissenso dal parere del Consiglio di Stato, in capo al Consiglio dei Ministri, che doveva motivare debitamente la propria deliberazione.

Invero, la possibilità per il Consiglio dei Ministri di disattendere il parere del Consiglio di Stato, nel ricorso in questione, era costruita come ipotesi del tutto eccezionale che non concorrevano a formare il quadro ordinario dell'ordinamento amministrativo. Tant'è vero che la decisione del Governo, in dissenso dal parere del Consiglio di Stato, possedeva una propria caratterizzazione, qualificandosi come "atto di alta amministrazione", soggetto, peraltro, al controllo di legittimità della Corte dei conti⁵³.

Ebbene, la L. n. 69, modificando l'art. 14 citato, ha sancito l'evoluzione del parere del Consiglio di Stato da relativamente vincolante in "conforme", facendo venire meno il potere del Ministro competente *ratione materiae* (ovvero del Presidente del Consiglio dei Ministri per i ricorsi aventi oggetto non

⁵¹ Si noti che, ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. n. 1199, per i casi di atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero è previsto che la competenza ad istruire – e quindi anche a decidere – i relativi ricorsi spetti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁵² Il parere viene di solito espresso dalla Sezione consultiva (art. 12 del D.P.R. n. 1199), dalla Commissione speciale (nei casi di cui all'art. 13, n. 7, della Legge 27 aprile 1982, n. 186), cui è stato assegnato dal Presidente del Consiglio di Stato, e non più dell'Adunanza generale, com'era previsto in passato. È contemplata, tuttavia, la possibilità che esso venga emesso, su richiesta della competente Sezione consultiva o della Commissione speciale, dall'Adunanza generale, nel caso in cui si paventino contrasti giurisprudenziali (art. 12, comma 2, del D.P.R. n. 1199).

⁵³ V. art. 3, comma 1, lett. a), della Legge 14 gennaio 1994, n. 20. Secondo l'opinione più accreditata il controllo della Corte dei conti, che si estrinseca mediante il visto e la registrazione, dovrebbe limitarsi alla verifica della legalità formale del decreto decisorio, con esclusione di ogni valutazione di legittimità sostanziale sul contenuto della decisione. V., ad esempio, T. ANCORA, cit., p. 1399. Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, p. 1274.

riconducibile ad uno specifico Dicastero) di discostarsi da esso nei termini e secondo le modalità anzidette.

Un altro dato importante è che, nell'ordinamento previgente alla L. n. 69, non vi era una norma esplicita che attribuisse al Consiglio di Stato, nella sede consultiva del ricorso straordinario, la veste di “giudice *a quo*” ai fini della rimessione della questione di legittimità costituzionale.

Tale situazione era stata ritenuta, dalla Corte costituzionale, preclusiva della facoltà in parola. Con sent. 21 luglio 2004, n. 254⁵⁴, il giudice delle leggi precisava che l'impossibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale si giustificava pienamente sulla base del fatto che il Consiglio di Stato, in tale sede, emetteva “un parere”, quale “organo non giurisdizionale”. E anche i giudici di Palazzo Spada si erano espressi, in precedenza, per lo più, in linea con la Consulta⁵⁵.

Ora, l'art. 1, comma 1, terzo periodo, del D.P.R. n. 1199 del 1971, introdotto dalla stessa L. n. 69, ha previsto la possibilità per il Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere, ove sia necessario ai fini di vagliare la questione che ne è oggetto e ove essa non risulti manifestamente infondata, di sospendere l'espressione del parere stesso e di trasmettere gli atti alla Corte costituzionale, al pari di quanto è nella disponibilità della autorità giurisdizionale⁵⁶.

A distanza di circa un anno dall'adozione della L. n. 69, è entrato in vigore il codice del processo amministrativo che reca, agli art. 7, comma 8⁵⁷, 48⁵⁸ e 112, comma 2⁵⁹, alcune disposizioni considerate, direttamente o indirettamente, incidenti sulla asserita nuova connotazione dell'istituto (ma sul punto si ritornerà diffusamente in seguito).

In precedenza, il ricorso in parola non comportava pressoché alcun onere economico per il ricorrente. L'art. 37, comma 6, lett. s), del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111, nel sostituire l'art. 13, comma 6-*bis*, del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, al capoverso e), ha introdotto, anche per il ricorso straordinario al

⁵⁴ In *Foro amm. CDS* 2004, 2460, con nota di TARASCO A.L., *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente*, cit., pp. 2461 ss..

⁵⁵ V. Cons. Stato, Commiss. spec., par. 23 giugno 1997, n. 383/1997, in *Cons. Stato* 1998, I, 2062; Cons. Stato. Sez. III, par. 2 aprile 1996, n. 410/1996, in *Cons. Stato*, 1997, I, 958; Cons. Stato, Sez. II, par. 26 marzo 1997, n. 2524/1994, in *Cons. Stato*, 1998, I, 326. In senso opposto v., però, Cons. Stato, Sez. I, par. 19 maggio 1999, n. 650/1996, in *Cons. Stato* 2000, I, 179.

⁵⁶ In argomento cfr., tra i tanti, P. GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli, 1963.

⁵⁷ Sull'art. 7 del codice v., tra gli altri, N. PAOLANTONIO, cit., pp. 85 ss.; G. GIOVANNINI, R. CAPONIGRO, *Commento all'art. 7*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), cit., pp. 88 ss.; D. SATULLO, *Art. 7*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, cit., pp. 83 ss..

⁵⁸ Sull'art. 48 del codice v., tra gli altri, L. DONATO, *Art. 48*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, cit., pp. 520 ss.; G. PELLEGRINO, *Commento all'art. 48*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), cit., pp. 463 ss.; P. CARPENTIERI, *Art. 48*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., tomo II, pp. 866 ss..

⁵⁹ Sull'art. 112 del codice v., tra gli altri, R. AMADEO, *Art. 112*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, cit., pp. 1027 ss.; V. LOPILATO, *Commento all'art. 112*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), cit., pp. 879 ss.; M. TARICIOTTI, *Art. 112*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., tomo III, pp. 1629 ss..

Capo dello Stato, il pagamento del contributo unificato dell'importo di euro 600. L'art. 1, comma 25, lett. a), n. 3, della Legge 24 dicembre 2012, n. 228, nel modificare nuovamente il predetto capoverso e), ha aumentato la misura del contributo dovuto per il ricorso straordinario a euro 650. Di modo che, attualmente, esso è commisurato di entità pari rispetto a quello da versare per il corrispondente ricorso al T.A.R., in relazione a controversie di “valore indeterminabile”.

La norma sembra avere, però, come si dirà meglio in seguito, finalità che prescindono dalla presa coscienza della piena equiparazione del rimedio straordinario a quello giurisdizionale.

Il rimedio straordinario è stato coniato come istituto di “carattere generale”⁶⁰. E tale impostazione pare sostanzialmente confermata dall'attuale art. 7, comma 8, Cod. proc. amm., che prevede, come condizione per la sua esperibilità, la sussistenza, sull'oggetto controverso, della giurisdizione del giudice amministrativo.

Sicché, perché possa essere esperito a tutela di diritti soggettivi, deve trattarsi di ambiti materiali rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 Cod. proc. amm.)⁶¹.

Il ricorso è ammesso per soli motivi di legittimità⁶² dell'atto, *ex* art. 8, comma 1, del D.P.R. n. 1199, quindi, dovrebbe escludersi *tout court* con riferimento alle materie di giurisdizione estesa al merito⁶³.

⁶⁰ Tale espressione vuol dire che esso è esperibile in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge; non significa, invece, di applicazione generalizzata. V. Cons. Stato, Sez. III, par. 23 gennaio 2007 n. 2634/2006, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “il ricorso straordinario non è proponibile in quelle materie che la legge devolve ad un giudice speciale, come la Corte dei conti, le Commissioni tributarie e il Tribunale superiore delle acque pubbliche, ovvero in presenza di norme sulla giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo derogatorie rispetto ai principi generali e ritenute, perciò, attributive di competenze speciali e riservate”. V., pure, Cons. Stato, Sez. I, par. 24 novembre 1999 n. 929/1999, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1093.

⁶¹ In tal senso N. PAOLANTONIO, cit., p. 101; N. SAIITA, *Sistema*, cit., p. 903. Il principio si desume da Cons. Stato, Ad. gen., par. 22 febbraio 2011, n. 808/2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² Sui vizi di legittimità dell'atto amministrativo cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 484 ss.; A. PIRAS, voce *Invalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 598 ss.; G. CORSO, voce *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 84 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; P.M. VIPIANA *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997; R. CAVALLO PERIN, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, pp. 612 ss.; G. MORBIDELLI, *Invalità ed irregolarità*, in AA.VV., *Annuario A.I.P.D.A. 2002*, Milano, 2003, pp. 79 ss.; D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.

Sul vizio di incompetenza v. P. GASPARRI, voce *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pp. 68 ss.; F. MIGLIARESE, voce *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, pp. 1 ss.; A. CROSETTI, voce *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, pp. 204 ss..

Sul vizio di violazione di legge v. L. ORUSA, voce *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, pp. 857 ss.; R. LASCHENA, voce *Violazione di legge (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, pp. 1 ss.; R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, pp. 657 ss..

Sul vizio dell'eccesso di potere v. P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1964, pp. 124 ss.; G. DE CESARE, *L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1973; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce

Considerando, però, il tenore letterale dell'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm. che si riferisce alla “giurisdizione del giudice amministrativo”, e non solo a quella di “legittimità” (generale e/o esclusiva), e dell'art. 8, comma 1, del D.P.R. n. 1199, che richiama i “motivi di legittimità” alla base del ricorso, potrebbe non essere azzardato reputare le previsioni anzidette conciliabili tra di loro. Ciò nel senso di ammettere il ricorso straordinario anche nelle materie indicate dall'art. 134 Cod. proc. amm. (tranne che per il giudizio di ottemperanza al giudicato, per cui si ritiene impraticabile, e per i giudizi in materia elettorale, esclusi espressamente dal codice) e dalle altre leggi in cui il giudice amministrativo abbia giurisdizione estesa al merito, purché in ricorso siano dedotti unicamente vizi di legittimità e sia chiesto il mero annullamento dell'atto impugnato. Ove, invece, fossero dedotti vizi di merito ovvero la revoca, riforma o sostituzione dell'atto gravato, il ricorso deve dichiararsi inammissibile.

Ed infatti, il ragionamento che si faceva rinvia dalla considerazione che, nelle materie *de quibus*, la cognizione estesa al merito semplicemente si “aggiunge” e “consegue” a quella di legittimità dell'atto. Ragion per cui potrebbe, al limite, reputarsi ammissibile il ricorso straordinario anche nelle materie in questione, quando siano individuati e lamentati vizi di sola legittimità e richiesto il mero annullamento dell'atto che ne costituisce l'oggetto, perché ritenuto *ex se* soddisfacente dell'interesse del ricorrente.

Il ricorso in parola è, comunque, “alternativo-aggiuntivo” rispetto alla tutela apprestata dall'ordinamento attraverso la funzione giurisdizionale; esso è esperibile per l'impugnativa di atti amministrativi⁶⁴ “definitivi”⁶⁵, emanati da qualunque soggetto pubblico⁶⁶. È possibile gravare solo atti

Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, pp. 341 ss..

Sul tema dell'annullabilità dell'atto amministrativo, riconsiderato alla luce delle innovazioni alla disciplina generale del procedimento amministrativo introdotte dalla L. n. 15 del 2005, v., tra gli altri, AA.VV., *L'atto amministrativo: vizi di legittimità e nuove anomalie dopo la L. n. 15 del 2005 (modifiche ed integrazioni alla L. n. 241 del 1990)*, Santarcangelo di Romagna, 2005; A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le LL. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 625 ss.; A. POLICE, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, pp. 49 ss. F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo: profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Soveria Mannelli, 2009.

⁶³ In tal senso la più ampia letteratura. V., ad esempio, N. SAIITA, *Sistema*, cit., p. 903.

⁶⁴ In sede di ricorso straordinario può essere pronunciato l'annullamento di atti amministrativi generali o a contenuto normativo, che avrebbe efficacia *erga omnes*, secondo i principi generali. Cfr. art. 14, commi 3 e 4, del D.P.R. n. 1199.

In precedenza, si era, talvolta, ritenuto praticabile il rimedio in parola anche per l'impugnativa degli “atti di gestione” del rapporto di lavoro del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che queste ultime adottano in veste di datori di lavoro, non aventi natura di atti amministrativi, ma carattere privatistico-negoziale (licenziamenti, sanzioni disciplinari, trasferimenti, collocamenti in aspettativa ecc.). V., in tal senso, Cons. Stato, Ad. gen., par. 10 giugno 1999, n. 9/1999, in *Cons. Stato* 1999, I, 1980, e in *Foro amm.* 1999, 2160. In dottrina sul tema cfr. V. TENORE, E.A. APICELLA, *Corte di cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di impiego pubblico privatizzato*, in *Foro amm.*, 1999, pp. 2166 ss.; S. PIGNATARO, *Gli atti di organizzazione e di gestione del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Cons. Stato*, 2002, II, pp. 1435 ss., e, spec., pp. 1450-1452; A. CORPACI, *Controversie in materia di lavoro pubblico e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: il Consiglio di Stato alla riconquista dei territori perduti*, in *Lav. nelle P.A.*, 2000, pp. 461 ss. Propendendo per l'ipotesi affermativa, gli atti di gestione sarebbero stati sindacati sotto i profili

amministrativi definitivi, potenzialmente oggetto di sindacato del giudice amministrativo, perché lesivi di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi⁶⁷.

Peraltro, oggi la previsione che ha reso vincolante, nei confronti del Ministro, il parere del Consiglio di Stato ha superato alcuni dubbi sulla compatibilità dell'istituto con l'autonomia delle Regioni, ancorché con riferimento alla sola fase decisoria.

In precedenza, erano stati sollevati dei conflitti di attribuzione, ritenendosi, talvolta, che l'istruzione del ricorso, per gli atti regionali, dovesse spettare alle Regioni. La Consulta, con sent. n. 31 del 1975⁶⁸, aveva affermato (stante l'originario impianto del Titolo V, Parte II, Cost.) che l'istruttoria del ricorso straordinario competesse legittimamente allo Stato, potendo le Regioni coadiuvare il Ministero competente nell'espletamento dell'attività in questione.

Dopo la riforma del titolo V, Parte II, Cost., attuata con Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la univocità della disciplina del ricorso e la generale competenza di organi centrali (Presidente della Repubblica, Ministro preposto alla branca amministrativa di riferimento, Consiglio di Stato), sembra asseverata dalla previsione di una materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art.* 117, comma 2, lett. l), Cost. che ingloba ed insiste sull'intero ambito della “giustizia amministrativa”, implicando una regolamentazione statale uniforme in tema in ogni contesto.

In effetti, con la posizione autonomistica delle Regioni e degli enti locali corroborata costituzionalmente, il problema della compressione delle relative prerogative sembrerebbe restare, comunque, non particolarmente incombente. Ciò, essendo la funzione di rendere giustizia una materia

di illegittimità dell'atto amministrativo e non delle patologie negoziali, creando, in tal modo, distonie valutative, ancorché si potessero registrare aree di comunanza e attiguità. Ora la diatriba risulta superata, considerando il parallelismo tra la giurisdizione del giudice amministrativo ed il ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm. Di modo che è esclusa *tout court* la possibilità di impugnativa, tramite il rimedio straordinario, di atti soggetti al sindacato del giudice ordinario in veste di giudice del lavoro, come quelli di gestione e di micro-organizzazione del personale alle dipendenze delle P.A. V., per tutti, Cons. Stato, Ad. gen., par. n. 808/2010 del 2011, cit.

⁶⁵ Sul concetto di definitività dell'atto v., per tutti, N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 905; L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, cit., pp. 2127 ss..

⁶⁶ Sono esclusi gli atti emanati dalla Regione Siciliana, ricorribili al Presidente della Regione con una procedura analoga e parallela a quella del ricorso straordinario al Capo dello Stato, *ex art.* 23, comma 4, dello Statuto speciale della Sicilia, nonché quelli soggetti al sindacato della Sezione autonoma di Bolzano del T.R.G.A. del Trentino Alto-Adige, a mente dell'art. 7, comma 3, del Decreto del Presidente della Repubblica 6 aprile 1984, n. 426, recante norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione medesima.

Sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, cfr. A. DE ROBERTO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione*, in *Atti del Convegno sulla giustizia amministrativa in Sicilia*, Milano, 1988, pp. 207 ss.; V. SALAMONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana: problematiche attuali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008

⁶⁷ In argomento la bibliografia è vastissima. Cfr., *ex multis*, E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, Padova, 1999. Sull'interesse legittimo rilevante il contributo di F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

⁶⁸ Citata nella nota n. 15.

statale poco sensibile alle istanze autonomistiche e di differenziazione territoriale ed essendo predominante, al contrario, l'esigenza di regole che postulino soggetti agenti, procedure e condizioni univoci, a garanzia dell'esercizio unitario della stessa⁶⁹.

Il Ministro, peraltro, non è titolare di un'effettiva e pregnante influenza sulla decisione e, per tale ragione, sono venute meno anche le obiezioni su cui si fondava l'esclusione, per le amministrazioni statali, della facoltà di proporre l'opposizione, prima legata alla circostanza che l'esito del ricorso sarebbe stato deciso in base ad una sua proposta⁷⁰.

Una volta presentato il ricorso ed integrato il contraddittorio, il Ministero competente per materia deve procedere alla sua istruzione, raccogliendo tutti gli elementi utili. Sicché, in tale sede, devono essere assunte le controdeduzioni dell'amministrazione interessata ed eventuali memorie e difese dei controinteressati o intervenienti, disposti approfondimenti, esibizioni di documenti, verificazioni, audizioni delle parti ecc..

Se l'istruttoria fosse considerata inadeguata o carente o vi fossero contraddizioni tra atti e documenti presentati, sarebbe possibile, su richiesta della Sezione consultiva del Consiglio di Stato investita, sollecitare approfondimenti, facendo acquisire atti o prove integrativi, *ex art. 13 del D.P.R. n. 1199*.

L'istruttoria è "riservata": non vi sono, infatti, pubbliche udienze e non vi è difesa orale⁷¹. L'attività di assunzione della prova non è pienamente parificabile, quanto ai mezzi ammessi (es. esclusione della consulenza tecnica d'ufficio e della testimonianza) e alle modalità di acquisizione e alla circostanza che si forma nel contraddittorio delle parti ecc., al corrispondente ambito processuale. Del resto, come si diceva, può mancare del tutto, nel quadro della procedura in esame, la difesa tecnica di un avvocato.

L'ente autore dell'atto gravato affiderà, in genere, le controdeduzioni all'Avvocatura dello Stato o all'ufficio legale in essa costituito o, al più, ad un professionista esterno incaricato e questo può determinare uno squilibrio nella attività di difesa che si potrebbe ripercuotere negativamente sulla posizione della parte privata, specie se si tratta di un cittadino comune.

Vi è, poi, un ulteriore elemento da considerare: in generale, nella procedura contenziosa in esame, il principio del contraddittorio è più tutelato rispetto agli altri ricorsi amministrativi⁷², *in primis* rispetto a

⁶⁹ Il profilo dei rapporti tra ricorsi amministrativi e autonomia regionale è affrontato ampiamente da A. MEALE, cit., *passim*. Sul punto cfr. P. TANDA, cit., pp. 128-129, secondo cui, stante l'attuale assetto costituzionale, risulta quantomeno dubbia la legittimità della centralizzazione della procedura in esame.

⁷⁰ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 166. In giurisprudenza v. Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit..

⁷¹ Anche se, nella prassi, avviene la fissazione di una udienza pubblica dinanzi alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato investita, per sentire le parti prima di rendere il parere. Sul punto v. L. MARUOTTI, *Il ricorso*, cit.

⁷² A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 162.

quello gerarchico⁷³. Esso, però, non è garantito con l'identica intensità della sede giudiziale, soprattutto perché si esplica su posizioni ed argomenti rappresentati essenzialmente *per tabulas*.

Diversi studiosi⁷⁴ hanno evidenziato come vi siano evidenti analogie tra il rimedio straordinario e il ricorso giurisdizionale amministrativo quanto all'interesse e alla legittimazione a ricorrere, alla decorrenza del termine di decadenza per impugnare, all'istruzione probatoria, al ricorso incidentale, alla possibilità di richiedere la revocazione.

Qualche autore⁷⁵ ha osservato che il ricorso straordinario costituirebbe un rimedio amministrativo di carattere generale di tipo anomalo, in quanto unirebbe ad un impianto di fondo chiaramente amministrativo un procedimento contenzioso ed attiene alla legittimità dell'atto amministrativo impugnato. In esso si riscontrerebbero, sotto diversi profili, forti analogie con il ricorso giurisdizionale. La decisione possiede peculiarità assimilabili al sistema giurisdizionale (quanto all'interesse a ricorrere, all'instaurazione del contraddittorio, alla previsione di termini di decadenza, alla possibilità di censure di sola illegittimità, con esclusione di quelle di merito, alla possibilità di concedere la sospensione dell'atto impugnato, nonché alla possibilità di proporre motivi aggiunti); ma, dall'altro, resterebbe, comunque, una decisione amministrativa. Quindi, la decisione sul ricorso straordinario rivelerebbe una natura propria, ossia tipica, non inquadrabile esaustivamente in una categoria dogmatica generale.

Secondo altri⁷⁶ il rimedio in parola sarebbe uno strumento di tutela del tutto atipico e singolare, che non può essere equiparato ad altri rimedi previsti dal nostro ordinamento. Tale mezzo di impugnazione, pur

⁷³ A riguardo N. PIGNATELLI, *Sulla "natura"*, cit., evidenzia che il contraddittorio nell'ambito del rimedio straordinario troverebbe la propria garanzia in alcune (originarie) norme del D.P.R. n. 1199. Innanzitutto l'art. 9, comma 2, il quale dispone che il ricorso deve essere notificato, a pena di inammissibilità, ad almeno uno dei controinteressati, che potranno presentare deduzioni e memorie (art. 9, comma 4). Diversamente dalla logica del ricorso gerarchico, per il quale la mancata notifica non è sanzionata con la inammissibilità, nell'ipotesi in cui la notifica venga effettuata soltanto ad alcuni, è il Ministero competente che ordina l'integrazione del contraddittorio (art. 9, comma 5), indicando i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere, così come accade davanti al giudice amministrativo. Tra l'altro i controinteressati, per quanto l'art. 10, comma 3, limiti ai soli vizi di forma o di procedimento l'impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato della decisione di accoglimento, possono far valere anche motivi di carattere sostanziale, nell'ipotesi in cui siano stati pretermessi e non abbiano così potuto richiedere la trasposizione giurisdizionale (art. 10, comma 1); sembrerebbe garantita, in modo analogo all'opposizione di terzo nel giudizio amministrativo, l'effettività del principio secondo il quale la decisione della lite non può arrecare diretto pregiudizio a chi non si è potuto difendere nel processo (art. 24 Cost.). L'art. 13 del D.P.R. n. 1199, invece, promuove il contraddittorio in un diverso momento procedimentale, ossia quando il Ministero competente, su richiesta del Consiglio di Stato, integri talune carenze "istruttorie", autorizzando le parti ad assistere alle nuove verificazioni ministeriali nonché a produrre nuovi documenti. Per di più l'art. 9, comma 4, del D.P.R. n. 1199 riconosce al controinteressato la possibilità di proporre ricorso incidentale, quello stesso atto processuale con cui può essere ampliato il *thema decidendum* dinanzi al giudice amministrativo.

⁷⁴ V. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 654. V. pure F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2378.

⁷⁵ G.P. JARICCI, cit., 2007, pp. 106, 116.

⁷⁶ F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., p. 825.

avendo elementi in comune sia con i ricorsi amministrativi sia con i ricorsi giurisdizionali, sfugge, per i suoi tratti peculiari, ad ogni tentativo di classificazione.

In effetti, si è sottolineato⁷⁷ come le analogie con i rimedi giurisdizionali non facciano velo alla mancanza di quegli elementi, rimarcati anche dalla Corte cost. sent. n. 298 del 1986, cit., quali la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica e l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente, che costituiscono fondamentali caratteristiche dell'attività giurisdizionale⁷⁸.

L'organo che espleta l'istruttoria (Ministro) è un soggetto appartenente all'apparato dello Stato e politicamente schierato e quello che esprime il parere (Consiglio di Stato) non pare offrire garanzie di terzietà ed indipendenza identiche o a quelle facenti capo ai magistrati nell'esercizio della funzione giurisdizionale, nonostante la previsione dell'art. 100, comma 3, Cost..

Il soggetto che emana il decreto decisorio (Capo dello Stato) è una figura *super partes*, ma l'imputazione ad esso è prevalentemente, anche se non esclusivamente, formale, e, comunque, tale organo è irresponsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni a norma dell'art. 90, comma 1, Cost. (salvo i casi estremi dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione; ipotesi che appaiono assai difficilmente integrabili nella fattispecie). Sarebbe il Ministro proponente, infatti, che assumerebbe, con la controfirma, la responsabilità politica e giuridica della decisione⁷⁹.

Senonché, con l'eliminazione di qualsiasi possibilità di disattendere il parere del massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa delle Repubblica, da parte del Consiglio dei Ministri, esercitabile su proposta del Ministro competente per materia, pare corretto ritenere che la responsabilità della decisione sia addebitabile, *in primis*, ai magistrati del Consiglio di Stato che esprimono parere, ai sensi della Legge 13 aprile 1988, n. 117 (Legge Vassalli), e successive modificazioni ed integrazioni [azione esercitata nei confronti dello Stato con diritto di (parziale) rivalsa dello Stato nei riguardi dei magistrati, nesso diretto di causalità tra condotta e pregiudizio, danno cagionato con dolo o colpa grave ecc.]⁸⁰. Ciò considerato che l'art. 1 di tale legge precisa che essa è applicabile (anche) ai magistrati amministrativi “che esercitano un'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni” e proprio tale inciso fa ritenere ricompresi i giudici assegnati a consessi che esplicano funzioni consultive.

⁷⁷ M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 654.

⁷⁸ Per F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2376, “L'attuale disciplina del ricorso straordinario è ben lungi dal potere essere considerata rispettosa delle caratteristiche del giusto processo. Tenendo conto di ciò, l'affermazione della natura giurisdizionale, già per questa ragione, appare fondata su presupposti inadeguati”.

⁷⁹ V. Corte cost., sent. n. 31 del 1975, cit. In dottrina sembra condividere la posizione della Consulta, anche dopo le riforme del 2009, M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 667.

⁸⁰ Sulla responsabilità civile dei magistrati cfr. L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati: commento teorico-pratico alla Legge 13 aprile 1988, n. 117*, Milano, 1989; N. PICARDI, R. VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice: commentario alla Legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, Padova, 1990.

In *secundis*, potrebbe essere considerato responsabile civilmente (e non solo) il Ministro, individualmente, *ex art. 95*, comma 2, Cost.⁸¹, letto in connessione all'art. 28 Cost.⁸² e all'art. 97 Cost., per eventuali danni, cagionati agli interessati con dolo o colpa, riguardanti anomalie o distorsioni nello svolgimento dell'istruttoria non rilevabili, contestabili o, in qualche modo, eludibili o superabili dal Consiglio di Stato investito della potestà di emettere parere⁸³.

La più alta carica dello Stato che firma il decreto non dovrebbe opporre veti di merito e, in un certo qual modo, dovrebbe “approvare” *de plano* il parere stesso e recepire quanto “consigliato” dal massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa della Repubblica e tradotto nella proposta di decreto avanzata dal Ministro. Ciò salvi i casi di evidente illegittimità⁸⁴ in cui deve ritenersi possa restituirlo al Consiglio di Stato per un riesame indicandone le specifiche ragioni⁸⁵.

⁸¹ Secondo cui “I Ministri sono responsabili, collegialmente, degli atti del Consiglio dei Ministri e, individualmente, degli atti dei loro Dicasteri”.

⁸² Secondo tale norma costituzionale “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Sull'art. 28 Cost. cfr., tra i tanti, F. SATTA voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1369 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, pp. 356 ss.; E. CASETTA voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 210 ss.; M. BENVENUTI, *Art. 28 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo. I, Torino, 2006, pp. 580 ss., e la bibliografia ivi indicata.

⁸³ Sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione la bibliografia è molto copiosa. Tra gli studi monografici meno datati possono validamente consultarsi R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano, la responsabilità della pubblica amministrazione. dopo la Legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001; F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, Padova, 2002; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003; R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004; P. SANTORO, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2004; F.F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004; G. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004; E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004; AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005; M. DIDONNA, *La tutela civile del giudice amministrativo*, Milano, 2005; F. AGNINO, *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano, 2005; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica: fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005; A. LIBERATI, *Il risarcimento del danno cagionato dalla pubblica amministrazione*, Padova, 2005; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005; AA.VV., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 2008*, Milano, 2009; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; M. CORRADINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 2011.

⁸⁴ Nella sua funzione di garante dei principi supremi dell'ordinamento, il Capo dello Stato, quale rappresentante dell'unità nazionale, esercita un controllo su tutti gli atti a sua firma, che si realizza attraverso l'esercizio di una valutazione del merito costituzionale, volto a garantire principi supremi dell'ordinamento e diritti inalienabili della persona. In tale direzione O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 794.

⁸⁵ V. P. TANDA, cit., p. 55. La richiesta di riesame del parere reso dal Consiglio di Stato è ammessa eccezionalmente dalla giurisprudenza. V., già, Cons. Stato, Ad. gen., par. 4 aprile 1991, n. 23/1991, in *Cons. Stato*,

In conformità ad una regola canonizzata costituzionalmente per le leggi (art. 74 Cost.), ma valida anche per i regolamenti, il Capo dello Stato può eccepire, in sede di promulgazione o emanazione, l'illegittimità del provvedimento che gli è stato sottoposto.

Sicché, nella fattispecie, il Consiglio di Stato, in caso di rilevata illegittimità del parere da parte del Presidente della Repubblica (segnatamente per violazione di regole costituzionali o di precetti desumibili dal tessuto costituzionale, ovvero quando esso appaia di evidente illegittimità o non sufficientemente motivato oppure presenta un motivazione palesemente incongrua o contraddittoria ecc.), dovrebbe riesaminare la questione ed, eventualmente, rinnovarla, senza modifiche del suo contenuto, con un apposito “atto di conferma”, adeguatamente motivato sulla base dei rilievi del Capo dello Stato, e non già un “atto meramente confermativo”.

In caso di rinvio, sarebbe corretto che il Presidente della Sezione consultiva che ha emanato il parere contestato rimetta la questione alla Adunanza generale.

Invero, va detto che esso si ritiene tradizionalmente irrettabile ed immodificabile, cioè, una volta emanato, si reputa non possa essere oggetto di ripensamento, ovvero di un procedimento di secondo grado⁸⁶. Ma la situazione *de qua* è del tutto particolare, onde non pare doversi fare riferimento alla teoria generale del diritto amministrativo; né la funzione del Presidente della Repubblica può ridursi a quella di una semplice presa d'atto, pena lo svilimento completo della sua figura e dell'autonoma connotazione del decreto decisorio.

Nell'ipotesi di riesame del parere e di condivisione dei rilievi presidenziali, il Consiglio di Stato dovrà modificarlo nel senso indicato, motivarlo e ritrasmetterlo al Ministro perché venga rielaborata la proposta di decreto e sottoposta nuovamente al Capo dello Stato per l'approvazione.

Diversamente, ove il Capo dello Stato, in sede di sottoscrizione del decreto, non abbia ravvisato elementi distorsivi nel parere esso verrebbe emanato senza intoppi.

Nell'ipotesi, poi, in cui il Consiglio di Stato confermi il precedente parere senza modifiche sostanziali, motivando adeguatamente il dissenso, deve ritenersi che il Presidente della Repubblica, in simmetria con la predetta regola valida per le leggi, non possa apporre veti ulteriori e debba approvare la proposta

1992, I, 1500. A riguardo sottolinea M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 666, come “dopo la spedizione del parere all'amministrazione competente il Consiglio di Stato può essere nuovamente investito dalla questione solo mediante una formale richiesta di riesame”. Il che può avvenire in casi tassativi quali la presenza di vizi revocatori (es. errore di fatto) o in caso di contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati o di difformità all'ordinamento per *ius superveniens*. In tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 1991, n. 1020/1990, in *Dir. proc. amm.* 1997, 602, con nota di A. ANGIULI, *Clausole “esorbitanti” nel mutuo di scopo e garanzie amministrative (Dell'obbligo dell'ente pubblico mutuuario di restituire alla Casa depositi e prestiti quod numquam accepit)*. V., pure, tra le altre più di recente v., Cons. Stato, Sez. III, par. 2 dicembre 2009, n. 2870/2009, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2956; Cons. Stato, Sez. II, par. 9 marzo 2011, n. 4421/2008, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1022; Cons. Stato, Sez. II, par. 18 settembre 2010, n. 1179/2008, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2010. In dottrina, sul punto, v. pure F. SAIITA, *Il ricorso*, cit., p. 1318.

⁸⁶ Come ricordano F. SAIITA, *Il ricorso*, cit., p. 1318; O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 815.

di D.P.R. ancorché non la ritenga condivisibile nel merito. Altrimenti potrebbe insorgere un “conflitto di attribuzioni” che vedrebbe, con ogni probabilità, prevalente la posizione del Consiglio di Stato, quale soggetto ordinariamente competente a connotare il parere e responsabile del suo contenuto.

In definitiva, il Capo dello Stato esplica un ulteriore filtro garantista sulla legittimità e correttezza della decisione e non un ruolo meramente formale⁸⁷. Non paiono addossabili (come si accennava), però, eventuali responsabilità per danni derivanti dalla decisione alla prima carica dello Stato, salvo casi di scuola.

Ebbene, essendo il rimedio in parola alternativo rispetto a quello giurisdizionale amministrativo, si è posto il problema se esso contrasti con la previsione di cui all’art. 113 Cost.⁸⁸.

La Corte cost., già con sent. 2 luglio 1966, n. 78⁸⁹, ha negato si possa configurare il contrasto ipotizzato, perché l’attivazione del rimedio in questione è frutto di una autonoma scelta del ricorrente.

In effetti, colui che propone il ricorso straordinario scientemente e spontaneamente sceglie di risolvere la controversia al di fuori del processo amministrativo con garanzie procedurali più attenuate rispetto a quelle della sede giudiziale e opta per la definizione con un provvedimento avente un’efficacia diversa e meno intensa della sentenza.

A loro volta, la pubblica amministrazione resistente, i controinteressati e cointeressati che non facciano opposizione nel relativo procedimento, per chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale amministrativa, volontariamente assecondano la decisione del ricorrente, che sceglie la via alternativa al giudizio, rinunciando a garanzie identiche rispetto a quelle proprie del processo⁹⁰.

D’altra parte, è preclusa alla parte soccombente l’impugnazione nel merito, ex art. 113 Cost., del D.P.R. con il quale viene deciso il ricorso straordinario e ciò si spiega proprio in quanto si è realizzata la definizione della controversia in una delle due sedi alternative offerte dall’ordinamento per scelta delle parti⁹¹.

⁸⁷ Per P. TANDA, cit., p. 96, il Capo dello Stato, con il relativo decreto, fa proprio il contenuto del parere in funzione di controllo formale di legalità, analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti (come ad esempio in Olanda).

⁸⁸ L’art. 113 Cost. dispone: “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

Sull’art. 113 Cost. v. G. BERTI, *Norme sulla giurisdizione: art. 113 (e 103, 1° e 2° comma) Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura*, tomo IV, Bologna-Roma, 1987, pp. 85 ss.; F. SAIITA, *Art. 113*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., tomo III, pp. 2137 ss., e la bibliografia ivi citata.

⁸⁹ In *Cons. Stato* 1966, II, 386.

⁹⁰ Cfr. L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 45-46, 123.

⁹¹ Sulla concezione del ricorso straordinario come strumento (amministrativo) rimesso alla libera scelta delle parti, effettuata sulla base di una valutazione di convenienza di “prescindere dalla garanzia della tutela

L'alternatività di cui si è detto non opera, però, a trecentosessanta gradi, non foss'altro perché lo stesso art. 8, comma 1, puntualizza il carattere prettamente “impugnatorio” del rimedio.

Esso è stato escluso tradizionalmente per alcune domande⁹², come quelle di mero accertamento⁹³ e di condanna⁹⁴, compresa quella di risarcimento del danno⁹⁵, nonché nei procedimenti speciali, quali le azioni avverso il silenzio-rifiuto⁹⁶ e per l'accesso agli atti e documenti amministrativi⁹⁷, oltre che per l'ottemperanza al giudicato⁹⁸.

Vi sono state, però, aperture del Consiglio di Stato, oltre che della dottrina⁹⁹, dirette ad ammettere il rimedio in esame in ipotesi prima escluse, come è avvenuto per la condanna al risarcimento del danno¹⁰⁰ e per l'azione avverso il silenzio-rifiuto¹⁰¹.

In diversi pareri, il Consiglio di Stato¹⁰², ha ritenuto, poi, ammissibile la proposizione di “motivi aggiunti” nell'ambito della procedura *de qua*, ancorché il D.P.R. n. 1199 non ne faccia cenno¹⁰³; mentre, alcune sentenze del giudice amministrativo¹⁰⁴ hanno reputato vigente, anche relativamente ai ricorsi

giurisdizionale” cfr. pure Corte cost., ord. 19 dicembre 2006, n. 432, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3271, nella scia di Corte cost., sent. n. 29 luglio 1982, n. 148, in *Cons. Stato*, 1982, II, 862.

⁹² Sulle limitazioni oggettive per ottenere tutela tramite il ricorso straordinario cfr. P. TANDA, cit., pp. 99 ss.; F. SAITTA, *Il ricorso*, cit., pp. 1295 ss.. Cfr. Cons. Stato, Sez. riun. I e II, par. 7 maggio 2012, n. 2131/2012, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui si è in presenza di un rimedio di tipo impugnatorio a carattere demolitorio nel cui ambito non sono proponibili azioni di mero accertamento, come quelle previste dal codice del processo amministrativo. in tema di rito per l'accesso agli atti amministrativi o contro il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione.

⁹³ Per l'esclusione del *petitum* di mero accertamento v. Cons. Stato, Sez. III, par. 16 giugno 1992, n. 1932/1991, in *Cons. Stato*, 1994, I, 109.

⁹⁴ Per l'inammissibilità di domande di condanna v. Cons. Stato, Sez. I, par. 6 novembre 2013, n. 3051/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ Numerose sono le posizioni contrarie all'ammissibilità della richiesta di risarcimento del danno in sede di ricorso straordinario. V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2003, n. 4631/2002, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1706; Cons. Stato, Sez. I, par. 9 gennaio 2008, n. 4282/2007, in *Giurisd. amm.*, 2008, I, 84.. In dottrina v. R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 1066-1067; C. VOLPE, cit..

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. I, par. 9 gennaio 2013, n. 4838/2010, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina v. R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 1053; C. VOLPE, cit..

⁹⁷ V. R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 1053; C. VOLPE, cit..

⁹⁸ Il Cons. Stato, Sez. I, par. 15 novembre 2000, n. 980/2000, in *Cons. Stato* 2001, I, 1031, ha sostenuto (poco meno di un decennio prima dell'adozione del codice, ma con considerazioni tuttora valide) che, quanto al giudizio di ottemperanza, dal carattere inderogabile della competenza del giudice precedente, è corollario che non può esperirsi il ricorso straordinario per contestare l'inottemperanza dell'amministrazione. In dottrina v. R. DE NICTOLIS, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 1053.

⁹⁹ Cfr. P. TANDA, cit., pp. 99 ss..

¹⁰⁰ V., tra le altre, Cons. Stato, Sez. II, par. 30 aprile 2003, n. 1036/2002, in *Cons. Stato* 2003, I, 2648, e in *Foro it.*, 2004, III, 223. Cfr., pure, C.G.A.R.S., Sez. riun., par. 19 febbraio 2008 n. 409/2007, in *Urb. e app.*, 2008, 1313, con commento di M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria*, cit., pp. 1313 ss. In dottrina alla soluzione favorevole perviene P. TANDA, cit., spec. pp. 102 ss..

¹⁰¹ V. Cons. Stato, Sez. III, par. 22 aprile 2002, n. 502/2002, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2065.

¹⁰² V. Cons. Stato, Commiss. spec., par. 29 febbraio 2000, n. 201/1999, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2805; Cons. Stato, Sez. III, par. 3 luglio 2001, n. 923/2000, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰³ V. F. SAITTA, *Il ricorso*, cit., p. 1312.

¹⁰⁴ V., tra le altre, C.G.A.R.S., Sez. giurisd., sent. 10 giugno 2009, n. 541, in www.giustizia-amministrativa.it.

straordinari, il principio, dettato in tema di provvedimenti giurisdizionali, secondo cui la decisione “copre il dedotto ed il deducibile”.

Dubbi sono sorti in ordine alla possibilità di esperire il ricorso straordinario per la procedura di risoluzione accelerata delle controversie, prevista dall'art. 119 Cod. proc. amm., pur prevalendo la soluzione affermativa¹⁰⁵.

Si scontrano due tensioni contrapposte: da un lato, il principio secondo cui il ricorso in esame è finalizzato ad ottenere una tutela di “tenore analogo” a quella giurisdizionale; dall'altro, l'oggetto del ricorso che, come si diceva, ai sensi dell'art. 8, comma 1, del D.P.R. n. 1199, è individuato nella impugnazione di un provvedimento amministrativo definitivo.

Va considerato, tuttavia, che negli anni Settanta del secolo scorso, quando è stato adottato il D.P.R. n. 1199, il processo amministrativo era un giudizio prettamente impugnatorio, cioè un giudizio sull'atto (e non sul rapporto, come ora si ritiene in prevalenza), le azioni di accertamento erano pressoché assenti, mentre non era prevista la possibilità di condanna, da parte del giudice amministrativo, al risarcimento del danno. Ragon per cui potrebbe argomentarsi che l'evoluzione dell'ordinamento debba involgere anche il ricorso straordinario nella direzione di una estensione delle possibilità e delle prerogative con esso esercitabili.

Vanno, però, tenute presenti le diversità strutturali e funzionali tra i due rimedi (quello giurisdizionale amministrativo e quello straordinario).

A questo punto, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore o, in assenza di questo, una presa di posizione netta e congruamente motivata dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, che indichino i limiti del rimedio in questione, cioè le materie o i procedimenti per cui esso non è praticabile o le azioni con esso non esperibili.

Certamente, il rimedio in parola non può essere utilizzato per risolvere il contenzioso in alcune materie, quali le vertenze sugli pubblici appalti e quelle in materia elettorale per l'esclusione espressa operata rispettivamente dagli artt. 120, comma 1, e 128 Cod. proc. amm., evidentemente in considerazione della tipicità dei relativi giudizi e dei tempi rapidi previsti per la loro definizione¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 802. V. R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo* in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. desume dalla circostanza che l'(implicita) esclusione dell'impugnabilità mediante ricorso straordinario è espressamente riferita agli “atti delle procedure di affidamento (art. 120 Cod. proc. amm.)”, argomentando *a contrario* che, nelle materie di cui all'art. 119 Cod. proc. amm., il ricorso straordinario sia ammissibile.

¹⁰⁶ A. POZZI, *Riflessioni*, cit., evidenzia che 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.]”, ma, sottolinea l'A., anche che il ricorso straordinario si giustifica per la sua celerità. Altrettanto non può dirsi degli appalti, il cui rito con termini abbreviati è comune ad altri contenziosi pur attivabili con ricorso straordinario (art. 119 Cod. proc. amm.).

In ogni caso, si è registrato, in tempi recenti, un potenziamento delle possibilità di difesa delle parti nel ricorso in questione. In tale direzione il Consiglio di Stato¹⁰⁷ ha riconosciuto alle parti, il diritto di richiedere copia degli atti dell'istruttoria e di ottenere la fissazione di un termine congruo per presentare successivamente documenti e memorie.

Sarebbe stata introdotta, così, secondo una parte della dottrina¹⁰⁸, nel procedimento in esame, una dialettica fra le parti assai prossima a quella processuale; ma altri autori¹⁰⁹ ritengono che lo schema procedimentale del rimedio suddetto sia tuttora distante da quello processuale.

Certo l'equipollenza a “tutto sesto”, tra i due ricorsi, manca.

È opportuno accennare, poi, ad alcuni aspetti del rimedio utili ad una lettura critica, in quanto ripresi in seguito e verificati alla luce delle evoluzioni che l'istituto ha subito.

Il D.P.R. di accoglimento, secondo quanto si evince dall'art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 1199, è impugnabile, dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (letteralmente) dai “controinteressati a cui sia stato notificato il ricorso”, solo per vizi del “procedimento” e della “forma”¹¹⁰. Ciò a condizione, ponendosi in linea con l'opinione generalmente accolta, che tali vizi riguardino fasi del procedimento successive al parere del Consiglio di Stato¹¹¹; con esclusione di ogni possibilità di sindacato in ordine a quanto già valutato in sede di emissione del parere¹¹².

¹⁰⁷ Cons. Stato, Sez. riun. I e II, par. n. 2131/2012 del 2012, cit..

¹⁰⁸ A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 167.

¹⁰⁹ Per N. SAIITA, *Sistema*, cit., p. 914, però, il modello di istruttoria previsto dal D.P.R. n. 1199, “basato sull'affidamento dell'indagine e l'acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti e con esclusione di strumenti quali la consulenza tecnica d'ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale”.

¹¹⁰ V. in dottrina, tra gli altri, L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, cit., p. 2164; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 166; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, pp. 494-495; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 243-244; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 673.

¹¹¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol II, p. 1269; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 166; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 18; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 293 ss. Sul punto G.P. JARICCI, cit., 2007, pp. 104 ss. e, spec., pp. 105-106, ricorda che, secondo un orientamento giurisprudenziale, il provvedimento decisorio emesso su ricorso straordinario è impugnabile davanti al giudice amministrativo anche per vizi interni al parere del Consiglio di Stato, mentre, secondo un altro orientamento giurisprudenziale, gli *errores in procedendo* sarebbero configurabili solamente per fasi successive al detto parere. La prima opinione utilizza sia argomenti letterali fondati sulla dizione dell'art. 10 del D.P.R. n. 1199 che non autorizzerebbe distinzioni di fasi nel procedimento decisorio, prevedendo la possibilità del rimedio giurisdizionale per tutti i casi di vizi di forma e di procedimento, senza fare salvo il parere del Consiglio di Stato, sia argomenti sostanziali connessi alla necessità di tutela del diritto di difesa che verrebbe ad essere altrimenti compresso. Il secondo orientamento, invece, nel limitare la possibile rilevanza degli *errores in procedendo* alla fase successiva all'espressione del parere del Consiglio di Stato, risponde all'esigenza di evitare che l'impugnativa in sede giurisdizionale si risolva in un riesame del giudizio espresso da detto organo in sede consultiva, con conseguente sovrapposizione della decisione giurisdizionale alla decisione del ricorso straordinario e si pone, quindi, come corollario del principio di alternatività proprio del sistema introdotto dal D.P.R. n. 1199.

¹¹² V. Cons. Stato, Ad. plen. 10 giugno 1980, n. 22, in *Foro amm.*, 1980, I, 1184; Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 febbraio 2007, n. 999, in www.giustizia-amministrativa.it.

È, invece, inammissibile, come si è accennato, in coerenza con la natura di rimedio alternativo rispetto a quello giurisdizionale amministrativo, l'impugnativa dello stesso nel merito¹¹³; in altri termini, è preclusa alle parti l'impugnazione, dinanzi al giudice amministrativo, della decisione che è stata oggetto del ricorso straordinario¹¹⁴.

Tuttavia il decreto decisorio, secondo l'opinione prevalente¹¹⁵, è soggetto a gravame dinanzi al giudice amministrativo, con la garanzia del doppio grado di giudizio, per qualsiasi vizio di legittimità, su iniziativa dei “controinteressati pretermessi”, che, non essendo stati evocati nella procedura, siano rimasti, oltre che estranei al contraddittorio instaurato, anche pregiudicati dalla decisione presidenziale.

Il D.P.R., ritenuto tradizionalmente un atto amministrativo, dovrebbe, in quanto lo si consideri tale, essere disapplicabile da parte del giudice ordinario¹¹⁶, ove venisse in rilievo durante un processo e fosse ritenuto illegittimo.

Inoltre ad esso (come si è detto), per espressa previsione di legge, si applicano le norme previste per la revocazione delle sentenze.

Per quanto attiene alle misure che possono essere concesse nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato, va sottolineato che la L. n. 205 ha previsto (come si è già accennato) una modalità per garantire una tutela interinale e provvisoria.

Secondo quanto dispone tuttora l'art. 3, comma 4. della L. n. 205, infatti, “a richiesta del ricorrente”, ove siano allegati “danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto impugnato”, la “sospensione” del medesimo può essere disposta con “atto motivato del Ministero competente, su parere conforme del Consiglio di Stato”.

¹¹³ V. E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 946. Non è consentita, quindi, l'impugnazione, in sede giurisdizionale, del decreto che decide il ricorso straordinario per ciò che concerne il contenuto decisorio, cioè i giudizi espressi nel procedimento, quale ne sia l'oggetto. Si tratta quindi dell'accertamento della sussistenza di cause che impediscono l'esame nel merito e che si sostanziano in pronunce di irricevibilità, inammissibilità ecc., o della valutazione della fondatezza dei motivi sui quali il ricorso è basato e che danno luogo ad una decisione di accoglimento o ad una di rigetto. In tal senso v. anche L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, cit., p. 2164; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 17.

¹¹⁴ V., ad esempio, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1990, p. 795; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 17.

¹¹⁵ V. Cons. Stato, Ad. plen., sent. 27 giugno 2006, n. 9, in *Giurisd. amm.*, 2006, I, 873; Cons. Stato, Sez. III, sent. 10 marzo 2012, n. 1363, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, v., tra gli altri, E. CASETTA, *Manuale*, cit., pp. 950-951; A. TRAVI, *Lezioni*, pp. 166-167; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 18; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 244-245.

¹¹⁶ Cfr., per tutti, Cons. Stato, Ad. gen., par. n. 9/1999 del 1999, cit..

3) La tesi della intervenuta “giurisdizionalizzazione” dell’istituto e gli argomenti a favore della perdurante natura amministrativa

Facendo un passo avanti nel tempo e pervenendo ai giorni nostri, essendo cambiato sensibilmente il quadro normativo di riferimento, è opportuno dare atto, in modo più approfondito, della tesi della dottrina e della giurisprudenza a favore del mutamento radicale del rimedio, nonché delle opinioni divergenti da tale impostazione.

Il ricorso in esame è sembrato, a taluno¹¹⁷, collocato in una sorta di “limbo grigio” tra il vecchio rimedio di giustizia interno all’amministrazione e un vero e proprio strumento giurisdizionale.

Ma le novità legislative predette, nel loro complesso, per una parte della dottrina¹¹⁸ e diversi arresti della giurisprudenza ordinaria¹¹⁹ e amministrativa¹²⁰ avrebbero prodotto una vera e propria svolta nella direzione di una (sostanziale) “giurisdizionalizzazione” del ricorso in parola¹²¹; mentre alcuni autori¹²² reputano più corretto qualificare il ricorso straordinario come istituto “quasi-giurisdizionale” (o simile). Diverse posizioni ritengono non più conforme all’evoluzione dell’ordinamento l’inquadramento del ricorso straordinario tra i ricorsi amministrativi¹²³, dovendo inserirsi l’istituto in una sorta di “giudizio davanti al Presidente della Repubblica”, ovvero una particolare forma di ricorso giurisdizionale in “unico grado” o “*per saltum*” al Consiglio di Stato a cui si perviene per volontà unanime della parti, oltrepassando il doppio grado di giudizio¹²⁴.

Militerrebbero in tale direzione diversi elementi, tutti assai eloquenti.

¹¹⁷ F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale*, cit., p. 224.

¹¹⁸ V., tra gli altri, N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 900 ss.; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 653 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla “natura”*, cit.; O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., spec. p. 786. P. TANDA, cit., *passim*; C. VOLPE, cit..

Per la persistente natura amministrativa (o fondamentalmente tale) dell’istituto v., tra gli altri, F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., spec. pp. 2375 ss. ; A TRAVI, *Lezioni*, cit., spec. p 168; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., spec. pp. 9-10; F. SALVIA, cit., pp. 1603 ss.; F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale*, cit., spec. pp. 209 ss.; A. POZZI, *Riflessioni*, cit..

¹¹⁹ V., per tutte, Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit., nella scia di Cass. civ., SS.UU., sent. 28 gennaio 2011, n. 2065, in www.federalismi.it, e in *Urb. e app.*, 2011, 541, con commento di M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, cit., pp. 552 ss. V., pure, in seguito, Cass. civ., SS.UU., sent. 6 settembre 2013, n. 20569, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2295.

¹²⁰ V., tra le altre, Cons. Stato, Ad. plen., sent. 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro it.*, 2012, III, 629; Cons. Stato, Ad. plen., sent. 6 maggio 2013, n. 9, in www.federalismi.it, e in *Giur. it.*, 2013, 2374, con commento di F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., pp. 2374 ss., e la sent. (gemella), 6 maggio 2013, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Ad. plen., sent. 14 luglio 2015, n. 7, in *Foro it.*, 2015, III, 656.

¹²¹ M. IMMORDINO, cit., p. 653, definisce “svolta genetica” l’effetto prodotto dalle recenti riforme, a partire da quella più incisiva e significativa del 2009.

¹²² V., ad esempio, A. AULETTA, *Il legislatore*, cit., p. 1634.

¹²³ N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 901.

¹²⁴ V. Cons. Stato, Ad. plen., sentt. nn. 9 e 10, cit..



Il Cons. Stato, Ad. plen., sentt. nn. 9 e 10 del 2013¹²⁵, ha puntualizzato come il legislatore, con l'ulteriore passo di prevedere, anche per esso, un contributo unificato, abbia inserito l'istituto nell'alveo del "complessivo sistema giudiziario".

La decisione presidenziale, "pur non essendo, in ragione della natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale".

Il ricorso straordinario culminerebbe in "una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti". Si rientrerebbe, così, nel sistema della giurisdizione amministrativa come "forma speciale e semplificata".

La Cassazione¹²⁶, ponendosi nella medesima ottica, ha avvalorato l'ipotesi che il parere del Consiglio di Stato rientri, a pieno titolo, nella garanzia costituzionale dell'art. 103, comma 1, Cost., che fa salvi, come giudici speciali, "il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa". Tra gli altri organi di giustizia amministrativa si inserirebbe anche il Consiglio di Stato in sede consultiva, se non addirittura il Capo dello Stato (che è comunque il referente ultimo della "decisione di giustizia").

Il provvedimento finale, che conclude il procedimento straordinario, per questo filone giurisprudenziale, sarebbe "meramente dichiarativo di un giudizio"¹²⁷.

Anche per il Cons. Stato, Ad. plen., sent. n. 18 del 2012¹²⁸, il nuovo assetto normativo avrebbe consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale¹²⁹ del rimedio in parola, in modo da assicurare un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giurisdizionalmente¹³⁰. Si tratterebbe di un giudizio formulato da un organo giurisdizionale in modo "compiuto e definitivo".

In linea di continuità, il massimo consesso amministrativo, Sez. I, ord. 20 maggio 2013, n. 2402¹³¹ (con la quale era stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm.), ha sostenuto come la L. n. 69 del 2009, nell'innovare profondamente la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, "ha esaltato la caratterizzazione giurisdizionale del ricorso straordinario" e fatto venir meno la sua "natura incerta o ibrida, a metà strada tra il ricorso

¹²⁵ Citate nella nota n. 120.

¹²⁶ Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit..

¹²⁷ V. Cass., civ. SS.UU., sent. n. 2065 del 2011, cit..

¹²⁸ Citata nella nota n. 120.

¹²⁹ Secondo F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2378, l'espressione in questione, mentre denuncia l'impossibilità, percepita dagli organi giurisdizionali di vertice, di "sostenere la natura schiettamente (o effettivamente) giurisdizionale, introduce una distinzione tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale (o giurisdizione *tout court*) che non trova spazio nell'ordinamento costituzionale".

¹³⁰ Cfr., pure, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 10 giugno 2011, n. 3513, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³¹ In www.giustizia-amministrativa.it.

amministrativo e quello giurisdizionale”, per “fargli assumere natura di rimedio giustiziale ed attrarlo nell’area della c.d. giurisdizionalità”.

Come si è detto, uno dei principali argomenti che suffragherebbero la posizione nella direzione appena indicata è dato dalla previsione per la quale il Consiglio di Stato esprime un parere “conforme”, e non più relativamente vincolante, nell’ambito della procedura *de qua*. In tal modo il legislatore avrebbe determinato, una vera e propria torsione ontologica della natura del parere, il quale integrerebbe sostanzialmente la decisione del ricorso¹³².

Eliminando la possibilità, per il Consiglio dei Ministri, di deliberare in dissenso dal parere del Consiglio di Stato, sarebbe stato rimosso l’ostacolo principale che la giurisprudenza costituzionale aveva frapposto al riconoscimento della natura di autorità giurisdizionale al Consiglio di Stato nella suddetta sede consultiva.

In realtà, potrebbe (anche) sostenersi che il parere espresso dal Consiglio di Stato, nella forma si configuri come atto consultivo, ma nella sostanza si risolva in un vero e proprio giudizio sulla fondatezza o meno del ricorso stesso. In sede di parere, il Consiglio di Stato può, infatti, disporre sia su questioni di rito e, cioè, sulla inammissibilità o irricevibilità del ricorso, sia su questioni di merito e, quindi, sulla fondatezza o meno del ricorso e, segnatamente, sul suo accoglimento o rigetto¹³³. Ma, come si è visto, il vaglio della legittimità di un atto ed il suo eventuale annullamento, nonché l’adozione di provvedimenti cautelari (interinali) di sospensione, non sono, di per sé, appannaggio esclusivo dell’autorità giurisdizionale nell’esercizio della relativa funzione. Non è infrequente che decisioni di tal genere promanino da organi amministrativi nell’esercizio delle funzioni amministrative di autotutela a favore del ripristino della legalità e per evitare la causazione di ulteriori pregiudizi derivanti dall’esecuzione di provvedimenti la cui legittimità sia quanto meno dubbia. L’art. 21-*novies* della L. n. 241 del 1990, e successive modificazioni ed integrazioni, afferma che il “provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato”, secondo le condizioni e le modalità da esso prescritte, dall’organo che ha emanato l’atto “o da altro organo previsto dalla legge”. Con tale ultimo inciso potrebbe riferirsi (anche) al Presidente della Repubblica, posto a capo dell’apparato dello Stato, a cui viene imputata, all’esterno, la decisione del ricorso straordinario.

¹³² Il Cons. Stato, Ad. plen., sentt. nn. 9 e 10, cit., ha puntualizzato come la nuova disciplina garantisca il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, si curi della compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale (art 24 Cost.) e con il principio del doppio grado di giudizio (art 125 Cost.), in quanto l’unicità del grado e la caratterizzazione semplificata dell’istruttoria trovano fondamento nella accordo sostanziale tra le parti, secondo uno schema consensuale non dissimile da quello relativo al ricorso *per saltum ex* art. 360, comma 2, Cod. proc. civ..

¹³³ M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 666. Sui possibili seguiti o sviluppi della presentazione di un ricorso straordinario v., per tutti, C.E. GALLO, *Manuale*, cit., pp. 15-17.



Nell'ambito della funzione e dei provvedimenti giurisdizionali sono la “natura intrinseca” della decisione, “il procedimento di formazione” e la “forma di esternazione” della *voluntas* dell'organo decidente ad essere differenti e rispondono ai principi di “tipicità” e “tassatività”. In tal senso, nel nostro ordinamento, gli atti giurisdizionali vanno inquadrati restrittivamente e sono solo quelli tipici e qualificati tali dalla legge, senza ibridazioni di sorta, e che rispondono a requisiti di forma e sostanza e siano emanati a seguito di un processo o procedimento giurisdizionale da parte di un'autorità giudiziaria.

La funzione giurisdizionale e gli atti giurisdizionali non ammettono commistioni o ambivalenze.

Mentre la funzione amministrativa può essere svolta, nel rispetto dei principi di cui all'art. 97 (specie) commi 2 e 3, Cost.¹³⁴, anche da soggetti privati (esercizio privato di funzioni e servizi pubblici) o da organi inquadrati nel potere giudiziario (si pensi alla "volontaria giurisdizione" in cui i magistrati, nell'esercizio di una funzione giudiziaria, assolvono a compiti oggettivamente amministrativi) o, sostanzialmente, dal Parlamento (limitatamente alle ipotesi delle “leggi provvedimento” che hanno solo la veste formale di una legge) e le procedure e gli atti che ne scaturiscono hanno un regime particolare, rinveniente in norme costituzionali o legislative *ad hoc*, la funzione giurisdizionale ed i provvedimenti giurisdizionali sono solo quelli di pertinenza dei magistrati (togati e non) nell'esercizio di una funzione giurisdizionale.

Per l'inquadramento del D.P.R. decisorio (ovvero del parere a cui si conforma) quale atto di natura giurisdizionale, espressione della relativa funzione, appare necessaria, dunque, la categorica ricorrenza contestuale di elementi di carattere soggettivo e oggettivo e di requisiti formali e sostanziali.

L'equiparazione del D.P.R., *tout court*, ad una pronuncia della autorità giurisdizionale necessiterebbe quantomeno di una norma (anche generale) di rinvio che stabilisse, ad esempio, che ad esso (ed eventualmente, salva diversa ed espressa previsione di legge) “si applica il regime proprio delle sentenze del giudice amministrativo” (o simile); norma che attualmente manca.

Un'altra questione preponderante nel senso del presunto mutamento della natura del ricorso da amministrativo in giurisdizionale, concerne, come si stava illustrando, il riconoscimento *ope legis* della possibilità, per il Consiglio di Stato, di sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta.

¹³⁴ Secondo tali commi “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”. “Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”. Sui principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento nell'organizzazione e nell'attività della P.A. ci si permette di rinviare, ancora, a S. PIGNATARO, *Il principio*, cit., *passim*, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

Per quanto attiene a questa possibilità per il Consiglio di Stato, in via consultiva, di fungere da giudice rimettente al pari di un autorità giurisdizionale, va detto che essa può essere significativa della consapevolezza del legislatore che l'organo che vaglia e prende posizione sulla legittimità/illegittimità del provvedimento gravato, orientando in modo incontrovertibile la decisione presidenziale, sia il Consiglio di Stato; tale assunto non costituisce affatto, però, un argomento risolutivo della natura giurisdizionale delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, né della giurisdizionalizzazione dell'istituto¹³⁵.

È, infatti, noto che la possibilità di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte è stata valutata dalla stessa estensivamente nel corso degli anni, essendo stati ricompresi a tal fine, non solo i magistrati cui si riferisce il Titolo IV della Costituzione, ma anche gli altri organi non appartenenti all'ordine giudiziario, che, avendo una posizione *super partes*, svolgono una funzione, di fatto, giudicante. Come si è rammentato¹³⁶, secondo un'opinione dottrinale di perdurante attualità ed autorevolezza, per aversi giudizio *a quo* non occorre il concorso del requisito soggettivo (natura giurisdizionale dell'organo procedente) e di quello oggettivo (svolgimento di attività giudiziale), essendo sufficiente la presenza alternativa anche di uno solo di essi.

A conferma della marcata estensione del concetto di giudice *a quo*, va sottolineato come essa sia stata intestata anche ad organi che non esplicano neppure la funzione di dirimere controversie, come la Corte dei conti nell'esercizio dell'attività di controllo di legittimità sugli atti del Governo.

In linea di principio, la Corte costituzionale ha riconosciuto tale potere in capo a numerosi soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario e per lo più di natura amministrativa¹³⁷, che esplicano una funzione di definire controversie specifiche. È il caso della Sezione disciplinare del C.S.M., dei Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici, degli Intendenti di finanza, della Commissione dei ricorsi in materia di brevetti e marchi, dei Consigli di Prefettura, dei Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale, dei Comandanti di porto per le contravvenzioni previste dal codice della navigazione, del Consiglio nazionale forense in sede disciplinare, dei collegi arbitrali nella gestione di arbitrati rituali ecc..

¹³⁵ O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 785, ricordano come parte della dottrina abbia fatto discendere dall'introduzione di una simile facoltà una ormai compiuta giurisdizionalizzazione del procedimento, poiché l'art. 23 della Legge 11 marzo 1953, n. 87 esige che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da "un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio". Altra dottrina, invece, prendendo spunto da diverse pronunce della Corte costituzionale in tema di arbitrato rituale di Collegio centrale di garanzia elettorale, ha superato la suesposta conclusione sulla asserita riconfermata o nuova sostanza giurisdizionale del rimedio straordinario affermando, invece, la netta "separazione dell'endiadi autorità giurisdizionale - giudizio", di cui al combinato disposto della Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e della L. n. 87 del 1953, "ai fini del riconoscimento della legittimazione a proporre incidente di costituzionalità".

¹³⁶ A.L. TARASCO, *La funzione consultiva come attività*, cit., p. 3882.

¹³⁷ Cfr. E. FURNO, *La Corte costituzionale e le Sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo "giudice a quo!"*, in P. TANDA (a cura di), cit., pp. 98-99.

Del resto, l'espressa prescrizione introdotta dalla L. n. 69 pare suggellare la (marcata) diversità sostanziale della funzione del Consiglio di Stato in sede consultiva rispetto a quella giurisdizionale, altrimenti la si dovrebbe considerare una previsione meramente chiarificatrice o, addirittura, superflua.

Per di più, la scelta operata, di consentire al Consiglio di Stato di fungere da giudice *a quo*, potrebbe rinvenirsi nella portata garantistica dell'art. 3 Cost., letto in stretta correlazione con l'art. 8, comma 1, del D.P.R. n. 1199 e con il principio di alternatività da esso sancito, senza che ciò implichi la trasformazione della originaria natura amministrativa del rimedio straordinario. Ed, infatti, potrebbe essere "irragionevole" riconoscere la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale ai giudici e negarlo ad organi di natura prevalentemente amministrativa (composti o no da magistrati) con funzioni consultive o decisorie, ma che, nello stabilire i contenuti di un proprio atto (parere o decisione amministrativa ecc.), siano chiamati ad applicare le norme analogamente ai giudici e con la finalità, anche mediata, di rendere giustizia in maniera definitiva. E tale *opinio iuris* pare sostanzialmente avallata dalla stessa Consulta nell'operare, nel corso degli anni, la incisiva estensione *praeter legem* dei soggetti legittimati a fungere da giudice rimettente.

È chiaro che se il rimedio straordinario è finalizzato a risolvere una vertenza tra privato e P.A., l'unico soggetto che può essere abilitato a sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma la cui applicazione risulti necessaria ai fini decisionali, non potrebbe che essere il Consiglio di Stato che entra direttamente nel merito della questione ed emette un atto valutativo. Certamente non può attribuirsi un simile potere al Ministro, che cura preventivamente l'istruttoria e successivamente la proposta del decreto in conformità al parere fornito dal Consiglio di Stato, o al Capo dello Stato, che svolge un ruolo solo successivo di verifica e di approvazione del parere stesso.

Del resto, non va sottovaluta la circostanza che, nell'ordinamento previgente alla L. n. 69, il potere di disattendere il parere relativamente vincolante del Consiglio di Stato, era esercitabile in casi limite. Motivo per il quale l'intento del legislatore del 2009 potrebbe essere stato quello, non di trasformare il rimedio straordinario in senso giurisdizionale, bensì di eliminare una possibilità attivabile in casi di scuola e caratterizzata da valutazioni anche politiche, del tutto inappropriate e inopportune nel quadro di un rimedio giustiziale, necessariamente neutrale ed obiettivo che dovrebbe essere insensibile all'indirizzo politico del Governo e, comunque, di superare una norma ormai obsoleta ed inapplicata.

Un argomento generale ulteriore e diverso rispetto alla pretesa trasformazione del rimedio straordinario è rappresentato, poi, dalla rilevata collocazione di alcune norme ad esso relative all'interno del codice del processo amministrativo¹³⁸; testo tipicamente e strettamente processuale.

¹³⁸ In tal senso v. O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 786.

Tuttavia, va considerato come tali norme, in realtà, riguardino non la disciplina del ricorso straordinario, che è contenuta nel D.P.R. n. 1199, ma esclusivamente “i rapporti” tra ricorso straordinario e giurisdizionale amministrativo e, lungi dall'avallare la natura giurisdizionale di tale rimedio, ne sottolineano la diversità e la collateralità.

Diversamente, la logica giuridica avrebbe consigliato al legislatore delegato del 2010 di abrogare gli art. 8-15 del D.P.R. n. 1199 e trasporli, con o senza modifiche e/o integrazioni, all'interno del codice del processo amministrativo in un apposito Capo dedicato al ricorso straordinario (ad esempio, come sembra più corretto, dopo aver trattato dell'appello al Consiglio di Stato e prima di disciplinare i riti speciali).

Dando una lettura alle norme codicistiche riferite all'istituto *de quo* si potrebbe a prima vista ritenere che il legislatore abbia dato una impronta processuale al ricorso straordinario, ma, ad un più attento esame, ci si accorge che gli argomenti sono alquanto fragili.

Nello specifico, il comma 8 dell'art. 7 Cod. proc. amm. dispone che “il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”.

Secondo la Corte di Cassazione¹³⁹ dall'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm. emergerebbe la circostanza che la giurisdizione è divenuta un “generale presupposto di ammissibilità” sia per il rimedio straordinario, sia chiaramente per quello giurisdizionale. In realtà, è opportuno ribadire come la norma sembri creare semplicemente un “parallelismo” tra le materie in cui si radica la “giurisdizione” del giudice amministrativo e quelle in cui sussiste la “competenza” del Consiglio di Stato ad esprimere parere, senza connotare i due rimedi di “identica indole”.

L'art. 48, comma 1, Cod. proc. amm. prevede la generale facoltà, fruibile dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni, dai controinteressati e dai cointeressati, di produrre opposizione per trasferire il ricorso dalla sede straordinaria a quella giurisdizionale amministrativa¹⁴⁰. E ciò si spiega per le ragioni tradizionalmente considerate sussistenti che l'azione in via giudiziaria sia circondata da più intense garanzie, sotto una serie di profili, di modo che la scelta del ricorrente non può pregiudicare le aspettative di tutela delle altre parti.

Il comma 2 del medesimo art 48, nel disporre che le misure cautelari eventualmente rese in sede di ricorso straordinario perdono efficacia dopo che il ricorso sia stato trasposto in sede giurisdizionale, ha introdotto un regime uguale a quello che connota le ordinanze cautelari pronunciate da un giudice incompetente (art 15, comma 7, e 47, comma 2, Cod. proc. amm.)¹⁴¹.

¹³⁹ Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit..

¹⁴⁰ Cfr. Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit..

¹⁴¹ M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 656-657.

Tuttavia, la caducazione automatica delle misure cautelari adottate in conformità alle regole di procedura e di competenza vevoli nella sede straordinaria, una volta intrapreso il giudizio dinanzi al T.A.R., pare suggellare, in un certo qual modo, la “supremazia” del ricorso giurisdizionale amministrativo rispetto a quello straordinario e la mancanza di continuità tra i due rimedi. Dunque, sembra evidenziare la netta cesura e la marcata distinzione degli stessi.

Divenuta operativa la trasposizione, sarà il giudice amministrativo, su eventuale richiesta della parte interessata, a valutare *ex novo* la perduranza dei presupposti per la concessione di misure cautelari e, se del caso, ad adottare il provvedimento più adeguato a garantire la tutela interinale e provvisoria del soggetto esposto a pregiudizio.

Il comma 3 dell'art. 48 prescrive che, qualora l'opposizione sia inammissibile, il T.A.R. “dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria”. Con ciò parrebbe, almeno *prima facie*, aver previsto una sorta di *translatio iudicii*¹⁴², ovvero qualificare negli stessi termini (“giudizio”) la fase che si svolge davanti al giudice e quella della sede straordinaria¹⁴³.

L'espressione usata sarebbe assai significativa¹⁴⁴.

Invero, le locuzioni utilizzate “per la prosecuzione del giudizio nella sede straordinaria” non sembrano dirimenti rispetto al problema *de quo*, perché si riferiscono ai giudizi di opposizione in cui venga chiesta la trasposizione dinanzi al T.A.R. e questa sia dichiarata inammissibile. Sicché, l'inciso “il giudizio prosegue...” ben potrebbe riferirsi alla situazione “a monte” (incardinazione del giudizio in capo al T.A.R., ricorso dichiarato inammissibile dallo stesso organo giurisdizionale, che, di conseguenza, prosegue nella sede straordinaria) e non “a valle”, nel senso che la sede straordinaria, che consegue alla dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione pronunciata dal T.A.R., integri un giudizio¹⁴⁵.

Sempre all'interno della disciplina codicistica, l'art. 112, comma 2, prevede la possibilità di attuazione tramite il giudizio di ottemperanza¹⁴⁶, tra l'altro, delle “sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione” [lett. d)].

Questa previsione pare riferita ai decreti decisori dei ricorsi straordinari, venendo, per l'appunto, in rilievo atti decisionali, equiparabili (per certi versi) alle sentenze (essenzialmente, per la loro idoneità a

¹⁴² V. Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012, cit..

¹⁴³ V., per tutti, M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 656.

¹⁴⁴ V. P. QUINTO, *Il codice*, cit., pp. 2720-2724.

¹⁴⁵ Per P. TANDA, cit., p. 74, invece, l'espressione testuale induce inequivocabilmente a qualificare appunto come “giudizio” il procedimento per ricorso straordinario con conseguente tendenziale propensione ad apprestare un grado di tutela sostanzialmente analogo a quello realizzabile attraverso il ricorso giurisdizionale vero e proprio.

¹⁴⁶ Sul punto cfr., tra gli altri, S. TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza*, in P. TANDA (a cura di), cit., pp. 119 ss.; G. URBANO, cit., ivi, pp. 136 ss..

porre fine immutabilmente ad una vertenza e per la loro capacità di vincolare la P.A. e le altre parti a prestarvi osservanza) per i quali l'ordinamento non prevede, *motu proprio*, la possibilità di attuazione tramite il giudizio di ottemperanza¹⁴⁷.

Tale interpretazione sembra la più corretta, nonostante la posizione differente di parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui sarebbe la lett. b) dello stesso comma il fondamento normativo legittimante l'attuazione o esecuzione coattiva del decreto presidenziale decisorio tramite il giudizio di ottemperanza, laddove si fa riferimento alle “sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo”¹⁴⁸.

Il richiamo al “giudice amministrativo”, operato dalla lett. b) del comma in questione, appare, infatti, inconferente, alla luce della successiva lett. d), mentre non si comprende a quali altri tipi di provvedimenti esecutivi, non costituenti provvedimenti giurisdizionali, ma equiparabili alle sentenze (ancorché solo per certi profili), il codice, alla medesima lett. d), si voglia riferire ai fini *de quibus*, considerato che per i lodi arbitrali esecutivi inoppugnabili vi è una espressa menzione alla lett. e).

Ne consegue, per quanto riguarda la proposizione del ricorso per l'ottemperanza ai fini dell'esecuzione o attuazione coattiva del D.P.R. decisorio che imponga obblighi attivi di conformazione in capo alla P.A., che esso dovrebbe essere proposto ai sensi dell'art. 113, comma 1, Cod. proc. amm., al T.A.R. nella cui circoscrizione ha sede l'organo decisore della controversia.

La sede degli organi che partecipano alla formazione della decisione e che la emettono è, comunque, la Capitale e, dunque, la competenza per l'ottemperanza del D.P.R. in tutto o in parte favorevole al privato dovrebbe essere il T.A.R. Lazio, sede di Roma.

In sostanza, se si privilegia (come previsto dal codice, all'art. 113, commi 1 e 2) la competenza dei T.A.R. e si dà rilievo alla sede di emittenza del provvedimento decisionale finale e, dunque, si riconosce la paternità del decreto che conclude il procedimento, [che poi è la stessa dell'organo (Consiglio di Stato) che esprime il parere conforme e, quindi, l'atto, determinante ai fini decisorii], la competenza dovrebbe essere quella indicata.

Non sembra corretto intestare quest'ultima al Consiglio di Stato¹⁴⁹, poiché questa conclusione presupporrebbe la titolarità del provvedimento decisorio direttamente in capo al Consiglio di Stato, quale organo *stricto sensu* giudicante e, dunque, che il titolo idoneo a fondare l'azione di ottemperanza sia la predetta lett. b) del comma 2 dell'art. 112 Cod. proc. amm. e non la seguente lett. d).

¹⁴⁷ Nel senso della applicabilità della citata lett. d), v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 1 febbraio 2013, n. 636, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, per tutti, F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2379.

¹⁴⁸ Nella direzione della operatività della menzionata lett. b), v. Cass. civ., SS.UU., sent. n. 2065 del 2011, cit.; Cons. Stato, Ad. plen., sentt. nn. 9 e 10 del 2013, cit. In dottrina v., tra i tanti, A. AULETTA, *Sulla competenza*, cit..

¹⁴⁹ Cfr. Cass. civ., SS.UU., sent. n. 2065 del 2011, cit..

Il D.P.R. decisorio, peraltro, non è la risultante di “modifiche” o “novazioni” rispetto a precedenti decisioni di primo grado da parte del Consiglio di Stato, e, quindi, la competenza, *ex art.* 113, comma 2, Cod. proc. amm., resterebbe in capo al T.A.R., nella specie quello del Lazio, sede di Roma.

In ogni caso, il codice parifica i decreti presidenziali decisori alle sentenze ai fini dell'esecuzione o attuazione coattiva, con ciò rendendo nulli o inefficaci, per *analogia iuris* ed in relazione all'art. 114, comma 4, lett. b) e c), Cod. proc. amm., gli atti che, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, vengano percepiti dal giudice procedente come, in tutto o in parte, violativi o elusivi di quanto disposto, rispettivamente in via definitiva o provvisoria, nella sede straordinaria.

L'attuabilità tramite il giudizio di ottemperanza del D.P.R. reso in esito al ricorso straordinario, rendendo la tutela del privato più effettiva e piena, è una soluzione più armonica con le sollecitazioni avanzate, in plurime occasioni, segnatamente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non è, invece, un segno tangibile della natura giurisdizionale del rimedio stesso, bensì, del suo valore alternativo-surrogatorio del processo e del suo carattere immodificabile.

Basti considerare (tra l'altro) che l'art. 112, comma 2, lett. e), Cod. proc. amm. legittima tale giudizio anche per eseguire o attuare i lodi arbitrali esecutivi inoppugnabili, i quali, pur se omologati dal giudice ordinario, pongono fine ad una controversia in maniera immodificabile, ma non costituiscono certamente atti giurisdizionali emanati da una autorità parificabile, a tutti gli effetti, a quella giudiziaria.

A questo quadro normativo va aggiunto un altro elemento ritenuto sintomatico e puntualmente richiamato ai fini del preteso cambiamento della natura del rimedio. La previsione di un contributo unificato per l'esperibilità di tale rimedio sarebbe un ulteriore elemento di assimilazione tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale¹⁵⁰.

Anche tale argomento non appare rilevante, poiché, se il legislatore avesse avuto di mira l'obiettivo di far applicare al ricorso straordinario una tassa, la via più semplice sarebbe stata, senza dubbio, quella di estendere quella generale prevista in relazione ai processi, cioè il contributo unificato; è ciò si è realizzato.

Ma la introduzione di una norma *ad hoc* che quantifica il contributo in via “universale” e “fissa” (e, dunque, in modo differente dai normali canoni ispiratori, legati, in linea di massima, per il processo amministrativo, alle “materie” e, in subordine ed in minima parte, al “valore” della controversia) potrebbe far propendere per una diversità rispetto al rimedio giurisdizionale.

Poco plausibile appare, comunque, l'ipotesi che si sia trattato di un intervento legislativo finalizzato a dissipare ogni incertezza sull'applicabilità del contributo unificato al ricorso straordinario; una norma diretta, cioè, ad ovviare ad una possibile declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni

¹⁵⁰ V. Cons. Stato, Ad. plen.. sentt. n. 9 e n. 10 del 2013, cit..

generali relative al contributo unificato nella parte in cui non lo imponessero nella fattispecie, conseguente ad una presunta violazione dell'art. 3 Cost.; e ciò per la mutata natura dell'istituto, divenuto, ormai, di carattere giurisdizionale e, dunque, soggetto alle regole generali valide per i processi amministrativi.

Le finalità del legislatore sembrano quelle di far conseguire allo Stato un'entrata e di scoraggiare la presentazione di ricorsi straordinari temerari o sostenuti da argomenti inconsistenti o fragili, in precedenza favorita dalla gratuità dello stesso rimedio, con conseguente aggravio, segnatamente, dei carichi di lavoro dei Ministeri e delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato. La norma, tuttavia, potrebbe disincentivare oltremisura i privati dalla presentazione di questo tipo di ricorso.

Un'altra questione merita il dovuto risalto.

Nell'ordinamento previgente, l'opinione dominante, basata sul supposto carattere di provvedimento amministrativo del D.P.R. che definiva il ricorso straordinario al Capo dello Stato, aveva portato le Sezioni unite della Suprema Corte¹⁵¹ ad escludere la ricorribilità in Cassazione, *ex art. 111, comma 8, Cost.*.

Secondo la giurisprudenza più recente¹⁵², però, l'assimilazione agli atti giurisdizionali del ricorso straordinario sarebbe ormai così stretta da comportare che anche sulla decisione si formi la “cosa giudicata”.

Inoltre, la Cass. civ., SS.UU., sent. n. 23464 del 2012¹⁵³, mutando il proprio precedente orientamento ed in aderenza ad alcune posizioni più datate del Consiglio di Stato, è arrivata alla conclusione estrema che il decreto presidenziale è impugnabile anche per il ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 362, comma 1, Cod. proc. civ., esclusivamente per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, purché la relativa questione, in linea con l'art. 9 Cod. proc. amm., sia stata previamente sollevata dalle parti interessate nell'ambito della procedura in parola¹⁵⁴.

Ebbene, va sottolineato che ammettere il ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione avverso il D.P.R., come avallato dalla stessa Suprema Corte, sembra una soluzione eccessivamente drastica e priva di un addentellato normativo che conferisca una base legittimante.

La Costituzione, all'art. 111, comma 8, consente il ricorso per Cassazione “contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”; ma

¹⁵¹ V., per tutte, Cass. civ., SS.UU., ord. 17 gennaio 2005 n. 734, in *Cons. Stato* 2005, II, 735; Cass. civ., SS.UU., ord. 14 dicembre 2004 n. 23236, in *Cons. Stato* 2004, II, 2438.

¹⁵² V. Cass. civ., Sez. III, sent. 2 settembre 2013, n. 20054, in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., SS.UU., sent. n. 20569 del 2013, cit. V. pure *Cons. Stato*, ad. plen., sent. n. 7 del 2015, cit..

¹⁵³ Citata nella nota n. 28.

¹⁵⁴ Secondo F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2378, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza e l'impugnabilità del D.P.R. decisorio per Cassazione, tenendo ferme la natura amministrativa e la funzione giustiziale del ricorso straordinario, devono essere conservate data la loro indubbia utilità.

l'interpretazione da dare alla norma dovrebbe essere restrittiva e sembrerebbe non potersi estendere ai decreti presidenziali decisori. Del resto l'art. 110 Cod. proc. amm., a riguardo, fa riferimento esplicito alla locuzione “sentenze del Consiglio di Stato”.

In mancanza, un'estensione analogica della norma potrebbe sostenersi, al limite, non tanto per la consapevolezza della natura del D.P.R. e del parere che esso recepisce sia identica o del tutto analoga alla sentenza, quanto per la natura sostanziale di decisione immutabile di una controversia da parte di una autorità pubblica. Chiaramente, però, una simile estensione costituirebbe una notevole forzatura¹⁵⁵, in quanto sarebbe slegata dalla natura formale della decisione, della procedura e della funzione da cui consegue e connessa semplicemente alla immodificabilità o intangibilità del D.P.R. e alla sua finalità di porre fine alla vertenza; obiettivi del tutto analoghi rispetto alla sentenza.

Invero, non consentire l'impugnativa del D.P.R., ove il Consiglio di Stato abbia erroneamente ritenuto sussistente la propria competenza, pronunciandosi nel merito ovvero l'abbia erroneamente declinata dichiarando il ricorso inammissibile, potrebbe lasciare privo di sanzione il precetto di cui all'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm. e questo appare un *vulnus* legislativo.

Potrebbe opinarsi che il D.P.R., adottato travalicando le regole di competenza del Consiglio di Stato, sia suscettibile di essere impugnato, sia pur in casi estremi, per revocazione, ad ordinamento invariato e in assenza di norme specifiche che estendano il ricorso per Cassazione al rimedio in parola, *ex* art. 111 Cost. e 110 Cod. proc. amm.. Ed in questo caso, il decreto decisivo andrebbe impugnato dinanzi allo stesso Presidente della Repubblica nelle medesime forme stabilite per il ricorso straordinario¹⁵⁶.

In altre parole, si potrebbe ritenere la valutazione sulla sussistenza/insussistenza della competenza del Consiglio di Stato ad adottare il parere, *rebus sic stantibus*, almeno nei casi di vero e proprio

¹⁵⁵ A riguardo F. SAIITA, *Il ricorso*, cit., p. 1328, ritiene azzardata, allo stato, l'affermazione in ordine all'esperibilità del ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione avverso la decisione di ricorso straordinario adottata in violazione dei limiti dettati dall'art. 7, comma 8, Cod. proc. amm.. Secondo l'A., “Al di là della (ancora) dubbia natura (quantomeno formale) di tale decisione, deve, infatti, tenersi conto del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. Dissente F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2380. Secondo quest'ultimo A., sorgerebbe un problema: se si considera “decisione il “parere” del Consiglio di Stato, il ricorso per Cassazione deve limitarsi ai motivi di giurisdizione, in virtù dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.; se invece la decisione del ricorso straordinario si identifica nel decreto presidenziale, si potrebbe aprire la strada per consentire di proporre in Cassazione tutti i motivi di impugnazione elencati nell'art. 360 Cod. proc. civ.”. Per il Cons. Stato, Sez. I, par. 31 luglio 2014, n. 1033/2014 (in *Foro it.*, 2014, III, 570), il ricorso straordinario “ha mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza”. In considerazione dell'inammissibilità dell'impugnazione per Cassazione di una decisione emessa in sede straordinaria, “va respinta la richiesta di sospensione della decisione stessa, presentata ai sensi dell'art. 373 Cod. proc. civ.”.

¹⁵⁶ Il ricorso per revocazione va proposto (come ricordano A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, p. 1275, e M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 672), allo stesso organo emanante la decisione che si contesta, nelle stesse forme previste per il ricorso (di prima istanza).

“travisamento”, un errore di fatto, basato sulla percezione erronea degli atti e documenti di causa, censurabile in sede di revocazione ex art. 395, n. 4, Cod. proc. civ..

Ciò purché, come richiesto dalla predetta norma, la relativa eccezione non sia stata già sollevata dalle parti interessate e vagliata preliminarmente dal giudice (in questo caso il Consiglio di Stato nella sede consultiva).

È anche vero che i controinteressati evocati e l'amministrazione resistente, in presenza di un vizio simile, difficilmente ometterebbero di dedurlo, previamente, nei rispettivi scritti difensivi.

In realtà, una simile eccezione, sollevata per la prima volta nella sede revocatoria, quale errore (di fatto) dell'organo decidente, potrebbe risultare vana in quanto essa verrebbe valutata e soppesata dallo stesso organo (non giurisdizionale) che si è pronunciato emanando (nella fattispecie) il parere e, quindi, presenterebbe minori garanzie rispetto alla prospettata possibilità di ricorso in Cassazione che è, invece, un giudice terzo e marcatamente imparziale.

Pertanto, nel caso di affermata competenza del massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa della Repubblica, non sembra si possa escludere la praticabilità della strada di consentire ai controinteressati evocati nella procedura di censurare, dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, il D.P.R. ad essi sfavorevole, per vizi del procedimento, ex art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 1199.

In altri termini, la cattiva valutazione del presupposto della competenza potrebbe pure integrare un “vizio del procedimento” deducibile dai soggetti controinteressati evocati che siano stati lesi dall'accoglimento del ricorso¹⁵⁷.

I controinteressati pretermessi potrebbero, invece, attivarsi, mediante l'ordinaria impugnativa giurisdizionale, in doppio grado, avverso il D.P.R. che si pronunci nel merito ma che è stato emesso in violazione del perimetro tracciato dal codice del processo amministrativo; ciò avverrebbe secondo i principi generali.

Ove le parti in causa non reagiscano avverso il D.P.R. ad esse sfavorevole, ovvero non ricorrano le condizioni precedentemente illustrate (errore di fatto, vizio del procedimento), la questione di competenza, se non rilevata e censurata dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del D.P.R., andrebbe ritenuta “assorbita” dalla decisione straordinaria, al pari di qualsiasi altro ipotetico vizio di legittimità da cui essa possa essere affetta.

Sicché, sarebbe stato forse opportuno che il legislatore delegato del codice avesse dissipato ogni dubbio sulla praticabilità del ricorso per Cassazione avverso il D.P.R. (ancorché non volesse riconoscere ad

¹⁵⁷ Sul punto cfr. però, A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, pp. 1265-1266.

esso natura giurisdizionale), ovvero, se del caso, sulla proponibilità di un ricorso dinanzi ad altro organo giurisdizionale quale ben potrebbe essere il Consiglio di Stato in sede giudicante.

Ebbene, la complessiva impostazione della evoluzione del rimedio straordinario in senso giurisdizionale ha suscitato le perplessità di diversi giuristi, anche autorevoli¹⁵⁸.

È stato obiettato che il ricorso straordinario rappresenta tipicamente un rimedio amministrativo e che il D.P.R. decisorio, nonostante le innovazioni recenti, non costituisce una pronuncia giurisdizionale.

Del resto come già evidenziato dalla Cass. civ., SS. UU., sent. n. 15978 del 2001, cit., il ricorso si esplica innanzi ad un'autorità amministrativa, laddove requisito indefettibile dei procedimenti giurisdizionali è che gli stessi si svolgano “davanti ad un giudice terzo e imparziale” (art. 111 Cost.).

L'intervento del Consiglio di Stato, benché divenuto determinante ai fini di stabilire l'esito del ricorso, si realizza pur sempre tramite un parere reso da un plesso consultivo.

Lo stesso decreto del Presidente della Repubblica che recepisce il parere non è un atto giurisdizionale e, peraltro, la Costituzione non consente l'estensione della categoria degli atti giurisdizionali fino a ricomprendere atti che provengano da organi non giurisdizionali: la distinzione fra atti giurisdizionali e atti amministrativi non ammetterebbe, insomma, compromessi¹⁵⁹.

Oltre tutto, secondo l'opinione di un parte della dottrina¹⁶⁰, nonostante le recenti riforme legislative abbiano realmente innovato in profondità l'istituto, vi sarebbero lacune e carenze che non consentirebbero una piena assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale (basti pensare all'istruttoria, alle garanzie del contraddittorio, alle azioni esperibili).

Non a caso alcuni orientamenti sono meno perentori e più prudenti.

Nell'ord. 1 febbraio 2013, n. 636 della Sez. VI del massimo organo di giustizia amministrativa¹⁶¹ si evidenzia come tra l'attività consultiva e quella giurisdizionale (esplicata dallo stesso organo di rilevanza costituzionale) permangono rilevanti differenze sotto il profilo del contraddittorio, dell'istruzione probatoria, del doppio grado di giudizio e, più in generale, del principio del giusto processo; ciò comporterebbe l'impossibilità di un'integrale equiparazione del ricorso straordinario a quello giurisdizionale. Né, secondo i giudici di Palazzo Spada, avrebbe senso una completa estensione al procedimento straordinario di tutte le garanzie e delle formalità proprie del ricorso giurisdizionale, in quanto ciò farebbe perdere al rimedio in esame le sue caratteristiche (semplicità, snellezza e concentrazione) ed anche la sua ragion d'essere.

¹⁵⁸ V. ad esempio, le obiezioni rappresentate in A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 168.

¹⁵⁹ A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 168.

¹⁶⁰ M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 657.

¹⁶¹ Citata nella nota n. 147.

Se in passato la giurisprudenza amministrativa¹⁶² aveva sostenuto, più volte, la natura amministrativa del rimedio in esame, pure in tempi più recenti, un indirizzo minoritario del Consiglio di Stato¹⁶³ ha propugnato la tesi che, anche dopo le modifiche normative passate in rassegna, il rito del ricorso straordinario continua a presentare profili di specialità rispetto al procedimento giurisdizionale. Ciò con precipuo riferimento ai modi essenziali del contraddittorio, dell'istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio, tali da indurre a qualificare l'atto conclusivo della procedura come provvedimento amministrativo, solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza.

Il Cons. Stato, Sez. riun. I e II, par. n. 2131/2012 del 2012¹⁶⁴, ha affermato la “natura giuridica formalmente amministrativa” dell’istituto in questione¹⁶⁵, malgrado “la sostanziale equiparazione, in molti tratti, alla giurisdizione”. Il rimedio potrebbe essere qualificato come “tendenzialmente giurisdizionale, nella sostanza“, ma “formalmente amministrativo”¹⁶⁶. Dunque (se non altro) “l’equiparazione alla giurisdizione” non potrebbe dirsi “piena”¹⁶⁷.

Va rimarcato, poi, che il parere del Consiglio di Stato, non perché conforme e incentrato sulla valutazione di una questione di legittimità di un atto amministrativo, riveste pacificamente natura giurisdizionale e connota di tali caratteri anche il decreto decisorio. Basti pensare all’esempio prima fatto del diniego della cittadinanza, che resta un provvedimento di amministrazione attiva di paternità di un organo amministrativo, cioè del Ministro dell’interno, e non del Consiglio di Stato che esprime parere conforme nella relativa procedura, nonché al ricorso gerarchico che mira anch’esso all’annullamento ed è imperniato su un giudizio in ordine alla legittimità (e/o al merito) di un provvedimento in relazione ai vizi denunciati.

Peraltro, alla procedura in esame si applicano gli istituti previsti dalla L. n. 241 del 1990, sulla azione generale della P.A., purché compatibili con le caratteristiche contenziose della stessa, e ciò appare alquanto eloquente¹⁶⁸.

¹⁶² V., tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, sent. 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1640; C.G.A.R.S., Sez. giurisd., sent. 7 dicembre 2002, n. 604, in *Foro amm. CDS*, 2002, 3021; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 26 settembre 2003, n. 5501, in *Foro amm. CDS* 2003, 2629; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 22 settembre 2003, n. 5393, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2546.

¹⁶³ V., Cons. Stato, Sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633.

¹⁶⁴ Citato nella nota n. 92.

¹⁶⁵ Cfr. M. CALABRÒ, cit., p. 78.

¹⁶⁶ In armonia v., pure, T.A.R. Lazio, Roma, sent. 16 marzo 2010, n. 4104, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818, con nota di F. FRENI, *Sulla persistente*, cit., pp. 2828 ss. Sul punto v., pure, A. GIUSTI, cit., pp. 1008 ss..

¹⁶⁷ Per P. TANDA, cit., p. 70, le lacune che innegabilmente ancora sussistono nella disciplina dell’istituto in esame non possono, da sole, giustificare un’esclusione della natura giurisdizionale della decisione adottata in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

¹⁶⁸ N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 905, sottolinea che tutto sommato si tratta pur sempre di un procedimento amministrativo soggetto alle regole della L. n. 241 soprattutto di quelle concernenti il diritto di accesso finalizzate ad assicurare un reale contraddittorio. Sarebbe compito dell’autorità deputata all’istruttoria quello di ricevere ed

Ad esempio, la conoscenza degli atti del procedimento si può realizzare attraverso la domanda di accesso avanzata dagli interessati, le parti possono produrre memorie e scritti difensivi che devono essere tenuti debitamente presenti ai fini della decisione, il Ministro si avvarrà di un funzionario responsabile che lo coadiuverà e che si occuperà materialmente di acquisire atti e documenti rilevanti ai fini della procedura.

Non pare necessario, invece, il preavviso di rigetto, stante l'inapplicabilità ai rimedi giustiziali dell'istituto di cui all'art 10-*bis* della L. n. 241, relativo ai procedimenti di amministrazione attiva ad istanza di parte¹⁶⁹.

A parte ciò, va tenuto conto di quanto anzidetto circa la possibilità (finora ammessa senza particolari obiezioni), per i controinteressati pretermessi, di impugnare, dinanzi al giudice amministrativo con la garanzia del doppio grado di giudizio, la decisione straordinaria sfavorevole in relazione a qualsiasi vizio di legittimità.

Questa facoltà dovrebbe confermare la natura di atto amministrativo del D.P.R. decisorio.

Sarebbe, infatti, del tutto anomalo, irragionevole ed aberrante consentire l'impugnativa del decreto decisorio (emanato sulla base di un parere conforme del Consiglio di Stato), in primo grado dinanzi al T.A.R., ove si ritenesse il medesimo decreto presidenziale decisorio un atto (sostanzialmente) giurisdizionale.

Tutt'al più, coerentemente con la asserita natura giurisdizionale del rimedio straordinario, si sarebbe potuta prospettare la possibilità, per i controinteressati pretermessi, di proporre l'impugnativa della decisione presidenziale nelle forme dell'"opposizione di terzo" di cui agli artt. 108 e 109 Cod. proc. amm. davanti al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Ma ciò esula dalle previsioni del codice e dagli orientamenti consolidati in merito.

Ipotizzando in astratto che il D.P.R. integri un provvedimento di natura giurisdizionale, va considerato, altresì, come il Consiglio di Stato, in sede di formulazione del parere, ora che è stato introdotto il contributo unificato pure per il rimedio straordinario, dovrebbe poter condannare alle spese della procedura la parte soccombente o compensarle in tutto o parzialmente, applicando le regole processuali vigenti (v. art. 26 Cod. proc. amm.)¹⁷⁰.

Invero, un recupero (totale o parziale) del contributo unificato, da parte del privato in tutto o in parte vincitore del ricorso, dovrebbe essere accordabile, in sintonia con un principio generale dell'ordinamento, indipendentemente dalla natura del rimedio stesso.

esaudire ogni eventuale richiesta di accesso, consentendo alle parti di partecipare al procedimento con la concessione all'uopo di congrui termini per il deposito di memorie, repliche e controrepliche.

¹⁶⁹ Cfr. O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 812.

¹⁷⁰ Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 901, il quale intravede tale possibilità in prospettiva, in vista della eliminazione di ogni residua differenza con il ricorso giurisdizionale.

Il decreto decisorio, inoltre, se fosse equiparabile ad una sentenza, non potrebbe essere "disapplicato" dal giudice ordinario ove ritenuto illegittimo; anzi quest'ultimo non potrebbe affatto entrare nel merito di quanto in esso statuito. Lo stesso potrebbe essere oggetto, senza dubbi, di ricorso in Cassazione per difetto di "giurisdizione", da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva.

Il D.P.R. sarebbe attuabile tramite il giudizio di ottemperanza, anche se non vi fosse la previsione più "calibrata" dell'art. 112, comma 2, lett. d), Cod. proc. amm., e sarebbe impugnabile per revocazione pure in assenza della più volte menzionata norma esplicita in tal senso.

Tutto ciò è sintomatico, *ex adverso*, del fatto che l'equipollenza *tout court* ad una sentenza (del giudice amministrativo) non è operabile a legislazione inalterata.

Importante è la posizione della Corte costituzionale che, con sent. 2 aprile 2014, n. 73¹⁷¹, nel dichiarare infondate nel merito le censure sollevate dalla Sez. I del Cons. Stato, ord. n. 2402 del 2013, cit., prima accennate, ha sostenuto che l'istituto, per effetto delle novità legislative dell'ultimo decennio 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 chiave critica rispetto alla posizione predetta, assunta dalla Consulta, si è osservato¹⁷² come dalla pronuncia emerga una scarsa linearità nel dispiegarsi dell'*iter* logico della motivazione. Se da un lato, infatti, il giudice delle leggi ha affermato che il ricorso straordinario è attratto, ai fini della determinazione del relativo ambito applicativo, nell'orbita della giurisdizione amministrativa; dall'altro non ha mancato di rilevare che il rimedio giurisdizionale rispetto al ricorso straordinario è del tutto alternativo e non possiede tutte le relative caratteristiche; pertanto non è allo stesso completamente equiparabile. Così facendo, ha avvalorato l'affermazione diametralmente opposta che non può qualificarsi il ricorso straordinario come un rimedio perfettamente fungibile con quello propriamente giurisdizionale.

Peraltro, va notato come la locuzione "funzione giustiziale" non possa ritenersi un sintomo di attrazione all'area della "giurisdizionalità", come sembra aver avallato la Sez. I del Cons. Stato, ord. n. 2402 del 2013, cit., e nemmeno di potestà avente una caratterizzazione sostanziale strettamente simile a quella giurisdizionale o in posizione (completamente) intermedia tra le due funzioni (amministrativa e

¹⁷¹ In www.federalismi.it, e in *Giur. cost.*, 2014, 1469. V., tra gli altri, i commenti di P. TANDA, *Le ricadute della sent. n. 73 del 2014 della Corte costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.federalismi.it, 2014, di A. POZZI, *Il ricorso straordinario salvato*, cit., e di E. FURNO, cit., pp. 90 ss..

¹⁷² O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 798.

giurisdizionale), come pare emergere dalla lettura del pronunciamento della Consulta che ne è scaturito¹⁷³.

La “funzione giustiziale” caratterizza, in maniera più o meno accentuata, infatti, anche gli altri tre ricorsi amministrativi tipizzati dal D.P.R. n. 1199, più informali e di indubbia natura amministrativa¹⁷⁴ e non solo quelli (si pensi anche ai ricorsi presentati a talune Autorità amministrative indipendenti affinché adottino decisioni tese a mettere fine ad una vertenza)¹⁷⁵.

Certo, la funzione giustiziale è molto più spiccata nel caso del rimedio straordinario, che, rispetto agli altri, si avvicina in modo consistente a quello giurisdizionale, anche perché (come si diceva) esso è l'unico ricorso amministrativo attivabile contro gli atti definitivi e termina con una decisione immodificabile, salvo casi estremi. E d'altra parte il carattere amministrativo-giustiziale, sottolineato dalla Consulta, sembrerebbe essere stato sempre detenuto dal rimedio straordinario, fin dalla originaria disciplina del 1971.

Né sembra impeccabile l'affermazione del giudice delle leggi, sent. n. 73 del 2014, cit., secondo cui la normativa vigente abbia segnato la “traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali”.

La critica si basa sul fatto che, in realtà, la funzione giustiziale, per come è generalmente intesa¹⁷⁶, si colloca interamente nell'alveo della attività amministrativa¹⁷⁷, non è “esterna” ad essa e si “innesta” nella quadripartizione tradizionale di attività di amministrazione attiva, consultiva, di controllo e giustiziale.

¹⁷³ V. tra gli altri C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 10.

¹⁷⁴ Diversamente, però, v. G. SORRICELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione: una questione ancora aperta?*, in P. TANDA (a cura di), cit., pp. 207-208. L'A. rileva che solo i ricorsi amministrativi diversi dal ricorso straordinario hanno natura amministrativa, perché consentono all'amministrazione di riesaminare il proprio operato, costituendo forme tipiche di autotutela amministrativa ad istanza di parte. I primi non hanno una caratteristica tipicamente giustiziale, pur se tutelano, nel contempo, le situazioni giuridiche soggettive e, in via subordinata, l'interesse pubblico. Quest'ultimo, una volta perseguito con il ricorso straordinario, è solo ed esclusivamente quello della soluzione dei conflitti di interessi, di soluzione delle liti tra pubblica amministrazione e privati che possa valere nell'ordinamento generale, mentre, nei restanti ricorsi amministrativi, la soluzione della lite è subordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico generale perseguito con il riesame di precedenti provvedimenti amministrativi all'interno degli ordinamenti particolari della pubblica amministrazione. Nei ricorsi amministrativi diversi da quello straordinario si ha un'attività amministrativa di secondo grado, nel senso che essa comporta una nuova determinazione dell'amministrazione in ordine ad un rapporto già in precedenza definito. Nel ricorso straordinario, invece, vi è la necessità di realizzare la giustizia nella determinazione dell'interesse pubblico con la decisione del Capo dello Stato.

¹⁷⁵ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle Amministrazioni indipendenti*, in F. FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi e Amministrazioni indipendenti, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, Milano, 2003, pp. 61 ss..

¹⁷⁶ V., tra gli altri, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, cit., *passim*. In argomento, più di recente, v. lo studio di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

¹⁷⁷ Dissente P. TANDA, *Le ricadute*, cit..

La risoluzione dei conflitti tra privati e pubblica amministrazione, all'insegna della legalità, rappresenta un interesse pubblico rilevante, meritevole di tutela, che viene perseguito dallo Stato tanto con la funzione giurisdizionale, quanto con quella amministrativa-giustiziale.

In definitiva, sembra, per le ragioni complessivamente illustrate e quelle che verranno esplicitate in seguito, più aderente al dato oggettivo (oltre che all'impianto costituzionale) che le nuove norme abbiano semplicemente "avvicinato" il rimedio straordinario a quello giurisdizionale, senza alterarne la "fisionomia basale" di ricorso amministrativo, sia pur distinto nettamente dagli altri¹⁷⁸.

Del resto, se l'adesione alla teoria del carattere "ibrido" del rimedio, potrebbe non essere foriera di critiche, una vera e propria trasformazione del ricorso da amministrativo in giurisdizionale, andrebbe avversata, dovendo una simile circostanza essere accompagnata non da "indici rivelatori" o da "elementi sintomatici" che la avallino implicitamente, ma da "fattori inequivocabili" di una "espressa volontà del legislatore" in tal senso.

Non potrebbe, in altre parole, un mutamento di tale rilievo essere implicito o ricavato da alcuni elementi di similitudine o di convergenza, che consentano il mero accostamento tra i due rimedi, senza una volontà del legislatore che prenda posizione in modo espresso ed inequivoco.

La constatazione della sussistenza di meri elementi sintomatici o rivelatori, sebbene plurimi, equivale, stante la tassatività e la tipicità delle "categorie processuali" e, per così dire, la "purezza" della funzione giurisdizionale, ad affermare la permanenza del rimedio nell'ambito della funzione amministrativa (ancorché con connotazione e finalità giustiziali).

Su tali premesse, non si dovrebbero applicare alcuni istituti processuali.

Si pensi alla sospensione necessaria del processo, prevista dall'art. 295 Cod. proc. civ.¹⁷⁹, allorché dinanzi allo stesso o ad altro giudice penda una controversia (c.d. lite pregiudicante) dalla quale dipenda la decisione della causa (c.d. lite pregiudicata), nei rapporti con un ricorso straordinario già instaurato.

Secondo altre posizioni¹⁸⁰, la norma sottende, però, una regola che, espressione dell'esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti giurisprudenziali, dovrebbe trovare logica applicazione anche nel caso di controversia promossa con ricorso straordinario.

¹⁷⁸ In tale ordine di idee anche F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2378, il quale evidenzia 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 simil-giurisdizionali". Tale era "la situazione prima delle modifiche apportate alla disciplina del ricorso straordinario e tale è rimasta dopo di esse".

¹⁷⁹ V. Cass. civ., SS.UU., sent. 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 826, sul presupposto che il rimedio straordinario implichi lo svolgimento di un "procedimento amministrativo" e non di un giudizio.

¹⁸⁰ In tal senso, in dottrina, N. SAITTA, cit., p. 928. Nella medesima direzione Cons. Stato, Sez. IV, sent. 30 giugno 2003, n. 3896, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1871; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 23 agosto 2010, n. 5893, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. P. TANDA, *Le nuove prospettive*, cit. pp. 120-121.

Per quanto riguarda, invece, la situazione inversa, se può ritenersi che il Consiglio di Stato non abbia l'obbligo di sospendere l'esame della questione, dato che l'art. 295 Cod. proc. civ. si riferisce ai processi, deve anche reputarsi quanto mai opportuno che la sospensione venga disposta facoltativamente per ragioni prudenziali.

Nell'ambito del ricorso straordinario non dovrebbe trovare applicazione neanche la regola della sospensione dei termini per il periodo feriale di cui all'art. 1 della Legge 7 ottobre 1969, n. 742 e successive modifiche¹⁸¹ e ciò si spiega innanzitutto per la non necessaria assistenza e presenza di un avvocato nella procedura e, comunque, per la non equiparabilità della stessa ad un processo.

Inoltre, per il motivo appena indicato, non dovrebbe essere invocabile l'equa riparazione per il danno subito a causa dell'eccessiva durata del processo, prevista dalla Legge 24 marzo 2001, n. 89 (Legge Pinto) e successive modifiche, nelle ipotesi, non trascurabili, di ricorsi straordinari definiti dopo lungo tempo, pur sussistendo, in tale ipotesi, la medesima *ratio* sottesa alla legge (giusta riparazione dei pregiudizi morali e materiali subiti a causa dei tempi di attesa abnormi per ottenere giustizia)¹⁸².

4) Brevi considerazioni conclusive e di ordine costituzionale

Tirando le somme può sostenersi, indubbiamente, che i D.P.R. resi in esito alle procedure azionate con la presentazione dei ricorsi straordinari non rivestano natura giurisdizionale, o sostanzialmente tale, ma non siano nemmeno espressione o estrinsecazione di una funzione di amministrazione "attiva". Si tratta, infatti, di provvedimenti decisori, emanati dal Capo dello Stato, nell'esercizio di una potestà amministrativa e preordinati a chiudere vertenze; non di atti volti a realizzare interessi pubblici differenti. Né si configurano come atti "consultivi", rappresentando un *quid pluris* rispetto ai pareri emessi dal Consiglio di Stato e rispetto alle proposte avanzate dai Ministri competenti. Sono, peraltro, estranei alla funzione di "controllo", anche perché tale funzione esula del tutto da quelle facenti capo al Consiglio di Stato.

In altre parole, pare corretto ritenere che, nonostante l'evoluzione normativa, i D.P.R. che definiscono i ricorsi straordinari siano provvedimenti amministrativi¹⁸³, di carattere decisorio¹⁸⁴, scaturenti da veri e

¹⁸¹ C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 13. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 660. In giurisprudenza Cons. Stato, Sez. III, par. 21 aprile 2009, n. 714/2006, in www.giustizia-amministrativa.it, e in *Foro amm. CDS*, 2009, 1095; Cons. Stato, Sez. II, par. 24 agosto 2007, n. 3047/2004, in www.giustizia-amministrativa.it, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2301. Di diverso avviso, in dottrina, N. SAIITA, *Sistema*, cit., p. 913; P. TANDA, *Le nuove prospettive*, cit., p. 120.

¹⁸² Per l'applicazione della L. n. 89 del 2001 e successive modifiche v. G. D'ANGELO, *La "giurisdizionalizzazione"*, cit.

¹⁸³ V. di recente C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 18.

Sull'atto amministrativo, cfr., tra i tanti, M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 157 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; F. SAIITA, voce *Atto amministrativo* in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, pp. 1 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi* in G. SANTANIELLO,

propri procedimenti amministrativi¹⁸⁵ di natura contenziosa¹⁸⁶. Essi sembrano, dunque, espressione e finalizzazione di un potere giustiziale¹⁸⁷, volto a risolvere le controversie tra privati e amministrazioni pubbliche con una procedura, alternativa a quella giurisdizionale, e gestita da organi statali, con diverse connotazioni e ruoli sinergici.

Non si dovrebbe essere, quindi, al di fuori da una forma *sui generis* di autotutela decisoria¹⁸⁸, preordinata a risolvere una controversia in seno all'apparato amministrativo dello Stato¹⁸⁹.

Il Cons. Stato, Ad. gen, par. 29 maggio 1997, n. 72/1997¹⁹⁰, ha espresso, al riguardo, un concetto tuttora validissimo.

cit., vol. III, Padova, 1993; E. CASETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, pp. 243 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa: cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico: studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato, cit.*, vol. I, pp. 797 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, tomo I, Bologna, 2005, pp. 767 ss.; G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo: LL. n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005; D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. III, Milano, 2010, pp. 46 ss.; G. CORSO, G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011; P.M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁸⁴ Sulle decisioni amministrative v. M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; E. CANNADA BARTOLI, voce *Decisioni amministrative*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, pp. 268 ss.; M. NIGRO, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 810 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, pp. 1 ss. A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 524 ss..

¹⁸⁵ V., tra i tanti, G. LANDI, G. POTENZA, cit., p. 778; E. RAGANELLA, L. VALLA, cit., pp. 108, 182; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 115.

¹⁸⁶ V. F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., p. 2377.

¹⁸⁷ E. RAGANELLA, L. VALLA, cit., p. 182; G.P. JARICCI, cit., 2007, p. 106. Secondo C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 9, il ricorso straordinario "formalmente" è un rimedio amministrativo, in quanto è un ricorso che viene proposto ad una autorità amministrativa, che lo decide in tale sua qualità". Lo stesso A., cit. p. 10, ritiene che "oggi il ricorso straordinario continua ad essere un rimedio di tipo amministrativo, non giurisdizionale", ma tenuto conto di una serie di elementi tra cui quello per cui "la decisione, nei fatti, è rimessa ad un organo terzo e imparziale, cioè al Consiglio di Stato, lo si può ritenere un rimedio giustiziale". In tale direzione cfr. Pure F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale*, cit., pp. 208 ss. Per P. TANDA, *Le nuove prospettive*, cit., p. 91, la circostanza che l'attività istruttoria è svolta da un'autorità non giurisdizionale (il Ministro competente per materia) non scalfisce la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in questione.

Sull' amministrazione giustiziale cfr. E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova 1986; A. PAJNO, voce *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.* vol. II, Roma, 2000, pp. 1 ss..

¹⁸⁸ Per un inquadramento del tema della tradizionale potestà amministrativa di autotutela (decisoria), riferita, per lo più, ai vizi di legittimità, v. tra gli altri, G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Padova, 1939; S. ROMANO, voce *Annulamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it.*, vol. I, 1, Torino, 1957, pp. 642 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, cit., pp. 484 ss.; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)* in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 537 ss.; G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, pp. 80 ss.; ID., voce *Annulamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 267 ss.; G. CORAGGIO, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, pp. 1 ss..

¹⁸⁹ Cfr. A.M.SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, pp. 1203-1206.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, mentre nel ricorso straordinario la verifica dell'illegittimità degli atti impugnati, sotto il profilo del controllo finale degli atti medesimi, si svolge in un contesto sostanzialmente "interno" all'amministrazione, diversamente il ricorso giurisdizionale presuppone la "fuoriuscita" del processo formativo dell'atto. Nell'ambito del primo si realizza, sia pure in chiave contenziosa, una funzione "collaborativa", nell'ambito del secondo, al contrario, si ha una accentuazione del profilo di "reazione" all'atto impugnato ritenuto lesivo.

È centrale il rilievo che la funzione amministrativa giustiziale non può essere assolutamente "assimilata o confusa con la quella giurisdizionale" in senso proprio¹⁹¹. L'esercizio di quest'ultima, ai sensi degli artt. 102, 103 e 134 Cost., è riservato rispettivamente ai giudici ordinari, amministrativi e costituzionali e si caratterizza per il valore formale delle relative pronunce le cui statuizioni, anche se non conformi alla legge, non possono essere revocate o modificate, o, comunque, dichiarate illegittime, se non mediante altre pronunce giurisdizionali¹⁹².

D'altronde, il Capo dello Stato, come soggetto che adotta il D.P.R. decisorio, non può emettere o approvare, neanche formalmente, decisioni giurisdizionali, perché un simile potere dovrebbe necessariamente essere riconosciuto, in modo espresso, dalla Costituzione.

Una sua ipotetica introduzione in Costituzione, a parte le probabili obiezioni di merito che potrebbe sollevare, dovrebbe comportare correttamente la modifica dell'art. 87 Cost. (pur se tale norma reca una elencazione non esaustiva dei poteri presidenziali). Ma ove ciò si realizzasse potrebbe creare una disarmonia con il principio cardine della separazione dei poteri¹⁹³, ovvero con quello, più sfumato e meno rigido, della distinzione delle funzioni¹⁹⁴ presente nella stessa Carta fondamentale.

Da quanto illustrato si evince che le innovazioni legislative che hanno investito l'istituto non sono talmente "rivoluzionarie" e radicali da averne cambiato del tutto i connotati ed aver attribuito ad esso natura di rimedio giurisdizionale o sostanzialmente tale¹⁹⁵. Per giurisdizionalizzare il rimedio in questione bisognerebbe farlo fuoriuscire da un ambito nel quale all'istruzione e alla decisione provvedono, in sinergia, organi (costituzionali e di rilevanza costituzionale), nell'esercizio di potestà amministrative. Così facendo, però, a parte gli ostacoli di ordine costituzionale che si potrebbero

¹⁹⁰ In *Cons. Stato*, 1997, I, 1452.

¹⁹¹ Cfr., però, T.A.R. Lazio, Sez. I, ord. n. 6971 del 2004, cit.

¹⁹² In questi termini A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967, vol. IV, p. 243 ss..

¹⁹³ Su tale principio cfr. F. MODUGNO, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Noviss.dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 472 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1979; ID., voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 670 ss..

¹⁹⁴ In argomento cfr. P. GIOCOLI NACCI, *L'anti-Montesquieu: tramonto del principio della distinzione delle funzioni*, Bari, 1989.

¹⁹⁵ Evidenzia L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 4, che la connotazione formalmente e sostanzialmente amministrativa del ricorso straordinario e della relativa decisione "la differenza in profondità dal giudicato, quanto a natura, grado di intangibilità e di sensibilità alle sopravvenienze".

frapportare, esso si snaturerebbe completamente: non si tratterebbe più di un “ricorso straordinario al Capo dello Stato” e ciò con tutte le implicazioni che ne deriverebbero.

L’istituto in parola, non contemplato esplicitamente in Costituzione, pone sul tappeto una serie di problemi ulteriori a quelli descritti, connessi, di compatibilità con la stessa Carta fondamentale.

Le perplessità si incrementano, in particolare, ove si condividesse l’assunto che si tratti, *rebus sic stantibus*, di un rimedio essenzialmente giurisdizionale e aumentano ulteriormente, *a fortiori*, ove il legislatore ordinario, a Costituzione invariata, lo trasformasse in un rimedio *stricto sensu* giurisdizionale, concepito come ricorso in unico grado al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

Qualora lo si inquadrasse, ad ordinamento immutato, in un rimedio giurisdizionale o sostanzialmente tale, almeno *prima facie*, sembrerebbe corretto ritenere che la sua disciplina, per essere legittima, debba contemplare le medesime garanzie del processo¹⁹⁶, pena la (possibile) violazione di diverse norme costituzionali, prime tra tutte gli artt. 24¹⁹⁷, 100, 111¹⁹⁸ e 113 Cost., letti in connessione con l’art. 3 Cost.¹⁹⁹.

¹⁹⁶ In tale direzione F.G. COCCA, *Osservazioni*, cit., p. 2380; F. SAITTA, *Il ricorso*, cit., pp. 1330-1331.

¹⁹⁷ I commi 1 e 2 dell’art. 24 Cost. recitano: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”.

Sull’art. 24 Cost. v. L.P. COMOGLIO, M. SCAPARONE, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, pp. 1 ss.; A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., tomo I, pp. 501 ss., e la bibliografia ivi citata.

Sul principio di effettività della tutela (giurisdizionale), tenendo conto dell’ordinamento interno e di quello europeo, v. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; N. IRTI, *Il significato giuridico dell’effettività*, Napoli, 2009; P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2012; F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013.

¹⁹⁸ L’art. 111 Cost., rispettivamente ai commi 1, 2, 5, 6 e 8 (che qui più interessano), recita: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”. “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”. “Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

In generale, sull’art. 111 Cost. v. A. ANDRONIO, *Art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., tomo III, pp. 2099 ss..

Sul principio del giusto processo (amministrativo) cfr., tra gli altri, C. CALABRÒ, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 2345 ss.; E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 1061 ss.; D. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2001, pp. 595 ss.; L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del “giusto processo” applicato al giudizio amministrativo*, in www.lexitalia.it, 2002; S. TARULLO, *Il giusto processo*, cit., *passim*.

Sulla ragionevole durata del processo cfr., tra gli altri, A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002; F. GAMBINI, *La ragionevole durata del processo e la legge Pinto*, in *Dir. cost.*, 2005, pp. 309 ss.; C. SALTELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 633 ss.; G. GUZZARDO, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia “celere”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, pp. 155 ss.; S. MIRATE, *Termini processuali e ragionevole durata del processo*, in R. CARANTA (diretto da), cit., pp. 865 ss.; F. FURNARI, *Il risarcimento dei danni per la lentezza della giustizia*, Torino, 2010.

Ragionando in questi termini, l'armonia con tali norme se può ritenersi rispettata, almeno sulla carta, con riferimento all'adeguatezza della motivazione della decisione e alla ragionevole durata del processo (o della procedura), non pare si registri, allo stesso modo, per gli ulteriori aspetti garantistici prima illustrati.

In altre parole, l'adesione all'assunto che si tratti di un vero e proprio rimedio giurisdizionale vorrebbe significare che l'ordinamento prevede ora “due sedi distinte”, “entrambe giurisdizionali”²⁰⁰, alternative tra di loro, di risoluzione delle vertenze in atto tra privati e pubblica amministrazione. La prima in doppio grado di giudizio (T.A.R. e Consiglio di Stato in sede giurisdizionale), con garanzie di udienze pubbliche, posizione di imparzialità e terzietà del giudice, difesa obbligatoria di un avvocato, garanzie di istruzione probatoria e contraddittorio al massimo delle loro potenzialità ecc..

Un'altra sede, sostanzialmente giurisdizionale, in cui il potere decisionale è intestato, di fatto e ordinariamente, al Consiglio di Stato in sede consultiva, attivabile in via opzionale dal privato e poi “non avversata” e quindi “accettata” dalle altre parti, non in piena sintonia con i canoni vigenti in campo processuale.

Si registrerebbe, in questa evenienza, un'attenuazione del principio del contraddittorio, della parità delle armi, la mancanza di vere e proprie udienze pubbliche, di una difesa tecnica, di discussione orale, delle condizioni di imparzialità e terzietà dell'organo che istruisce la procedura e minore intensità di tali fattori in relazione all'organo che, in sostanza, dirime la vertenza, l'assenza assoluta della circostanza che

Sulla parità delle parti nel processo amministrativo cfr., tra gli altri, V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2001, pp. 859 ss.; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio*, cit., pp. 499 ss.; S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Roma, 2012.

In generale, sulla motivazione delle sentenze amministrative (già prima della novella costituzionale del 1999, dell'art. 111 Cost.), v., tra gli altri, A. ANDREANI, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, pp. 5 ss.; ID., voce *Motivazione della sentenza (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XX, pp. 1 ss..

¹⁹⁹ Sul principio di uguaglianza v., a titolo meramente esemplificativo, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Milano, 1965; C. ROSSANO, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; S. AGRO, U. ROMAGNOLI, *Art. 3*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 123 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Padova, 1984; A. CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, pp. 1 ss.; A. CELOTTO, A. GEORGIS, *Art. 3*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., tomo I, pp. 65 ss..

²⁰⁰ In tal senso L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 105. Rileva F. FRENI, *Quando l'abito*, cit., pp. 3737 ss., che se si optasse per la natura “sostanzialmente giurisdizionale” del rimedio in esame, il significato dell'opposizione ex art. 48 Cod. proc. amm. 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. Ciò comporterebbe una notevole limitazione dell'oggetto del consenso delle parti. Secondo l'A., l'alternatività del rimedio straordinario rispetto a quello giurisdizionale fa sì che la sede straordinaria non è una sede giurisdizionale. Se, invece, si ritenessero entrambe espressioni di un potere giurisdizionale, si determinerebbe un anomalo sistema nel quale due diversi giudici verrebbero a pronunciarsi su identiche controversie, con la conseguenza che il principio di alternatività verrebbe a configurare un criterio di riparto tra giurisdizioni regolato, tra l'altro, dalla libera scelta dei soggetti interessati.

la prova si formi in contraddittorio delle parti e l'impossibilità di ammettere mezzi di prova quali la consulenza tecnica d'ufficio e la testimonianza.

Certo resterebbe emblematico il fatto che il rimedio in esame è aggiuntivo rispetto a quello giurisdizionale in doppio grado e che il suo esperimento è una opzione del ricorrente cui aderiscono le altre parti non producendo opposizione. E tali circostanze potrebbero, quantomeno, lenire i sospetti di illegittimità costituzionale connessi alle attenuate garanzie che esso presenta rispetto a quelle che connotano il processo amministrativo.

Ma le critiche appaiono, comunque, evanescenti se si considera che la procedura in parola non è sfornita di presidi garantistici e che anche il diritto processuale civile e quello penale contemplano procedimenti speciali, semplificati, abbreviati o accelerati, che postulano minori garanzie per la difesa delle parti rispetto al rito ordinario, ma consentono apprezzabili risultati sotto il profilo della durata del processo, dell'economia processuale ecc., senza che le norme che li disciplinano siano (necessariamente) inficiate o da illegittimità costituzionale. Si noti che anche i riti suddetti sono frutto di una libera scelta delle parti, essendo prevista la possibilità di "conversione" in una fase a cognizione piena e con rito ordinario (es. decreto penale di condanna ed opposizione dell'interessato, decreto ingiuntivo ed opposizione dell'ingiunto che assume la veste di attore), ove le parti non siano concordi nel concludere la vicenda processuale avvalendosi della procedura semplificata o speciale.

Alcuni autori hanno sollevato il problema di legittimità costituzionale della normativa regolatrice del rimedio in parola, oltre che sotto il profilo della mancanza di garanzie del tutto analoghe al processo (come il pieno contraddittorio)²⁰¹ ex artt. 24, 111 e 113 Cost., in riferimento al comma 2 dell'art. 102 Cost.²⁰², ossia al divieto dell'istituzione di nuove giurisdizioni speciali o straordinarie²⁰³, ed in relazione all'art. 100, comma 1, Cost., che darebbe copertura al ricorso straordinario quale rimedio "giustiziale", sicché la sua giurisdizionalizzazione sarebbe in contrasto con tale norma costituzionale²⁰⁴.

Inoltre, si è evidenziato²⁰⁵ come il rimedio in unico grado, concepito come giurisdizionale, potrebbe suscitare forti dubbi in relazione all'art. 125, comma 2²⁰⁶, Cost. che costituzionalizza i T.A.R, quali giudici amministrativi di primo grado.

²⁰¹ Cfr. F. FRENI, *Il nuovo ricorso*, cit., spec. p. 100.

²⁰² Sull'art. 102 Cost. v. A. PIZZORUSSO, *Art. 102*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura*, tomo I, Bologna-Roma, 1994, pp. 195 ss.; A. POGGI, *Art. 102*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., tomo III, pp. 1968 ss., e la bibliografia ivi riportata.

²⁰³ V. F. SALVIA, cit., p.1606.

²⁰⁴ V. G. MORBIDELLI, *Riflessioni*, cit..

²⁰⁵ O. TORIELLO, A. MANCA, L. SELMO, cit., p. 795

²⁰⁶ Sull'art. 125 Cost. v. F. GIUFFRÈ, *Art. 125*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., tomo III, pp. 2482 ss., e la bibliografia ivi riportata.

Invero, mentre il ricorso in unico grado o per *saltum* di cui all'art. 360, comma 2, Cod. proc. civ., non sembra illegittimo con riferimento alla magistratura ordinaria, ambito in cui non è costituzionalizzata la specifica competenza decisoria nel merito (in primo e/o secondo grado) di organi giurisdizionali, la situazione dovrebbe essere diversa, per quanto anzidetto, per il contenzioso amministrativo.

Del resto, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, non pare integrare un “giudice” o un “giudice speciale” nell’accezione “propria” usata dal Costituente, né, *a fortiori*, un giudice “straordinario”.

Esso fa parte della normale e stabile organizzazione statale, quale organo a rilevanza costituzionale (rivestendo tale qualità, chiaramente, sia con riferimento alla componente giurisdizionale, sia a quella consultiva), e la procedura attivata con ricorso straordinario, in cui interviene esprimendo un parere, risulta cristallizzata in via generale e astratta dalla legge.

Il Costituente, vietando l’istituzione di giudici straordinari o speciali, voleva riferirsi, evidentemente, a giudici non solo non consacrati in Costituzione, ma, altresì, costituiti *ad hoc* per far fronte a situazioni particolari e contingenti e con competenze *extra ordinem* o derogatorie rispetto a quelle (normali) facenti capo alla magistratura istituita ed operante stabilmente.

La possibilità che il Consiglio di Stato sia attivato in sede straordinaria, in via diretta ed esclusiva, è un’alternativa rispetto a quella per cui avrebbe una competenza giurisdizionale in grado di appello, ma non pare avere carattere di specialità o di straordinarietà. Tali canoni, infatti, non sono di per sé integrati dalla circostanza che essa è frutto di un’opzione delle parti interessate; considerando, altresì, sotto il profilo oggettivo, che il rimedio in questione ha carattere generale.

La copertura costituzionale, a mente dell’art. 100, comma 1, Cost., del ricorso in parola, quale rimedio giustiziale, può ritenersi operante, ma solo in via indiretta, mentre la conformazione specifica del ricorso appartiene alla discrezionalità del legislatore ordinario che ha varie opzioni nei limiti tracciati dal complessivo assetto costituzionale.

In effetti, ove si connotasse l’istituto precipuamente di natura giurisdizionale, si potrebbe aggirare, quanto meno indirettamente, il disposto della norma costituzionale appena indicata.

È vero anche che la disposizione costituzionale anzidetta, laddove reca la dicitura funzione di “tutela della giustizia nell’amministrazione”, sembra riferirsi alla (differente) funzione giurisdizionale amministrativa esercitata, la quale, diversamente, pur essendo centrale tra le funzioni del Consiglio di Stato, non sarebbe menzionata. Solo in via mediata e tacita potrebbe connettersi alla funzione (effettiva) del Consiglio di Stato di determinare l’esito del ricorso straordinario. La funzione esplicita dal Consiglio di Stato in relazione al ricorso straordinario può ricondursi, *in primis*, alla locuzione “consulenza giuridico-amministrativa”, essendo adottato un parere interno al procedimento prodromico rispetto alla adozione del D.P.R., che è l’atto esplicante la funzione giustiziale; in *secundis*, è sostenibile che

l'espressione si riconnetta al compito di definire, tramite l'atto consultivo vincolante, l'esito del ricorso straordinario.

Ebbene, la disciplina dell'istituto pare conforme all'impianto costituzionale²⁰⁷ se e in quanto lo si inquadri come strumento amministrativo-giudiziale di tutela, alternativo e aggiuntivo rispetto alla funzione giurisdizionale; permanendo tale dovrebbe restare immune da censure del genere. Se, invece, gli si attribuisse, attualmente o in seguito ad una sua evoluzione, natura pienamente giurisdizionale, porrebbe seri dubbi di incompatibilità con il Testo fondamentale.

In realtà, le divergenze rispetto al ricorso giurisdizionale, nel senso di garanzie più attenuate e maggiori limiti alla sua esperibilità, non sembrano scalfire le norme costituzionali relative al diritto di difesa, al principio di pienezza della tutela e al principio di ragionevolezza²⁰⁸, trattandosi di strumenti di tutela oggettivamente differenti.

Non dovrebbe, quindi, potersi invocare (come a primo impatto pare accreditabile) la lesione degli interessi sottesi ai principi di cui agli artt. 24, 111 e 113, i quali si riferiscono, peraltro, precipuamente e direttamente alla tutela in sede giurisdizionale. E ciò anche alla luce dei principi cristallizzati (e in parte ribaditi) dalla Corte cost., sent. 9 aprile 2009, n. 108²⁰⁹.

Certo, sarebbe opportuno incrementare le garanzie e rapportarle, per quanto possibile, a quelle sussistenti in ambito processuale. Non paiono esservi, però, divieti imprescindibili di incompatibilità delle attuali norme con il Testo costituzionale, considerato che le diversità appaiono stemperate, proporzionate e ragionevoli e, comunque, insite nelle peculiarità di strumento di risoluzione extragiudiziale che involge organi e potestà nell'ambito di una procedura amministrativa.

Probabilmente il legislatore rivedrà ulteriormente la disciplina del ricorso straordinario.

²⁰⁷ Sulla compatibilità del rimedio con la Carta fondamentale v. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., vol. II, pp. 1267 ss., e, spec., p. 1268. L'A. ritiene che la compatibilità del ricorso straordinario con l'ordinamento costituzionale vigente sia confermata da un argomento di diritto costituzionale positivo, ossia la previsione dell'art. 23, comma 4, dello Statuto speciale siciliano, che trasferisce la competenza di decidere sui ricorsi avverso gli atti dell'amministrazione siciliana, in via amministrativa, al relativo Presidente. Ciò implicherebbe il riconoscimento costituzionale della sopravvivenza dell'istituto, oltre che del suo carattere meramente amministrativo. V., altresì, P. TANDA, *Le nuove prospettive*, cit., spec. pp. 17 ss. Cfr., però, le risalenti opinioni avverse di V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pp. 795 ss., e di A.S. AGRO', *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. Adv. Stato*, 1948, pp. 1 ss.. Più di recente F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale*, cit., pp. 187 ss. nutre quantomeno delle perplessità sulla compatibilità dell'istituto con la Carta costituzionale. L'A., cit., spec., p. 214, sostiene che si potrebbe configurare un istituto "amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e – verosimilmente – incostituzionale nella struttura".

²⁰⁸ Sul principio di ragionevolezza delle leggi cfr. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, pp. 341 ss.; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg., vol I, Milano, 1997, pp. 899 ss.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario*, cit., vol. V, pp. 4805 ss..

²⁰⁹ In www.federalismi.it, e in *Giust. civ.*, 2010, I, 2135.

Se lo congegnasse come ricorso pienamente giurisdizionale, in unico grado, lo renderebbe, evidentemente, un rimedio differente, in molti aspetti, da quello attuale.

Un'evoluzione di questo tipo sarebbe coerente con le impostazioni di certa dottrina e giurisprudenza, ma non sembra possibile a Costituzione invariata.

Infatti, una riforma in tal senso farebbe emergere i problemi di costituzionalità accennati, su tutti con riferimento all'art. 125, comma 2, Cost.; norma che non dovrebbe consentire un giudizio impugnatorio di un provvedimento amministrativo direttamente dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, poiché essa indica i T.A.R. come giudici di prime cure.

Non pare stridere, invece, con l'art. 103, comma 1, Cost. che consacra costituzionalmente il Consiglio di Stato come organo giudicante nelle controversie di cui è parte una pubblica amministrazione, non riferendo, però, la competenza di tale organo ad alcun grado di giudizio; ciò anche se, indirettamente (per via dell'art. 125, comma 2, Cost.), dovrebbe essere implicito che esso presieda al grado di appello.

Se è condivisibile il fatto che il principio del “doppio grado di giudizio” non ha valore assoluto, come affermato dalla Corte cost., già con sent. 1 febbraio 1982, n. 8²¹⁰, non sembra ineccepibile (anche perché non sufficientemente motivato) l'orientamento espresso dallo stesso giudice costituzionale, con sent. 31 dicembre 1986, n. 301²¹¹ e ord. 31 marzo 1988, n. 395²¹², secondo cui sarebbe legittima costituzionalmente l'attribuzione di competenze giurisdizionali in unico grado al Consiglio di Stato. Il principio stabilito dalla Consulta è nel senso che l'art. 125, comma 2, Cost. comporti soltanto l'impossibilità di attribuire ai T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e non anche che il Consiglio di Stato debba essere solo giudice di secondo grado.

Va aggiunto, poi, che il Consiglio di Stato non è attributario di ulteriori e diverse potestà amministrativo-giustiziali; sicché, ove il legislatore abolisse, *tout court*, tale rimedio, potrebbe ledere la previsione dell'art. 100, comma 1, Cost..

Può concludersi che è auspicabile una conservazione dell'istituto nell'alveo della funzione amministrativa, ma in sintonia, il più possibile, con i dettami garantistici validi per il processo amministrativo, evitando, però, di rendere farraginoso e complessa la procedura. Considerato che esso riveste una certa utilità per porre fine al contenzioso in atto con la P.A. senza particolari formalità, sarebbe opportuno ridurre l'entità del contributo unificato, valutata la naturale vocazione del rimedio come strumento di tutela dei cittadini meno abbienti, e congegnare meccanismi idonei a far sì che vengano rispettati i tempi previsti dal D.P.R. n. 1199 (specie all'art. 11, commi 1 e 2) per il suo espletamento.

²¹⁰ In *Foro it.*, 1982, I, 329.

²¹¹ In *Foro it.*, 1987, I, 2962.

²¹² In *Foro it.*, 1989, I, 242.



Intervenendo su queste linee direttrici si dovrebbe conseguire l'obiettivo di alleggerire, in certa misura, i carichi giudiziari pendenti dinanzi ai T.A.R. e al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e, a cascata, di accelerare la definizione dei processi amministrativi.

Non è prevedibile, comunque, un'evoluzione normativa che sancisca, per così dire, un “regresso” del ricorso straordinario, nel senso di rendere lo stesso più affine rispetto agli altri ricorsi amministrativi.