

CRISTIANA BENETAZZO
Ricercatrice di Diritto amministrativo
nell'Università degli Studi di Padova

**Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio
amministrativo a strumento “alternativo” al ricorso giurisdizionale.**

SOMMARIO: 1. Premessa. L'oggetto del presente studio: la natura, il ruolo e la funzione del ricorso straordinario alla luce delle novità introdotte, prima, dalla legge n. 69/2009 e, poi, dal Codice del processo amministrativo. – 2. Le caratteristiche principali, i profili di disciplina e l'ambito di operatività del rimedio. – 3.1. La natura giuridica del ricorso straordinario. Dalla originaria natura “bicefala” alla affermazione dell'anima “amministrativa” del rimedio, prima della legge n. 69/2009. – 3.2. Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in merito alla natura del ricorso straordinario. – 4. La riforma introdotta dalla legge n. 69/2009: il parere “vincolante” e la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare la questione di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario. – 5. Le modifiche apportate dal Codice del processo amministrativo: in particolare, la limitazione dell'ambito di operatività del rimedio alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e la previsione secondo cui il ricorso per l'ottemperanza può essere proposto anche per i provvedimenti decisori, la cui cogenza è equiparata alle sentenze passate in giudicato. Le conseguenti prese di posizione della giurisprudenza. – 6. Le caratteristiche strutturali del processo (rispetto del contraddittorio; disponibilità delle prove; effettiva dialettica delle parti; oralità della discussione) e loro rapporto col “procedimento” instaurato su ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 7. La perdurante difficoltà di una piena equiparazione tra i due rimedi, pur a fronte delle incisive riforme operate nel biennio 2009-2010. Gli orientamenti della giurisprudenza in merito alla ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario e i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento alla legge n. 69/2009. – 8.1. Ulteriori conferme della non perfetta coincidenza tra i due rimedi: *a*) la delimitazione dell'ambito applicativo del ricorso straordinario nei termini imposti dall'art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo. – 8.2. (segue): *b*) la tesi tradizionale che esclude l'ammissibilità di una

domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario. – 8.3. (segue): c) la disposizione dell'art. 120, comma 1, c.p.a., che ha escluso la possibilità di esperire il ricorso straordinario per l'impugnazione degli atti relativi a procedimenti ad evidenza pubblica. – 9. Conclusioni.

1. Premessa. L'oggetto del presente studio: la natura, il ruolo e la funzione del ricorso straordinario alla luce delle novità introdotte, prima, dalla legge n. 69/2009 e, poi, dal Codice del processo amministrativo.

Il ricorso straordinario è un istituto che – nonostante le sue antiche origini ⁽¹⁾ – svolge ancora oggi una efficace funzione di tutela del cittadino nei confronti della p.A..

⁽¹⁾ Va, infatti, ricordato che l'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato è sorto nel Regno di Sardegna, all'epoca della monarchia assoluta ed è stato, poi, recepito nella propria legislazione dallo stato unitario. L'art. 3 delle Costituzioni Generali di Vittorio Amedeo II del 1723 dispose per la prima volta che «*Le suppliche che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le nostre determinazioni*». Si affermò, così, il sistema accentrato di «*giustizia ritenuta*», tipico delle monarchie assolute, in cui il sovrano era il titolare di ogni potere dello Stato e poteva decidere, caso per caso, su ogni supplica o istanza presentata – anche senza l'assistenza di un difensore – in materia civile, penale o amministrativa, ed incidere su qualsiasi sentenza o su qualsiasi atto del potere esecutivo. Le disposizioni delle Costituzioni Generali del 1723, con qualche lieve modifica lessicale, furono, quindi, trasfuse nelle Costituzioni Generali del 1770, consentendo così al Re di esercitare il suo potere di «*giustizia ritenuta*», con decreti insindacabili da qualsiasi altra autorità. Successivamente, con il Regio Editto del 18 agosto 1831, Carlo Alberto istituì il Consiglio di Stato, prevedendo, all'art. 29, che esso avrebbe espresso il parere sui «*ricorsi in materie giuridiche*». Per le controversie civili e penali, il regio editto del 30 ottobre 1847 istituì la Corte di cassazione, competente per le impugnazioni delle sentenze, e dispose che anche le sue sentenze sarebbero state emesse «*in nome del Re*». Invece, i ricorsi proposti avverso gli atti amministrativi – proponibili in ogni tempo – continuarono ad essere decisi dal Re, previo parere del Consiglio di Stato, nella duplice veste di vertice del potere esecutivo e di «*supremo correttore dei torti e delle illegalità*». Il disegno riformatore di Carlo Alberto fu, quindi, completato dallo Statuto del 1848, che confermò l'applicazione del ricorso straordinario quale istituto di giustizia amministrativa. Per una ricostruzione – anche – storica del rimedio, cfr. U. BORSI, *Sui ricorsi straordinari al re al momento della proclamazione della Repubblica e sui ricorsi analoghi eventualmente istituibili*, in *L'amministrazione italiana*, 1946, p. 168 ss.; A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna, 1953, p. 401 ss.; V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1959, p. 788 ss.; M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959, p. 18 ss.; e, più recentemente, L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2009, § 1; L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, tomo V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2003, p. 4445 ss. e, dello stesso Autore, *Il ricorso straordinario*

Le ragioni della sua persistente fortuna sono, come è noto, da individuarsi: nel più lungo termine concesso per la sua proposizione; nella mancanza di spese di giudizio; nella (relativa) rapidità dei tempi di conclusione (rispetto al doppio grado del ricorso giurisdizionale); nella non prevista necessità di difesa tecnica ⁽²⁾.

Il rimedio – tradizionalmente inquadrato tra i procedimenti amministrativi contenziosi di secondo grado – ha subito, nel corso degli ultimi anni e soprattutto col Codice del processo amministrativo, diversi interventi di riforma, intesi ad eliminarne alcune criticità, frutto di una normativa scarna e carente. Tali modifiche normative sembrano confermare – rafforzandola – quella tendenza alla “giurisdizionalizzazione” dell’istituto ⁽³⁾, superando, così la concezione di una “ambivalenza” del rimedio, insita in quella definizione di “ircocervo”, coniata dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 298/1986 ⁽⁴⁾.

Lo scopo di questo scritto è duplice: da un lato, riconsiderare la natura, il ruolo e la funzione del ricorso straordinario alla luce delle novità introdotte, prima, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 e, poi, dal Codice del processo amministrativo (approvato col d.lgs.

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, n. 11/2011, §§ 1 e 2.

⁽²⁾ Invero, nonostante, da più parti, si sia costantemente predicata l’inutilità del rimedio, i dati statistici evidenziano un largo uso del ricorso straordinario nella pratica: si veda, sul punto, M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 623.

⁽³⁾ Di «*progressiva conversione verso la natura giurisdizionale*» parla G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, in www.giustamm.it, n. 1/2010, p. 2, secondo il quale «*il rimedio ha infatti acquisito nel tempo – per via giurisprudenziale o legislativa – tutta una serie di istituti tipici dei ricorsi giurisdizionali quali l’istruzione probatoria, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale, la revocazione, la tutela cautelare*». Nello stesso senso I. IMMORDINO, op. cit., p. 619, ad avviso della quale l’art. 69 della legge n. 69/2009 avrebbe «*introdotto nell’istituto modifiche tali da segnare una svolta genetica*» e il Codice del processo amministrativo avrebbe «*confermato, rafforzandola, quella tendenza alla giurisdizionalizzazione del rimedio avviata già da tempo dalla giurisprudenza e dalla legislazione*».

⁽⁴⁾ Si tratta, nello specifico, della decisione Corte cost., 31 dicembre 1996, n. 298, in *Le Regioni*, 1987, p. 510. Di natura «*ibrida*» del rimedio – a mezza via tra il ricorso amministrativo e il ricorso giurisdizionale – parlava C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1939; in tal senso, più recentemente, G. MORBIDELLI, op. cit., p. 1, secondo il quale la “ambivalenza” che contraddistingue il ricorso straordinario trova origine, oltre che nella sua struttura, nella sua storia. L’Autore ricorda, infatti, che, nel regime pre-statutario, il rimedio «*si configurava più quale istituto giudiziario che quale istituto amministrativo, come si ricava dalla cognizione astretta alle questioni di legittimità con esclusione delle questioni di merito*».

2 luglio 2010, n. 104); dall'altro, cercare di capire se l'obiettivo, perseguito dal legislatore, di "rivitalizzare" l'istituto sia stato effettivamente raggiunto o se – nonostante la tendenza ad un ampliamento del suo ambito di operatività – esso rivesta ancora un ruolo marginale nell'attuale ordinamento, imputabile, in gran parte, a lacune e carenze che aspettano tuttora di essere colmate.

A questo scopo, si ritiene, dunque, di non poter prescindere da una – sia pur breve – disamina dei tratti qualificanti l'istituto, come si sono venuti configurando all'esito di una più che secolare evoluzione.

2. Le caratteristiche principali, i profili di disciplina e l'ambito di operatività del rimedio.

Come è noto, il ricorso straordinario è un rimedio amministrativo di carattere generale, esperibile, cioè, in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge ovvero incompatibile con il sistema. È detto straordinario perché proponibile contro atti nei cui confronti, in ragione del loro carattere definitivo, non sono esperibili altri rimedi amministrativi. Ed è, altresì, un rimedio eliminatorio in quanto comporta, nel caso di accoglimento, solo decisioni di annullamento ⁽⁵⁾.

Come gli altri rimedi amministrativi, il ricorso straordinario ha carattere impugnatorio, in quanto preordinato alla demolizione di un provvedimento amministrativo ⁽⁶⁾, anche se, rispetto al ricorso gerarchico, presenta una sfera di operatività più ristretta, essendo proponibile unicamente per censure di legittimità ⁽⁷⁾; diversamente, sotto il profilo delle situazioni giuridiche tutelabili, ha un ambito per certi versi più ampio, essendo tradizionalmente previsto a tutela, oltre che di interessi legittimi, anche di diritti soggettivi.

⁽⁵⁾ Si veda, su tali definizioni, M. IMMORDINO, op. cit., p. 620.

⁽⁶⁾ Si ritiene, invece, inammissibile allorché siano state sollevate questioni di mero accertamento o sia stata chiesta una pronuncia dichiarativa di pretese patrimoniali: cfr., in tal senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. III, parere 6 giugno 1992, n. 1932/91, in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 109.

⁽⁷⁾ Cfr., sul punto, Consiglio di Stato, Ad. Gen., 29 maggio 1997, n. 72/97, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1452.

Il carattere impugnatorio non sembra, tuttavia, avere valore assoluto: la giurisprudenza lo ammette, infatti, anche avverso il silenzio-inadempimento (o silenzio-rifiuto) e, quindi, avverso un mero comportamento dell'Amministrazione⁽⁸⁾. Ne è, invece, preclusa la proposizione quando la controversia investe situazioni giuridiche soggettive a tutela delle quali è prevista l'esperibilità di rimedi giurisdizionali innanzi a giudici speciali (come, ad es., nel caso della materia pensionistica o della responsabilità per danno erariale, sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti)⁽⁹⁾; sono parimenti dichiarati inammissibili i ricorsi straordinari concernenti controversie attribuite alle Commissioni tributarie nonché quelli relativi a materie devolute dalla legge al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche⁽¹⁰⁾. Deve, inoltre, ritenersi inammissibile il ricorso straordinario, ove la controversia sia stata devoluta ad un collegio arbitrale, in considerazione dell'efficacia preclusiva propria della clausola compromissoria⁽¹¹⁾.

Per quanto concerne gli atti di diritto privato della p.A., essi sono stati tradizionalmente esclusi dall'ambito di operatività del ricorso straordinario, perché non riconducibili ad una potestà amministrativa, fatta eccezione per la rescissione del contratto di appalto, considerato il carattere autoritativo del medesimo atto⁽¹²⁾. Al contrario, secondo un indirizzo giurisprudenziale criticato dalla dottrina, ma in via di consolidamento⁽¹³⁾, gli atti emanati dai concessionari della costruzione di opere pubbliche sono assimilabili a quelli emanati da un organo dello Stato o di un altro ente pubblico, con la conseguenza che gli stessi si considerano impugnabili in sede giurisdizionale; e, quindi, in alternativa, anche con ricorso amministrativo e,

⁽⁸⁾ Cfr., sull'ambito di esperibilità del ricorso straordinario, M. IMMORDINO, op. cit., p. 624.

⁽⁹⁾ Si vedano, in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. III, 23 giugno 1992, n. 1883, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1060; Corte conti, Sez. cont., 21 maggio 1981, n. 1161, in *Riv. corte conti*, 1982, I, p. 26.

⁽¹⁰⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. I, parere 24 novembre 1999, n. 929, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹¹⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 7 dicembre 1998, n. 404, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1075.

⁽¹²⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. II, 16 marzo 1983, n. 1039, in *Cons. Stato*, 1985, I, p. 473.

⁽¹³⁾ Si vedano, quali espressioni di tale orientamento giurisprudenziale: Cass. Civ., Sez. Un., 1 luglio 2008, n. 17926, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1060; Id., 16 luglio 2008, n. 19511, *ivi*, 2008, p. 1151; Id., 27 dicembre 2011, n. 28804, *ivi*, 2011, p. 1855; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 25 ottobre 2000 n. 2188, in *www.giustamm.it*, n. 11/2000; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 29 giugno 2011, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2011, p. 2147 e, in dottrina, M. IMMORDINO, op. cit., pp. 625-626.

segnatamente, con il ricorso straordinario al Capo dello Stato. L'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, inoltre, sul presupposto della natura amministrativa degli atti di gestione del rapporto di lavoro adottati dalle pubbliche Amministrazioni in seguito alla c.d. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, ne ha affermato la sindacabilità mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ⁽¹⁴⁾. Nondimeno, tale possibilità sembra essere venuta meno a seguito della novella del 2010, avendo – come si dirà *infra* ⁽¹⁵⁾ – l'art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo limitato l'ambito di applicazione del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

Quanto agli atti delle Amministrazioni indipendenti, diversamente dalla dottrina che, in relazione al grado di indipendenza garantito dalla legge a ciascuna Autorità rispetto all'apparato politico governativo, tende ad escluderne l'impugnabilità col ricorso straordinario ⁽¹⁶⁾, la giurisprudenza – sia del giudice ordinario che del giudice

⁽¹⁴⁾ Così Consiglio di Stato, Ad. Gen., parere 10 gennaio 1999, n. 9, in *Foro amm.*, 1999, p. 2160.

⁽¹⁵⁾ Si vedano, *infra*, i § 5 e 8.1.

⁽¹⁶⁾ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, V ed., tomo I, Milano, 2008, p. 1016 (in particolare la nota 52). Non mancano, tuttavia, tesi miste o intermedie. In particolare, secondo una diversa impostazione, la possibilità di esperire il ricorso straordinario nei confronti degli atti emanati dalle Autorità indipendenti è strettamente connessa al grado di indipendenza di cui ciascuna di esse gode: così, si dovrebbe escludere tale possibilità in relazione agli atti di quelle Autorità che il legislatore ha dotato di un più elevato livello di indipendenza, riconoscendola con riguardo agli atti di quelle Autorità che, invece, risultano sottoposte a forme più o meno penetranti di influenza governativa, non potendosi considerare indipendenti nel senso stretto del termine. Aderisce a tale linea interpretativa G. MIGNEMI, *Ricorso straordinario al capo dello Stato e autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 1995, p. 2460 ss., la quale, sostiene la necessità di operare la distinzione tra autorità altamente indipendenti (quali, ad es., l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il Garante per la radiodiffusione e per l'editoria), prive di ogni vincolo con l'esecutivo, come tali sottratte al ricorso straordinario, ed autorità a ridotto tasso di indipendenza (quali, ad es., la Consob e l'Isvap) per le quali viene in rilievo l'assoggettamento al potere di direttiva e, quindi, al controllo del governo: per queste ultime, di converso, il rimedio potrebbe operare. Nello stesso senso, nell'ambito di una ricostruzione più attenta alla collocazione costituzionale delle Autorità, L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 393 ss.. Ritiene ammissibile il ricorso straordinario avverso gli atti delle Autorità amministrative indipendenti anche G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 165-255, il quale sottolinea che il contenuto degli atti emessi in sede di ricorso straordinario «è materialmente giurisdizionale, dal momento che esso consiste nella dichiarazione del diritto» (*ivi*, p. 190). Anche per F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 189, il rimedio è ammissibile perché «è una forma di tutela "equipollente" a quella giudiziale».

amministrativo – appare tendenzialmente incline ad ammettere la praticabilità di tale rimedio avverso gli atti adottati da tali soggetti, senza distinzione alcuna ⁽¹⁷⁾.

Infine, per quanto riguarda gli atti regionali – con esclusione degli atti amministrativi della Regione Sicilia, avverso i quali è espressamente previsto (dall’art. 23 del relativo Statuto) il ricorso straordinario al Presidente della Regione – la Corte costituzionale lo ha tradizionalmente ammesso ⁽¹⁸⁾, diversamente dalla dottrina, che ritiene incompatibile con l’autonomia costituzionalmente garantita di tali enti l’esperibilità del ricorso straordinario rispetto ad essi ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr., in particolare, Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 29 maggio 1998, n. 988/97, in *Foro it.*, 1999, III, p. 313 e in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1483 ss., ove si sottolinea come, nell’attuale assetto costituzionale, la funzione di garanzia, esercitata dalle Autorità indipendenti, sia in realtà incardinata nella funzione amministrativa, perché gli organi che la esercitano non sono dei giudici, e perché le norme che ne regolano l’attività comportano, comunque, che la stessa si ispiri a quei criteri oggettivi di concretezza e discrezionalità propri dell’attività amministrativa. Nello stesso senso, si veda Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 (in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1183 ss., con commento di M. DE BENEDETTO e in *Foro it.*, 2002, I, p. 2680, con nota di M. GRANIERI), che, in riferimento al Garante della *privacy*, ha negato la configurabilità delle Autorità indipendenti come “giudici speciali”, deputati esclusivamente alla neutrale applicazione della legge tramite l’esercizio di una funzione paragiurisdizionale, optando per una ricostruzione delle Autorità in termini di vere e proprie pubbliche Amministrazioni, che adottano atti amministrativi nell’esercizio di un potere diretto alla cura dell’interesse pubblico di cui sono titolari.

⁽¹⁸⁾ Si vedano, tra le tante, Corte cost., 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, p. 723; Id., 31 dicembre 1986, n. 298, cit., *ivi*, 1987, p. 510; Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 29 maggio 1998, n. 988/97, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1483. In particolare, secondo la Corte costituzionale, sarebbero almeno tre gli argomenti che militano a favore della tesi favorevole: 1) il carattere giustiziale del suddetto rimedio; 2) la possibilità, per le Regioni, di chiedere la trasposizione del ricorso dalla sede amministrativa alla sede giurisdizionale; 3) la natura politica della decisione (qualora la stessa venisse adottata previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, in caso di contrasto col parere del Consiglio di Stato), la quale si impone sulle esigenze di garanzia dell’autonomia regionale. Tuttavia, la preclusione, a seguito della legge n. 69/2009, al Governo dell’adozione di deliberazioni difformi dal parere del Consiglio di Stato, ha fatto venire meno una delle cause – e, segnatamente, la possibilità di una delibera governativa di natura politica – che la Corte invocava a favore dell’ammissibilità del ricorso straordinario contro atti regionali.

⁽¹⁹⁾ Cfr. L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, p. 307 ss..

3.1. La dibattuta questione della natura giuridica del ricorso straordinario. Dalla originaria natura “bicefala” alla affermazione dell’anima “amministrativa” del rimedio, prima della legge n. 69/2009.

A prescindere dall’ambito di operatività del rimedio – sul quale ci si riserva di ritornare più avanti ⁽²⁰⁾ – il profilo più significativo dell’istituto è senz’altro rappresentato dalla particolare natura del ricorso straordinario, oggetto, da sempre, di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale, da imputare, essenzialmente, alla “ambivalenza” che caratterizza il rimedio. Tale ambiguità è emersa chiaramente non tanto in relazione all’ambito dei poteri presidenziali quanto alle caratteristiche del procedimento, in cui sembrava realizzarsi una commistione tra alcuni “sintomi” di giurisdizionalità e alcuni elementi che ne evidenziavano, invece, il carattere amministrativo.

L’«*indole giurisdizionale*» ⁽²¹⁾ poteva desumersi, oltre che da talune significative analogie col ricorso giurisdizionale quanto a interesse, legittimazione ad agire ed istruzione probatoria, anche dalla particolare attenzione per l’effettività del contraddittorio, che trova la propria garanzia in alcune (originarie) norme del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, tra cui, in particolare, gli artt. 9 e 10.

Come è noto, l’art. 9, comma 2, dispone, infatti, che il ricorso deve essere notificato, a pena di inammissibilità, ad almeno uno dei controinteressati (i quali – ai sensi del comma 4 dello stesso art. 9 – potranno presentare deduzioni e memorie); e ciò, a differenza di quanto previsto per il ricorso gerarchico, per il quale la mancata notifica non è sanzionata con la inammissibilità. Va, inoltre, ricordato che l’art. 9, comma 4, cit., riconosce al controinteressato la possibilità di proporre ricorso incidentale, avvalendosi di quello stesso atto processuale con cui può essere ampliato il *thema decidendum* dinanzi al giudice amministrativo.

Il successivo comma 5 dell’art. 9, cit., prevede, poi, che sia il Ministero competente ad ordinare l’integrazione del contraddittorio, indicando i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere, così come accade davanti al giudice amministrativo.

⁽²⁰⁾ Si vedano, *infra*, i §§ 8.1 e 8.3.

⁽²¹⁾ L’espressione è di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, p. 1339.

Meritevole di considerazione, sotto questo profilo, è anche l'art. 10, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, che, riconoscendo ai controinteressati la possibilità di chiedere la trasposizione giurisdizionale del ricorso mediante opposizione, sembra ancora più esplicito nell'utilizzare la formula «*e il giudizio segue in sede giurisdizionale*», non limitandosi a parlare di procedimento⁽²²⁾. Tra l'altro, i controinteressati, per quanto il comma 3 dell'art. 10, cit., limiti ai soli “vizi di forma o di procedimento” l'impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato della decisione finale, possono far valere anche motivi di carattere sostanziale, nell'ipotesi in cui siano stati pretermessi e non abbiano così potuto richiedere la trasposizione in sede giurisdizionale (art. 10, comma 1, cit.): sembrerebbe, così, 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.).

Infine, non può negarsi che la stessa previsione del parere obbligatorio e – originariamente⁽²³⁾ – “semivincolante” del Consiglio di Stato, articolato intorno ad una motivazione e ad un dispositivo ben individuabile, sembrava già configurare un provvedimento di contenuto sostanzialmente giurisdizionale.

Ma, nonostante numerosi argomenti normativi confermassero questa lettura, l'“anima” giurisdizionale del ricorso straordinario è stata costantemente contraddetta da una molteplicità di elementi, che sembravano rivelare la “prevalenza” del carattere amministrativo-procedimentale su quello processuale.

Sul piano normativo, poteva sostenersi la debolezza del parallelismo e dell'equivalenza tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale, sul presupposto che oggetto del primo sono esclusivamente atti amministrativi «*definitivi*» (art. 8, comma 1, d.P.R. n. 1199 cit.), diversamente dal secondo, per il quale la non definitività dell'atto (*rectius* provvedimento) non è causa di inammissibilità. Peraltro, l'evoluzione del ricorso giurisdizionale ha prodotto una diversificazione rispetto al ricorso straordinario, poiché quest'ultimo si risolve sempre in un'azione di annullamento, in un rimedio

⁽²²⁾ La puntuale osservazione è di N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 558.

⁽²³⁾ Come si vedrà nel § 4, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 69/2009, il parere del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario deve considerarsi “vincolante”.

meramente impugnatorio, mentre il ricorso al giudice amministrativo consente di esperire azioni non meramente costitutive, ma anche di accertamento e di condanna ⁽²⁴⁾.

Lo stesso titolo del d.P.R. n. 1199/1971 («*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*»), riferendosi, in modo eloquente, ai procedimenti in materia di ricorsi amministrativi, sembrava risolvere – in via ermeneutica – qualsiasi ambiguità. In particolare, l'art. 14, comma 1, del suddetto decreto ⁽²⁵⁾ attribuiva al Consiglio dei Ministri, su impulso del Ministero competente, il potere di proporre al Presidente della Repubblica una decisione di contenuto difforme dal parere del Consiglio di Stato ⁽²⁶⁾. Dunque, anche volendo ammettere la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, avrebbe dovuto parlarsi, in modo anomalo, di una natura soltanto “potenzialmente” tale, visto che il parere del Consiglio di Stato e le garanzie che ne caratterizzano il procedimento potevano essere vanificate da una scelta politica del Governo, ossia dall'esercizio di un potere evidentemente estraneo a qualsiasi procedimento giurisdizionale.

Inoltre, come meglio si dirà *infra* ⁽²⁷⁾, proprio nell'ambito della giurisprudenza in tema di esperibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni emesse in sede di ricorso straordinario erano individuabili numerose pronunce che confutavano la tesi della “giurisdizionalità” del rimedio in esame. E', infatti, noto che l'orientamento espresso dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione – a partire dagli anni

⁽²⁴⁾ Sul regime delle azioni nel nuovo Codice del processo amministrativo cfr. A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 7 ss. e, dello stesso Autore, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, promosso da Provincia di Lecco, Provincia di Como, Istituzione Villa Monastero, Milano, 2011, p. 90 ss..

⁽²⁵⁾ Su cui ha inciso, come si vedrà *infra*, la legge n. 69/2009.

⁽²⁶⁾ Ciò induceva a ritenere che l'atto decisorio adottato con decreto presidenziale fosse un atto formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo, sul presupposto che la controfirma ministeriale del decreto ribadisse, in ogni caso, la titolarità del potere decisorio, sia nell'ipotesi in cui il Consiglio dei Ministri, su impulso del Ministero competente, decidesse di discostarsi da quello, sia nell'ipotesi in cui il Ministero competente decidesse di adeguarsi al contenuto del parere del Consiglio di Stato. Cfr. V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, op. cit., p. 788 ss..

⁽²⁷⁾ Nel § 3.2.

'50, e perentoriamente ribadito dalle Sezioni Unite nel 2001 ⁽²⁸⁾ – aveva negato tale ricostruzione, soffermandosi su alcuni aspetti peculiari del relativo procedimento, quali: la natura dell'organo "protagonista" del procedimento; il valore del principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale; l'irrelevanza dell'istituto della revocazione *ex art. 395 c.p.c.* ⁽²⁹⁾. Tra le argomentazioni della Cassazione quella più persuasiva evidenziava la (possibile) dicotomia tra la nozione di "organo giurisdizionale" rilevante ai fini dell'individuazione dell'autorità legittimata al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e quella rilevante nell'ambito del diritto nazionale, alla luce della quale (soltanto) deve essere verificata l'applicabilità di quegli istituti che presuppongono il "giudicato" ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Si osservava, in particolare, che la contrapposta soluzione, per quanto risultasse «*ispirata al lodevole proposito di rafforzare le garanzie del cittadino di fronte all'azione della pubblica Amministrazione*», non trovava alcun fondamento normativo, non potendosi ritenere che «*l'atto del quale si domanda l'esecuzione abbia natura giurisdizionale*»: così Cass. Civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2447; ma già, nel medesimo senso, Cass. Civ., Sez. Un., 2 ottobre 1953, n. 3141, *ivi*, 1953, I, p. 1577, con la quale la Cassazione aveva annullato una sentenza del Consiglio di Stato che si era pronunciato nel senso della ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del decreto decisorio emesso in sede di ricorso straordinario. A tale orientamento si è, successivamente, conformata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 9 luglio 1954, in *Cons. Stato*, 1954, I, p. 704; *Id.*, 9 novembre 1957, *ivi*, 1957, I, p. 1401; e, più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2002, p. 1640; Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 7 novembre 2002, n. 604, *ivi*, 2002, p. 3021; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2003, n. 456, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 125; *Id.*, Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, p. 2629. Non sono, nel frattempo, mancate pronunce di senso contrario rispetto all'orientamento prevalente. Invero, il Consiglio di Stato, facendo leva sugli orientamenti della Corte di Lussemburgo, ha ammesso, in numerose pronunce, anche recenti, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza alla luce della natura giurisdizionale del ricorso straordinario: si veda, al riguardo, quanto osservato nel § 5 e la giurisprudenza *ivi* citata.

⁽²⁹⁾ Una indicazione contraria non poteva trarsi da una risalente pronuncia della stessa Corte di cassazione (Cass. Civ., Sez. Un., 9 luglio 1973, n. 1962, in www.italgiure.giustizia.it) con cui quest'ultima ha affermato che il Consiglio di Stato, decidendo un ricorso giurisdizionale proposto dopo la presentazione di un ricorso straordinario contro lo stesso provvedimento, eccede i limiti della sua «*giurisdizione*». Il difetto di giurisdizione rilevato non atteneva, invero, a due sfere di giurisdizione, delle quali una sarebbe quella del "giudizio" straordinario, ma più semplicemente al limite esterno della giurisdizione «*nei confronti della pubblica Amministrazione*» (art. 37 c.p.c.). In questa analoga prospettiva, la giurisprudenza di legittimità ha negato l'ammissibilità del ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.* contro il decreto presidenziale, proprio sul presupposto che tale decisione avrebbe natura amministrativa; cfr., in tal senso, Cass. Civ., Sez. Un., 4 ottobre 1974, n. 2601, in www.italgiure.giustizia.it.

⁽³⁰⁾ Conseguentemente, l'effetto utile del diritto comunitario, e, quindi, la necessità funzionale di non sottrarre taluni ambiti all'uniforme interpretazione della Corte di Lussemburgo, ha portato alla dilatazione

Inoltre, quella stessa garanzia del contraddittorio che emergeva palesemente anche nella originaria formulazione del d.P.R. n. 1199/1971 (precedente alla legge n. 69/2009), era stata, in parte, attenuata da talune pronunce del Consiglio di Stato, le quali avevano negato al ricorrente la possibilità di essere ascoltato personalmente, affermando che il parere, reso a fini esclusivamente “giustiziali”, non potesse configurarsi come un atto idoneo ad arrecare pregiudizio ⁽³¹⁾. Quest’ultimo indirizzo, affermatosi nel 2003 (non a caso in concomitanza con alcuni *revirement* sulla questione della ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l’esecuzione dei decreti presidenziali), sembrava evidenziare, in modo ancora più accentuato, come il ricorso straordinario non potesse essere definito come un rimedio giurisdizionale “puro” ⁽³²⁾.

Alla presa di posizione delle Sezioni Unite, fece seguito, nel medesimo indirizzo, la Corte costituzionale che, nel ribadire la natura amministrativa e non giurisdizionale del rimedio, affermò l’impossibilità, per il Consiglio di Stato, di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario. La prevalenza della natura amministrativa – secondo la Corte – è stata determinata in modo decisivo proprio dalla previsione dell’art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, sopra citato, secondo cui «*ove il Ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l’affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, provvedimento quest’ultimo per la natura dell’organo da cui promana, all’evidenza non giurisdizionale*» ⁽³³⁾.

Da tale giurisprudenza – relativa alla originaria disciplina dell’istituto – poteva desumersi, infatti, come l’attività interpretativa del Consiglio di Stato, pur informata ai caratteri individuati dalla stessa giurisprudenza costituzionale ai fini della qualificazione

di quella legittimazione, fino a comprendere organi che non potrebbero essere qualificati come “giudici” secondo la legge nazionale, nelle ipotesi in cui questi siano gli unici competenti ad applicare il diritto comunitario; su tali profili si ritorna nel § 3.2.

⁽³¹⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽³²⁾ Su cui si veda, *infra*, il § 3.2.

⁽³³⁾ Cfr. Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2614.

di una certa funzione come “giurisdizionale”, non fosse compatibile con l’attivazione del giudizio in via incidentale ⁽³⁴⁾.

Ne emergeva una natura “non giurisdizionale” ma indubbiamente singolare ed anomala rispetto al sistema giustiziale dei ricorsi amministrativi in senso stretto. Il carattere amministrativo era, infatti, «*temperato*» dalla commistione dell’interesse alla legalità e al buon andamento della pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), con l’interesse delle parti alla risoluzione di una singola controversia in una sede “alternativa” a quella giurisdizionale; un interesse che sembrava essere maggiormente valorizzato rispetto a quello che normalmente accade nei procedimenti di secondo grado, per quanto la Corte fosse cosciente che, nell’ambito del ricorso straordinario, la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi costituisse il fine soltanto «*mediato rispetto a quello immediato, proprio dell’Amministrazione*» ⁽³⁵⁾.

In definitiva, questo strumento “atipico” è stato sempre ricostruito come un rimedio “giustiziale” contro gli atti amministrativi definitivi, un mezzo “ulteriore” di garanzia di legalità della pubblica Amministrazione, anche se diverso dagli altri ricorsi

⁽³⁴⁾ Nella logica della Corte è, in realtà, il procedimento (*rectius*, la natura del procedimento), che specifica la funzione, qualificandola come giurisdizionale ogni qual volta ricorrano i requisiti essenziali, così che soltanto in tal caso l’organo giudicante può considerarsi “giudice” in senso oggettivo (indipendentemente dal suo incardinamento organico nella magistratura). In altre parole, è il «*giudizio che fa il giudice*», visto che l’attività di applicazione obiettiva e definitiva della legge è una condizione necessaria ma non sufficiente per integrare la legittimazione ai fini dell’instaurazione del giudizio costituzionale. La compatibilità con l’art. 113 Cost. risiedeva – secondo la Corte – proprio in quel principio di alternatività, che si concretizza in una scelta autonoma e in una «*valutazione di convenienza*» del ricorrente tra il ricorso dinanzi al giudice amministrativo e quello straordinario (Corte cost., 2 luglio 1966, n. 78, reperibile in www.cortecostituzionale.it). Ciò che poteva aumentare «*la possibilità di reazioni contro l’atto*» dei pubblici poteri; e proprio in una logica di garanzia della tutela giurisdizionale – si rilevava – sia il controinteressato (Corte cost., 1 febbraio 1964, n. 1, consultabile in www.cortecostituzionale.it), sia l’ente pubblico non statale (Corte cost., 29 luglio 1982, n. 148, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 1287), che emana l’atto impugnato, hanno la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, evitando così che la scelta originaria del ricorrente possa compromettere la propria posizione processuale. Si veda, inoltre, più recentemente, Corte costituzionale, 19 dicembre 2006, n. 432, in *Giur. cost.*, 2006, p. 6, secondo cui il rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale si caratterizza per la sussistenza del principio di alternatività, non risultando in contrasto con le regole costituzionali, che presiedono alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi da un atto amministrativo, la facoltà per il ricorrente, prevista dall’art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, di optare per il rimedio di natura non giurisdizionale, atteso che l’esercizio di questa facoltà costituisce il risultato di una libera scelta, effettuata sulla base di una valutazione di convenienza con cui l’interessato decide di prescindere dalla garanzia della tutela giurisdizionale.

⁽³⁵⁾ Si veda, in questo senso, Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 298, cit., in *Le Regioni*, 1987, p. 510.

amministrativi, per le caratteristiche del procedimento e per le garanzie del contraddittorio, che sembravano esprimere una fisiologica “contropartita” per il ricorrente che decidesse di rinunciare al ricorso giurisdizionale.

E proprio in considerazione della sua qualificazione come rimedio amministrativo, la giurisprudenza ha tradizionalmente escluso la proponibilità, in sede di ricorso straordinario, delle questioni di pregiudizialità comunitaria e di legittimità costituzionale ⁽³⁶⁾; così come ha costantemente negato l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l’esecuzione dei decreti decisori emessi in sede straordinaria, ritenendo che il presupposto necessario per l’esperibilità del rimedio dell’ottemperanza fosse costituito da un giudicato in senso tecnico ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. III, parere 2 aprile 1996, n. 410/96, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 958; Id., Sez. II, 26 marzo 1997, n. 2524, *ivi*, 1998, I, p. 326.

⁽³⁷⁾ Invero, lo stesso Consiglio di Stato, dopo un primo momento, in cui si è mostrato impermeabile all’orientamento della Cassazione sopra citato e maggiormente “impresso” dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Foro amm.*, 2001, p. 2844; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 2650, con nota di F. SBRANA, G.P. JARICCI, *L’ottemperanza alle decisioni del Capo dello Stato* e in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 800, con nota di 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*; Id., Sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Foro amm.*, 2000, p. 12; Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 19 ottobre 2005, n. 695, in www.giustizia-amministrativa.it, su cui si veda F. FRENI, *Quando l’abito fa il monaco. Sull’ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l’esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2005, p. 3737; Id., 28 aprile 2008, n. 379, *ivi*, 2008, II, p. 1271; Id., 2 marzo 2009, n. 69 e 18 maggio 2009, n. 415, entrambe reperibili in www.giustizia-amministrativa.it), è arrivato, in alcune pronunce, ad allinearsi alla posizione della Corte di cassazione, degradando così la natura del procedimento da giurisdizionale ad amministrativa. Cfr., in tale ultimo senso, oltre alle pronunce già citate nella nota 28, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, p. 538; Id., Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2320, *ivi*, 2007, p. 1444; Id., Sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1440, *ivi*, 2008, p. 1190; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 febbraio 2006, n. 1178, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, I, p. 577; Id., Sez. III, 5 marzo 2007, n. 2040, *ivi*, 2007, p. 966; Id., T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 12 novembre 2010, n. 10372, *ivi*, 2010, p. 3482. Ma, come si vedrà *infra* (nei §§ 5 e 7), a seguito delle modifiche apportate dal Codice del processo amministrativo, vi è stato un nuovo e deciso *revirement* della giurisprudenza – sia ordinaria che amministrativa – che è giunta ad ammettere l’esperibilità del ricorso di ottemperanza per l’attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario.

3.2. Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in merito alla natura del ricorso straordinario.

Il quadro fin qui descritto è stato parzialmente messo in discussione – ancor prima della incisiva riforma introdotta dalla legge n. 69/2009 – dalla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sez. V, 16 ottobre 1997 ⁽³⁸⁾. In tale occasione, la Corte di Lussemburgo ha, infatti, affermato che il Consiglio di Stato costituisce una “giurisdizione”, in quanto tale legittimata al rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE. In particolare, dopo una generale ricognizione sui requisiti giurisdizionali elaborati, la Corte di Giustizia è giunta a delineare una sorta di “parallelismo” tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale alla luce dei seguenti profili: *a)* le condizioni «*identiche*» per esperire l’uno o l’altro rimedio; *b)* l’«*equivalente*» oggetto della domanda (l’annullamento dell’atto impugnato); *c)* i «*medesimi*» motivi; *d)* la garanzia del contraddittorio e, più in generale, l’alternatività dei due rimedi «*dotati delle comuni caratteristiche giurisdizionali fondamentali*». Si rilevava, inoltre, nella pronuncia citata, come lo stesso Consiglio di Stato, organo definito «*permanente, imparziale, indipendente*», esercitasse la propria funzione consultiva, apprestando il progetto di decisione «*esclusivamente*» attraverso una attività di obiettiva applicazione della legge.

Da parte loro, i giudici di Palazzo Spada non sono rimasti insensibili alla dilatazione della nozione di “giurisdizione” operata dalla Corte di Lussemburgo, dando vita ad un indirizzo giurisprudenziale – inizialmente minoritario – che ammette l’esperibilità del giudizio di ottemperanza per ottenere l’esecuzione del decreto presidenziale, sul presupposto interpretativo che tale decreto non assuma un valore amministrativo ma giurisdizionale ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 86.

⁽³⁹⁾ Si veda, quale espressione di tale indirizzo giurisprudenziale, Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, cit., in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 2650, che, attribuendo «*forza vincolante*» alla qualificazione della Corte di Giustizia, ha affermato che dalla natura giurisdizionale del parere «*non può non derivare, quale riflesso necessario, l’intangibilità del suo contenuto decisionale e quindi la sua suscettibilità ad acquistare forza di giudicato*», concludendo, quindi, che il provvedimento finale del Capo dello Stato è qualificabile come l’estrinsecazione finale di un momento decisionale concretizzatosi *aliunde*, «*al di fuori della fase amministrativa della procedura*».

Muovono in questa direzione anche altre decisioni del massimo Giudice amministrativo che hanno ritenuto applicabile al rimedio in esame l'art. 295 c.p.c. ⁽⁴⁰⁾; così ammettendo che il Consiglio di Stato, anche quando è chiamato ad esprimere il proprio parere in sede di ricorso straordinario, possa, in quella sede (ancorché consultiva), sollevare questioni di pregiudizialità (interna o comunitaria). In particolare, è stata ammessa la pregiudizialità anche tra il giudizio dinanzi al giudice amministrativo e il procedimento attivato mediante ricorso straordinario, facendo emergere *a contrario* che l'attività svolta in sede consultiva fosse qualificabile come giurisdizionale e che lo stesso Consiglio di Stato potesse essere ricondotto alla nozione di «*altro giudice*», utilizzata dall'art. 295 c.p.c. ⁽⁴¹⁾.

Proseguendo questa breve disamina del quadro normativo e giurisprudenziale antecedente alla riforma introdotta dalla legge n. 69/2009, va, inoltre, ricordato che una prima indicazione normativa concordante con questo innovativo orientamento della giurisprudenza amministrativa può ravvisarsi nell'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, che, recuperando una prassi consolidata ⁽⁴²⁾, ha 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. Questa norma ha introdotto un sub-procedimento cautelare, la cui natura strumentale faceva già pensare all'esistenza di un "giudizio" principale, rispetto al quale il primo esplica la propria funzionalità.

Ma, nonostante qualche voce dissonante, l'orientamento prevalente nell'ambito della stessa giurisprudenza – perlomeno fino all'entrata in vigore del Codice del processo

⁽⁴⁰⁾ Tale disposizione, come è noto, legittima il giudice a disporre la sospensione del giudizio nell'ipotesi in cui egli stesso «*o altro giudice*» deve risolvere una controversia "pregiudiziale", dalla cui definizione dipende la decisione della causa.

⁽⁴¹⁾ Si veda, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 1998, n. 301, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 547, con nota di N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo*, cit..

⁽⁴²⁾ Si deve, infatti, al Consiglio di Stato, in sede consultiva, la configurazione concreta dell'istituto cautelare nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con l'attribuzione della competenza a decidere al Ministro competente, previo parere conforme del Consiglio di Stato: si veda, al riguardo, Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 3 maggio 1991, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 533, con nota di C.E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, *ivi*, p. 548. Si veda, inoltre, in argomento, M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 638.

amministrativo ⁽⁴³⁾ – ha continuato a sostenere la natura di rimedio amministrativo, sia pure “anomalo” e “atipico” del ricorso straordinario ⁽⁴⁴⁾.

Se, dunque, sul piano dell’ordinamento interno, la concezione della natura amministrativa del ricorso straordinario e del relativo provvedimento decisorio era abbastanza consolidata, il medesimo orientamento non era, invece, condiviso in ambito comunitario. In particolare, come si è già ricordato, a partire dal 1997, la Corte di Giustizia ha sempre ritenuto proponibili le questioni pregiudiziali ⁽⁴⁵⁾, sollevate dal Consiglio di Stato quale «*autorità giurisdizionale*», mentre la Corte costituzionale riteneva improponibili le questioni di costituzionalità.

L’incoerenza del sistema era acuita dagli orientamenti della Corte di Strasburgo, la quale – sin dal caso *Hornsby* nel 1997 ⁽⁴⁶⁾ – ha rilevato come in molti Paesi ⁽⁴⁷⁾ vi siano decisioni *equated to a Court decision*, emesse all’esito di un *judicial review* da organi non giurisdizionali, ma idonee a diventare irrevocabili, e che vanno eseguite dall’Amministrazione soccombente, tanto che lo Stato incorre in responsabilità sia se ritarda l’esecuzione, sia se non prevede l’azione di esecuzione ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴³⁾ Come si vedrà *infra* (nei §§ 5 e 7), a seguito delle modifiche apportate dal Codice del processo amministrativo, vi è stato un nuovo e deciso *revirement* della giurisprudenza (sia ordinaria che amministrativa), che – sulla base di una certa lettura dell’art. 112, comma 1, lett. *b*) e lett. *d*), dello stesso Codice – è giunta ad ammettere l’esperibilità del ricorso di ottemperanza per l’attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario, equiparandoli, nella sostanza, a provvedimenti giurisdizionali.

⁽⁴⁴⁾ Un punto fermo sulla vicenda – come già ricordato – è stato posto sia dalla Cassazione, la quale, nella sentenza n. 15978/2001, cit., in *Foro it.*, 2002, I, p. 2447, ha, in maniera chiara e univoca, affermato che il decreto col quale viene deciso un ricorso straordinario, nonostante le garanzie previste nel relativo procedimento, ha natura amministrativa e non giurisdizionale, escludendo con ciò la possibilità (ammessa, come si è detto prima, da un isolato orientamento del Consiglio di Stato) dell’instaurazione del giudizio di ottemperanza di cui all’art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, in caso di mancata esecuzione da parte dell’Amministrazione della decisione di accoglimento del ricorso straordinario; sia dalla Corte costituzionale, la quale, sempre sul presupposto della natura amministrativa e non giurisdizionale del ricorso straordinario, ha escluso la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare l’incidente di costituzionalità in sede di parere (Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, cit., in *Giur. cost.*, 2004, p. 2614).

⁽⁴⁵⁾ Si veda, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia dell’U.E., Sez. V, 16 ottobre 1997, citata nella nota 38.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. CEDU, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, in www.echr.coe.int.

⁽⁴⁷⁾ Sulle decisioni «*equated to a Court decision*», si vedano le pronunce CEDU, Sez. I, 7 dicembre 2006, *Houser-Sporn c. Austria* e Sez. II, 8 febbraio 2006, *Buckhovec c. Ucraina*, entrambe reperibili in www.echr.coe.int.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. CEDU, Sez. II, 27 luglio 2004, *Romashov c. Ucraina*, in www.echr.coe.int.

4. La riforma introdotta dalla legge n. 69/2009: il parere “vincolante” e la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare la questione di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario.

In tale contesto irrompono le rilevanti modifiche introdotte dall’art. 69 della legge n. 69/2009, che – come è stato autorevolmente rilevato ⁽⁴⁹⁾ – segnano una «svolta genetica» dell’istituto.

La principale novità della riforma, come è noto, è contenuta nell’art. 69 della legge citata, che, modificando l’art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, ha eliminato la possibilità dell’Amministrazione di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato sottoponendo la questione al Consiglio dei Ministri. A differenza della precedente versione, in cui il parere del Consiglio di Stato – reso obbligatoriamente al Ministro competente – era superabile con una decisione politica del Consiglio dei Ministri, nella attuale formulazione, la decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, «conforme al parere del Consiglio di Stato». Da tale formulazione, emerge, quindi, il diverso “peso” del parere, che sembra assumere così natura “vincolante” per il Ministero competente (il quale non può, dunque, più sollecitare l’intervento del Consiglio dei Ministri). La *ratio* di tale previsione era evidentemente quella di superare le incertezze sulla natura del ricorso anche al fine di evitare che lo stesso istituto fosse qualificabile come “giurisdizione” ad alcuni fini e non ad altri, considerate anche le “dissonanze” giurisprudenziali tra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Consiglio di Stato in argomento ⁽⁵⁰⁾.

Sempre in base alla giurisprudenza della CEDU gli orientamenti contrari alla proponibilità del giudizio di ottemperanza e alla proposizione di questioni di costituzionalità erano anche incoerenti con la Raccomandazione del Consiglio d’Europa n. 20 del 15 dicembre 2004 (consultabile in www.coe.int), che ha enunciato i principi dello Stato di diritto riguardanti le decisioni emesse all’esito di un *judicial review*. Per maggiori approfondimenti in ordine agli orientamenti giurisprudenziali formati in ambito comunitario, cfr. 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*, op. cit., pp. 4-6. Si veda, inoltre, il § 5 del presente lavoro.

⁽⁴⁹⁾ Così G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, op. cit., p. 4.

⁽⁵⁰⁾ Su cui si vedano, *supra*, i §§ 1 e 3.2.

Da tale innovazione normativa, si è, poi, fatta derivare, come conseguenza necessaria, la previsione espressa – attraverso una integrazione dell’art. 13 del d.P.R. n. 1199, cit. – della legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare la questione di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario. Il che sembra sottintendere la qualificazione del Consiglio di Stato quale organo giurisdizionale anche in una sede formalmente consultiva (qual è quella in cui viene reso il parere sul ricorso straordinario).

Le modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 non sono di poco conto.

La sussistenza del potere governativo di disattendere il parere del Consiglio di Stato rappresentava – come si è detto – l’argomento principale che la giurisprudenza utilizzava per escludere la natura giurisdizionale del ricorso straordinario ⁽⁵¹⁾: una volta venuto meno tale potere, le tesi che, viceversa, affermavano la natura giurisdizionale del ricorso straordinario hanno trovato nuovo vigore.

Ponendosi in questa prospettiva, più d’uno ha affermato che il legislatore avrebbe reso vincolante il parere emesso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario «*con l’intento di conferire a tale istituto una natura giurisdizionale (e non amministrativa)*» ⁽⁵²⁾. Mentre altri hanno rilevato che, a seguito della riforma operata dalla legge n. 69 cit., il parere del Consiglio di Stato «*da atto amministrativo si fa atto di decisione finale, pur se formalmente endoprocedimentale. (...) Con la conseguenza*

⁽⁵¹⁾ Come si è già più sopra osservato, all’orientamento del Consiglio di Stato, volto ad affermare la natura giurisdizionale del ricorso straordinario (e con essa l’ammissibilità del rimedio dell’ottemperanza per l’esecuzione del decreto decisorio emesso in sede “straordinaria”), affermatosi intorno alla fine del 2000, si opponeva una netta chiusura della Corte di cassazione, la quale – sul presupposto che nel ricorso straordinario l’autorità amministrativa non fosse vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato – statuiva, invece, che i decreti presidenziali che decidono i ricorsi straordinari non hanno natura giurisdizionale; e a questo orientamento del Giudice di legittimità si uniformava la successiva giurisprudenza amministrativa. Si vedano, su tale dibattito giurisprudenziale, i §§ 3.1 e 3.2 e, in particolare, le note 28 e 37.

⁽⁵²⁾ In tal senso N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it, cit., § 6, il quale, pur riconoscendo che «*potrebbero essere (ancora) rilevati alcuni elementi qualificabili come dissonanti rispetto alla natura giurisdizionale*», nondimeno sostiene che «*il manifesto intento del legislatore ordinario, dinanzi all’istituto bicefalo, [sia stato quello] di tagliare la testa e l’anima amministrativa, per affermare una volta per tutte la natura giurisdizionale*».

che il rimedio si avvicina quam maxime alla natura giurisdizionale. (...) Sicchè in pratica è un ricorso giurisdizionale per saltum al Consiglio di Stato » ⁽⁵³⁾.

Chi ha avanzato questa opinione ne ha, poi, tratti alcuni corollari (quali, ad es.: la percorribilità dell'azione di ottemperanza; l'ammissibilità del ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato rese – in forma di parere – in sede di ricorso straordinario; l'applicabilità della legge 24 marzo 2001, n. 89, in tema di “ragionevole” durata dei processi; o ancora l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. sulla «*sospensione necessaria*» del processo), desunti, in parte dalla disciplina vigente, in parte, in via interpretativa, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non vi è, però, ancora stata, almeno a quanto consta, una puntuale dimostrazione del fatto che, a seguito delle descritte modifiche, il ricorso straordinario sia realmente transitato dall'“area” dell'Amministrazione a quella della giurisdizione; e le trattazioni organiche dell'istituto sono, per la maggior parte, antecedenti all'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo (approvato col d.lgs. n. 104/2010, cit.) ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr., sul punto, G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, op. cit., p. 4, il quale aggiunge che «*invero a leggere l'istituto con un'ottica sostanzialistica, si ha di fatto una rinuncia al doppio grado che è rappresentato dall'accordo implicito a formazione progressiva delle parti: il ricorrente perché ha proposto ricorso straordinario, l'amministrazione e gli eventuali controinteressati perché non hanno avanzato richiesta di trasposizione al TAR*». Addirittura, secondo alcuni, già risultando «*prima della riforma del 2009 (...) condivisibile la conclusione sulla natura giurisdizionale della decisione del Capo dello Stato*», il legislatore avrebbe dato vita ad «*una vera e propria revisione in base alla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, che, come è noto, ha previsto che si procedesse entro cinque anni (termine qualificato dalla Corte Costituzionale come ordinatorio) dalla sua entrata in vigore alla revisione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti*»: così L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso contrario si veda L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 1285 ss., ad avviso del quale non vi è «*Nessuno spiraglio ... per ritenere che il ricorso straordinario abbia assunto ex novo natura giurisdizionale, sulla falsariga di quanto accade per la revisione dei giudici speciali preesistenti al 1° gennaio 1948 ai sensi della VI disp. trans. e fin. Cost.*».

⁽⁵⁴⁾ Cfr., oltre agli scritti già citati nella nota 1, G. VACIRCA, *Decisione del ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale dal controinteressato pretermesso*, in *Foro amm.*, 1986, IX, I, p. 1743 ss.; C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al presidente della repubblica tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, p. 674 ss.; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 430; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 61 ss.; L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca,

Per tentare di chiarire i dubbi che ancora permangono al riguardo appare, dunque, opportuno completare la ricostruzione dell'istituto, soffermandosi sulle novità introdotte dal Codice.

5. Le modifiche apportate dal Codice del processo amministrativo: in particolare, la limitazione dell'ambito di operatività del rimedio alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e la previsione secondo cui il ricorso per l'ottemperanza può essere proposto anche per i provvedimenti decisori, la cui cogenza è equiparata alle sentenze passate in giudicato. Le conseguenti prese di posizione della giurisprudenza.

A tale proposito, va innanzitutto richiamato l'art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo, il quale dispone che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ammesso «unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa».

Bologna, 2005, p. 407 ss., e, dello stesso Autore, *Riflessione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 691 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 623; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, op. cit., soprattutto p. 307 ss. e, dello stesso Autore, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, op. cit., pp. 1285 ss.; M. CALABRÒ, *La presunta natura ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 113 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009, cit., in www.giustizia-amministrativa.it, e, dello stesso Autore, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 2149 ss.; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, cit., in www.giustamm.it, n. 6/2009; G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, *ivi*, n. 1/2010; G. MARTINI, *Il "ricorso straordinario" al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, *ivi*, n. 2/2010; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, 2010; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it, n. 1/2010, e dello stesso Autore, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, *ivi*, n. 2/2011 e in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, p. 1466; A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it, n. 6/2011.*

Tale disposizione – come anche da altri rilevato – si pone in linea di netta discontinuità rispetto al (precedente) prevalente orientamento giurisprudenziale ⁽⁵⁵⁾ che riteneva proponibile il ricorso straordinario anche a fronte di atti formalmente privatistici posti in essere dalla pubblica Amministrazione e sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario. Come è noto, il precedente indirizzo, consolidatosi a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, riteneva, infatti, sufficiente, al fine di consentire la proponibilità del ricorso straordinario avverso atti di gestione del rapporto di impiego privatizzato e assoggettati alla giurisdizione del giudice ordinario, la provenienza soggettiva da parte di una p.A. e la diretta ed immediata finalizzazione dell'atto alla cura di un interesse pubblico specifico, indipendentemente dal suo regime giuridico formale ⁽⁵⁶⁾. Tale assunto trae conferma dalla progressiva riduzione della distinzione tra attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato, alla luce della quale l'espressione atto amministrativo «*si presta a ricomprendere (...) anche atti soggettivamente provenienti dalla p.A. ed evidentemente finalizzati all'attuazione degli obiettivi individuati dal Legislatore, ma da essa adottati in regime privatistico*» ⁽⁵⁷⁾.

Tornando all'art. 7, comma 8, del Codice del processo, diverse sono le questioni interpretative che questa norma pone, solo in parte risolte dal recente parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato ⁽⁵⁸⁾.

Senza voler anticipare riflessioni che trovano sede più appropriata in altra parte del presente lavoro ⁽⁵⁹⁾, ci si limita qui a ricordare che la (diversa) soluzione adottata dall'art. 7 c.p.a., cit., è probabilmente riconducibile all'evoluzione che il ricorso straordinario ha subito a seguito della legge n. 69/2009. In particolare, come si è visto, l'art. 69 di tale legge, modificando gli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971, ha

⁽⁵⁵⁾ Su cui si veda, *supra*, il § 2.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. B.R. POLITO, *Commento all'art. 7*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2010, p. 149.

⁽⁵⁷⁾ In questa prospettiva, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, con il parere 10 gennaio 1999, n. 9, in *Foro amm.*, 1999, p. 2160, sul presupposto della natura amministrativa degli atti di gestione del rapporto di lavoro adottati dalle pubbliche Amministrazioni in seguito alla c.d. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, ne ha affermato la sindacabilità mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

⁽⁵⁸⁾ Si fa qui riferimento al parere 22 febbraio 2011, n. 808, in www.giustizia-amministrativa.it, su cui, si veda, *infra*, il § 8.1.

⁽⁵⁹⁾ Nel § 8.1.

riconosciuto, da un lato, la possibilità per il Consiglio di Stato, in sede consultiva, di sollevare questioni di legittimità costituzionale e, dall'altro, la "vincolatività" del suddetto parere, che non può più essere disatteso a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri, come previsto dall'originario art. 14, cit.. E – come pure si è anticipato – entrambe le suddette modifiche hanno indotto la maggior parte degli interpreti a ritenere ormai sopita la *vexata quaestio* della natura giurisdizionale ovvero amministrativa del ricorso straordinario giacché – così si argomenta da parte di taluni – l'efficacia vincolante del parere e la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale (prima disconosciuta dalla Corte costituzionale) attribuirebbero natura giurisdizionale al rimedio in esame ⁽⁶⁰⁾.

In questa stessa prospettiva andrebbero letti non soltanto l'art. 7 appena citato, ma anche l'art. 48, comma 1, del Codice, che disciplina il «giudizio» conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario in seguito all'opposizione di parte, qualificando negli stessi termini (giudizio) la fase processuale del ricorso innanzi al T.A.R. e del ricorso straordinario, nonché il comma 2 dello stesso art. 48 c.p.a. che, prevedendo – dopo la trasposizione – la perdita di efficacia delle misure cautelari eventualmente rese in sede di ricorso straordinario, ne detta una disciplina analoga a quella prevista con riguardo alle misure cautelari nel processo amministrativo ⁽⁶¹⁾.

La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario troverebbe, inoltre, conferma nell'art. 112 c.p.a., il quale, in linea con i principi enunciati, in specie, nella già citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 20/2004 ⁽⁶²⁾ – la quale ha sollecitato gli Stati membri a prevedere, senza eccezioni, l'azione esecutiva per l'effettività della tutela del *judicial review* – ha ammesso il giudizio di ottemperanza anche per i provvedimenti decisori «equiparati» alle sentenze passate in giudicato (nel cui novero rientrerebbe, appunto, anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica). Che

⁽⁶⁰⁾ Cfr., in senso contrario, G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, op. cit., p. 6, secondo cui, ove il ricorso straordinario dovesse considerarsi rimedio giurisdizionale, la relativa disciplina contenuta nel d.P.R. n. 1199/1971 dovrebbe ritenersi incostituzionale per contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., dal momento che essa non prevede la possibilità di replicare alle deduzioni ed eccezioni di Amministrazioni resistenti e di controinteressati.

⁽⁶¹⁾ Cfr. M. IMMORDINO, op. cit., p. 623; B.R. POLITO, op. cit., p. 150.

⁽⁶²⁾ Su cui si veda, *supra*, il § 3.2 e, in particolare, la nota 48.

tra le decisioni da ottemperare rientrino anche quelle emesse in sede di ricorso straordinario dal Capo dello Stato, emanate in regime di alternatività, emergerebbe – nonostante l’art. 112 non contenga alcun riferimento a tale rimedio – anche dalla Relazione governativa al decreto legislativo n. 104/2010, dove viene richiamato il parere della Commissione del Senato sulla necessità di integrare in tale senso l’art. 112, cit. ⁽⁶³⁾.

Tra le novità maggiormente significative va, infine, considerata la disposizione dell’art. 120, comma 1, c.p.a., la quale prevede che gli atti del procedimento ad evidenza pubblica, per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), punto 1, ovvero «*gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell’Autorità*» siano impugnabili «unicamente» con il ricorso giurisdizionale al T.A.R. (e ciò a differenza di quanto previsto nell’originaria versione dell’art. 245, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che menzionava, in relazione agli atti delle procedure di affidamento, sia il ricorso giurisdizionale al T.A.R. che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica).

Come si evidenzia nel parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (con cui è stata recepita la direttiva 2007/66/CE), la scelta di escludere il ricorso straordinario è «*coerente con l’accentuata specialità che connota il*

⁽⁶³⁾ Si veda, in argomento, P. QUINTO, *L’onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, specialmente i §§ 2 e 5, il quale sottolinea che, sebbene il Codice del processo amministrativo non menzioni «*espressamente il ricorso straordinario nell’ambito della disciplina del giudizio di ottemperanza previsto dall’art. 112*», sulla bozza del codice il Senato aveva segnalato la «*necessità di inserire tra le decisioni da ottemperare con il rimedio disciplinato dalla disposizione anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica rese in regime di alternatività*». Lo stesso Autore ricorda, inoltre, che «*il Governo recepì tale osservazione, indicando nella Relazione che il rimedio dell’ottemperanza fosse necessario per dare attuazione agli artt. 6 e 13 della CEDU che richiedono effettività di tutela “per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili”*». Sul tema della esperibilità del giudizio di ottemperanza per l’esecuzione dei decreti decisori emessi in sede straordinaria si ritorna nel § 7.

nuovo rito in materia di appalti»⁽⁶⁴⁾. Le esigenze di una tutela assicurata in tempi rapidi (proprie di tale rito) non sarebbero, infatti, compatibili con la possibilità, per l'interessato, di attivare un contenzioso dopo centoventi giorni dall'emanazione dei provvedimenti impugnati, con ulteriore allungamento dei tempi nell'ipotesi di istanza di trasposizione proposta dall'Amministrazione appaltante o dai controinteressati. La scelta compiuta con il nuovo art. 120, comma 1, c.p.a. permette, fra l'altro, di superare la *vexata quaestio* in ordine all'esatta individuazione dei termini cui applicare il dimezzamento già previsto *ex art. 23-bis* della legge T.A.R.⁽⁶⁵⁾.

Tali modifiche legislative hanno determinato alcune importanti prese di posizione sia nell'ambito della giurisprudenza civile che in quella amministrativa.

In questo contesto, va, innanzitutto ricordata la decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 28 gennaio 2011, n. 2065⁽⁶⁶⁾, confermata con ben 130 ulteriori decisioni⁽⁶⁷⁾, che, superando le perplessità (sia dottrinali che giurisprudenziali), con un'ampia ed analitica motivazione, ha affermato la *regola juris* secondo la quale il giudizio di ottemperanza è ammissibile anche sulla decisione che abbia accolto il ricorso straordinario. In particolare, nella pronuncia citata, la Corte ha osservato che le modifiche apportate dall'art. 69 della legge n. 69/2009 sono state tali da eliminare alcune determinate differenze del procedimento su ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, quali erano state rimarcate dall'orientamento precedente⁽⁶⁸⁾,

⁽⁶⁴⁾ Così, testualmente, Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere 1 febbraio 2010, n. 368, in *www.lexitalia*, n. 2/2010, ove si precisa, peraltro, come in sede amministrativa non risulti preclusa la possibilità di ottenere un rimedio risarcitorio, ancorché tale rimedio sia comunque escluso dal prevalente orientamento del massimo Giudice amministrativo.

⁽⁶⁵⁾ Per una riflessione approfondita delle complicazioni derivanti dall'applicazione delle distinte discipline dei termini in sede amministrativa e giurisdizionale cfr. M. LIPARI, *Rito speciale accelerato: profili generali (art. 23-bis L. 1034/1971)*, in *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2008, p. 823 ss.; si veda, inoltre, in giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3104, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, p. 1760.

⁽⁶⁶⁾ In *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, p. 1465, con nota di P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, cit..

⁽⁶⁷⁾ Cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. Un., 7 febbraio 2011, numeri da 2818 a 2939, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 187 ss.; Id., Sez. Un., 10 marzo 2011, n. 5684 e 28 aprile 2011, n. 9447, entrambe consultabili in *www.italgiure.giustizia.it*. Nel medesimo senso cfr., più recentemente, Cass. Civ., Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4129, in *Guida al dir.*, 2012, pp. 23, 59.

⁽⁶⁸⁾ Del quale è espressione la pronuncia delle Sezioni Unite n. 15978 del 2001, su cui si veda, *supra*, il § 3.1 (specialmente la nota 28).

particolarmente in ordine alla qualificazione ed ai poteri dell'organo decidente. Ne discende che, ad avviso delle Sezioni Unite, la decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, emessa sulla base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, «*si colloca nella ipotesi prevista alla lettera b) dell'art. 112, comma 2, e il ricorso per l'ottemperanza si propone ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*».

La collocazione delle decisioni sul ricorso straordinario nella ipotesi di cui alla lettera b) dell'art. 112 non solo esprime il riconoscimento delle Sezioni Unite sull'ammissibilità dell'azione di ottemperanza, ma contiene la identificazione della natura decisoria del parere vincolante del Consiglio di Stato. Ed è a quel "giudice", che ha emesso la decisione (sia pure in sede consultiva), che occorre rivolgersi, ai sensi dell'art. 113 c.p.a., per proporre ricorso per l'ottemperanza: non si tratta, dunque, del solo riconoscimento della effettività di tutela anche nei riguardi del ricorso straordinario, ma di un ulteriore importante elemento di valutazione per la piena affermazione della "natura" giurisdizionale della decisione resa in sede di ricorso straordinario ⁽⁶⁹⁾.

A distanza di pochi mesi dalla sentenza delle Sezioni Unite, il Consiglio di Stato – accogliendo un ricorso in ottemperanza – ha prontamente espresso piena adesione al *dictum* del giudice di legittimità, ricostruendo l'evoluzione normativa dell'istituto, ed affermando come non sia più dubitabile che il *petitum* proposto in sede di ricorso straordinario sia perfettamente equiparabile ad una «*domanda giudiziale*» ⁽⁷⁰⁾. Con la

⁽⁶⁹⁾ La sentenza delle Sezioni Unite si conclude con un'altra affermazione di principio, che sembra confermare il carattere interpretativo/ricognitivo della evoluzione legislativa dell'istituto, e che assume una notevole rilevanza pratica: «*i profili di novità tratti dalla legislazione sono di immediata operatività a prescindere dall'epoca di proposizione del ricorso straordinario*».

⁽⁷⁰⁾ Ci si riferisce alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, p. 2039. Nello stesso senso si vedano: Consiglio di Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, p. 633; Id., Sez. II, 23 gennaio 2012, n. 1165, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, p. 168 (ove si specifica che il giudizio di ottemperanza, sebbene ammissibile nei confronti delle decisioni dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, non è proponibile in sede giustiziale, ossia nelle forme previste per il ricorso straordinario, atteso che l'ottemperanza «*era e resta un'azione giurisdizionale*»); T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 dicembre 2011, n. 2341, in *Foro amm. – T.A.R.*,

conseguenza che «*costituirebbe inammissibile antinomia, ed aporia, un principio che negasse la possibilità di esperire il rito dell'ottemperanza per ottenere che l'Amministrazione si conformi a detto decusum*». Così argomentando, il Consiglio di Stato ha, inoltre, sottolineato che una diversa interpretazione circa l'“azionabilità” con il ricorso di ottemperanza dei decreti decisori resi in sede straordinaria colliderebbe con le disposizioni che disciplinano il ricorso straordinario e, in particolare, con gli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971, come modificati dalla legge n. 69/2009; ciò che comporterebbe – ad avviso del massimo Giudice amministrativo – «*il presupposto per la erosione e scomparsa dell'istituto, contrariamente alla ribadita permanente operatività del medesimo*».

6. Le caratteristiche strutturali del processo (rispetto del contraddittorio; disponibilità delle prove; effettiva dialettica delle parti; oralità della discussione) e loro rapporto col “procedimento” instaurato su ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Al termine di questa disamina dei tratti qualificanti del ricorso straordinario nonché delle principali modifiche apportate alla relativa disciplina dalle leggi n. 69/2009 e dal Codice del processo amministrativo (e delle conseguenti prese di posizione della giurisprudenza), sembra ora possibile cercare di stabilire se possa dirsi effettivamente concluso il processo di “giurisdizionalizzazione” dell'istituto ovvero la sua “trasformazione” da rimedio amministrativo a strumento giurisdizionale.

A questo scopo occorre, da un lato, richiamare le caratteristiche strutturali del processo, dall'altro, verificare se queste siano riscontrabili anche nell'ambito del “procedimento” instaurato su ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Appare, infatti, evidente che se ci si limitasse al solo profilo (qualificatorio) funzionale non vi sarebbe ragione per escludere dall'area della giurisdizione il ricorso straordinario, in quanto strumento di tutela (di diritti ed interessi legittimi), volto a ripristinare l'ordine giuridico violato, come dimostrato anche dal suo carattere

2011, p. 4145; Id., Sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, *ivi*, 2012, p. 1001 e T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 200, *ivi*, 2012, p. 573.

impugnatorio e dalla prevista deducibilità di soli vizi di legittimità (art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, cit.). Il discorso diventa, com'è evidente, più complesso allorché dalla funzione – intesa come attuazione del diritto – si passi ad indagare il “dato strutturale” della giurisdizione, ovverosia le “forme” che l’ordinamento predispone affinché si possa giungere alla affermazione del diritto del caso concreto; forme che prendono il nome di processo ⁽⁷¹⁾.

Ciò in quanto – come verrà tra poco meglio precisato – è il “procedimento” che, al sussistere di determinate forme, consente di qualificare una funzione come giurisdizionale, esso costituendo «*il cardine per l’individuazione e ricostruzione della giurisdizione civile e della giurisdizione in genere*» ⁽⁷²⁾. Occorre, dunque, fare riferimento ai tratti caratterizzanti la giurisdizione, delineati dalla Corte costituzionale ⁽⁷³⁾, quali, ad esempio: la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l’imparzialità istituzionale dell’organo decidente; e ciò anche in considerazione del fatto che, dopo la riforma dell’art. 111 della Costituzione (ad opera della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2), essi costituiscono i presupposti necessari del c.d. “giusto processo” ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ Così G. MARTINI, op. cit., p. 6, secondo cui «*L’ordinamento, al fine di conseguire l’attuazione del diritto (nel che – giova ripetere – si è individuata la funzione della giurisdizione), predispone le regole (recte le forme) da seguire, disciplinando “una serie di comportamenti – ciascuno dei quali attua una fattispecie, dando luogo ad un effetto – fino a sfociare nell’atto decisorio”*».

⁽⁷²⁾ In questo senso espressamente E. FAZZALARI, voce *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, pp. 402 ss. Si veda, inoltre, in argomento N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l’«ircocervo»*, cit., pp. 2149 ss., ad avviso del quale «*E’ in realtà il procedimento (rectius la natura del procedimento), che specifica la funzione, qualificandola come giurisdizionale ogni qualvolta ricorrano i requisiti essenziali, così che soltanto in tal caso l’organo giudicante può considerarsi “giudice” in senso oggettivo (indipendentemente dal suo incardinamento organico nella magistratura). In altre parole è il “giudizio” che fa il “giudice”, visto che l’attività di applicazione obiettiva e definitiva della legge è una condizione necessaria ma non sufficiente per integrare la legittimazione ai fini dell’instaurazione del giudizio costituzionale*».

⁽⁷³⁾ Pur nella consapevolezza che l’orientamento della Consulta al riguardo non è privo di oscillazioni.

⁽⁷⁴⁾ Sul tema del c.d. “giusto processo” in rapporto al processo amministrativo, cfr. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 165 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo – Studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; Id., voce *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, p. 377 ss.; E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 1061 ss..

Posto che l'impossibilità di disattendere il parere del Consiglio di Stato sembra definitivamente aver risolto i problemi connessi alla imparzialità dell'organo giudicante, l'attenzione dovrà appuntarsi, in particolare, sul rispetto del contraddittorio, che – in sede processuale – si traduce nella «*disponibilità delle prove*» che il giudice porrà a base della propria decisione ⁽⁷⁵⁾ e nella «*effettiva dialettica delle parti*» (da garantirsi in ogni fase del processo, anche attraverso lo scambio di memorie e documenti), che culmina nella «*oralità della discussione finale*» innanzi all'organo giudicante ⁽⁷⁶⁾.

Con riguardo al primo dei profili appena menzionati (disponibilità delle prove), appare evidente – anche alla luce di quanto in precedenza chiarito circa i caratteri del ricorso straordinario – che l'istruttoria è ancora saldamente nelle mani dell'Amministrazione (Ministero competente) ⁽⁷⁷⁾ e che, anzi, questa risulta quasi interamente dipendente, per così dire, dalla “buona volontà” dell'Amministrazione procedente ⁽⁷⁸⁾.

Se pure – ai sensi dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 – rientra nei poteri del Consiglio di Stato «*richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni*», non è ben chiaro quali siano le conseguenze, sul piano procedimentale, ma anche sostanziale, del mancato e/o parziale adempimento da parte del Ministero.

⁽⁷⁵⁾ Non sembra qui inutile richiamare il disposto dell'art. 115, comma 1, c.p.a., a norma del quale: «*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*».

⁽⁷⁶⁾ Si veda, a tal proposito, C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, 1993, p. 135, secondo cui «*la posizione di contrasto tra i soggetti (...), a ben guardare, è la più evidente e immediata ragion d'essere delle caratteristiche formali della cognizione. Contraddittorio, possibilità di prova, stabilità dell'accertamento sono infatti caratteristiche che stanno in evidente correlazione con la posizione di contrasto tra i soggetti, quella posizione che di solito, ma non necessariamente, si manifesta con la lesione e la contestazione*».

⁽⁷⁷⁾ Ai sensi dell'art. 49, comma 2, del Regolamento per l'esecuzione della legge sul consiglio di Stato, approvato con R.D. 21 aprile 1942, n. 444, il Consiglio di Stato in sede consultiva non può tenere «*conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero*».

⁽⁷⁸⁾ Sotto tale profilo, sembra, dunque, potersi condividere l'affermazione secondo cui «*sono assenti, nel procedimento, due caratteri fondamentali, e cioè la terzietà della autorità pubblica procedente ed il contraddittorio tra le parti*»: così G. MARTINI, op. cit., p. 7, il quale richiama le opinioni espresse, al riguardo, da A. PAJNO, voce *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, 2000, p. 8 e S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 311 ss..

Di certo, non sembra applicabile il disposto del secondo capoverso dell'art. 116 c.p.a. (nella parte in cui autorizza il giudice a trarre argomenti di prova dalle omissioni e/o dal rifiuto di compiere atti che egli ha ordinato), e ciò in quanto la suddetta regola, giammai, potrebbe valere allorché l'Amministrazione che ha emanato l'atto impugnato non sia una Amministrazione statale, non potendo imputarsi a quest'ultima le conseguenze (pregiudizievoli) della condotta omissiva tenuta da una Amministrazione terza (nella specie, il Ministero precedente).

Una minore garanzia del contraddittorio (rispetto al processo) è dato anche riscontrare con riguardo al c.d. "scambio documentale".

E' noto che, in base all'art. 4 del d.P.R. n. 1199/1971, eventuali memorie e documenti vanno depositate presso il Ministero competente ⁽⁷⁹⁾; è, inoltre, pacificamente ammesso il diritto del ricorrente di accedervi, sulla base di «*di un principio generale (...) diretto a garantire la possibilità di conoscere in modo completo, effettivo e tempestivo, tutti gli elementi istruttori acquisiti dall'Amministrazione, insieme alle deduzioni delle parti ed alla relazione conclusiva al Consiglio di Stato*» ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Si veda, in argomento, L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, op. cit., p. 407 ss., secondo cui «*E' risaputo che, per quanto concerne la presentazione di memorie e documenti da parte dei controinteressati in sede giurisdizionale, il termine [di cui all'art. 21, u.c., legge T.A.R.] è considerato non perentorio [...]; analogamente è da ritenersi per la presentazione di memorie e documenti nel procedimento su ricorso straordinario, che vanno presentati al Ministero competente e presso il quale il ricorrente potrà prenderne visione*».

⁽⁸⁰⁾ Così Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 29 gennaio 1998, in www.giustizia-amministrativa.it; ma, in tale senso, già Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 8 marzo 1982, n. 5, in *Cons. Stato*, 1984, I, p. 227 e ss., aveva affermato che «*L'art. 15 t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, che consente agli interessati di richiedere all'Amministrazione copie ed estratti di atti e documenti d'ufficio, è applicabile anche in caso di ricorso straordinario; pertanto in tal caso gli interessati debbono rivolgere alle Amministrazioni competenti la domanda diretta ad ottenere copia di atti o documenti esistenti nel fascicolo, salva la facoltà di ricorso al giudice amministrativo in caso di rifiuto*», e ciò in quanto «*La natura del procedimento decisorio del ricorso straordinario esclude che possa consentirsi ai privati interessati l'accesso al fascicolo depositato presso le segreterie delle sezioni consultive del Consiglio di Stato e di chiedere copia di atti o documenti esistenti nel fascicolo stesso*». In argomento cfr., inoltre, G. PALEOLOGO, voce *Ricorso straordinario*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XXVII, p. 2, ad avviso del quale «*il mancato rilascio di copie di documenti, o la mancata ammissione delle parti ad esaminarli, mentre ostacoleranno la produzione di motivi aggiunti, non possono essere fatte valere come motivi di impugnativa della decisione straordinaria*».

Anche se tale disposizione non appare priva di utilità dal punto di vista pratico, va nondimeno messo in evidenza che, per prendere visione della documentazione in parola, il ricorrente dovrà, pur sempre, utilizzare le meno agevoli – rispetto all’accesso del difensore presso la cancelleria del giudice, nel caso di ricorso giurisdizionale – procedure previste per l’accesso agli atti amministrativi, che, soprattutto in ipotesi di accesso formale, prevedono una richiesta scritta da parte del ricorrente e, dal lato dell’Amministrazione, un termine di trenta giorni per adempiere (art. 25, legge 7 agosto 1990, n. 241); ciò che, talvolta, può anche compromettere una tempestiva ed efficace difesa del ricorrente.

Alla luce di quanto fin qui esposto, sembra piuttosto evidente la distanza che intercorre tra il processo giurisdizionale ed il procedimento su ricorso straordinario.

A ciò si aggiunga che la concentrazione della maggior parte del potere istruttorio nelle mani del Ministero competente, oltre a rappresentare una «*evidente anomalia rispetto al processo, rende palese il rischio di condizionare la funzione interpretativa del Consiglio di Stato*»⁽⁸¹⁾; rischio che appare ancor più evidente ove si consideri la mancanza di discussione orale che, da sempre, caratterizza il ricorso straordinario (ciò che costituisce, come si è già anticipato, un ulteriore profilo di debolezza del rimedio in esame)⁽⁸²⁾. Anche sotto questo aspetto, non è di poco conto la distanza rispetto alla

⁽⁸¹⁾ In questo senso espressamente G. MARTINI, op. cit., p. 7, il quale richiama, in proposito, l’opinione di N. PIGNATELLI, *Sulla natura del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, cit., in www.giustizia-amministrativa.it. Nel medesimo senso M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2006 p. 510, la quale osserva, inoltre, che «*Le modalità di esplicazione dell’istruttoria, nonostante sia stato ribadito l’obbligo della sua conclusione del termine fissato dalla legge e il dovere del Ministro di sanzionare il responsabile del procedimento cui sia imputabile l’eventuale ritardo, sono infatti ancora tali da non garantire l’effettiva conclusione del ricorso con l’adozione della decisione*».

⁽⁸²⁾ Invero, secondo l’art. 49, comma 1, del già citato Regolamento per l’esecuzione della legge sul Consiglio di Stato (R.D. n. 444/1942), «*Gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l’intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti*». Ed in questo senso è pacifico anche l’orientamento del Consiglio di Stato: cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. per gli atti normativi, 13 gennaio 2003, n. 3451, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2003, p. 700, ove si afferma che tale orientamento non si pone in contrasto con l’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. per due ordini di motivi: per un verso, l’interessato può fare ampiamente presenti le proprie ragioni mediante il ricorso (nel quale prospetta le censure del caso, integrabili, oltretutto, anche con motivi aggiunti); sotto altro profilo, non appare sostenibile che il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, reso a

istruttoria processuale, nel cui ambito la garanzia della discussione orale – lo si è chiarito in precedenza – è uno degli elementi che connota il c.d. giusto processo.

Invero, nell'ambito del processo, l'udienza di discussione può rappresentare la sede privilegiata in cui si realizza il contraddittorio tra le parti; ed in tale sede l'Amministrazione resistente e gli eventuali controinteressati possono comparire – anche per la prima volta – in giudizio e formulare le proprie deduzioni ed eccezioni. Senza dire che, in base a quanto stabilito dall'art. 47, comma 2, della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea, «ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge»⁽⁸³⁾.

7. La perdurante difficoltà di una piena equiparazione tra i due rimedi, pur a fronte delle incisive riforme operate nel biennio 2009-2010. Gli orientamenti della giurisprudenza in merito alla ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario e i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento alla legge n. 69/2009.

Dal raffronto, fin qui effettuato, tra processo e procedimento instaurato su ricorso straordinario emerge la difficoltà di una piena equiparazione tra i due rimedi, sia per quanto concerne l'ambito applicativo, sia per quanto attiene alle loro caratteristiche “strutturali”.

Tale difficoltà risulta anche dalle modifiche introdotte dalla legge n. 69/2009 e dal Codice del processo amministrativo.

fini esclusivamente giustiziali, possa configurarsi come atto che di per sé rechi “pregiudizio” ad un soggetto amministrato. «*Diversamente opinando* – conclude la pronuncia citata - *la preventiva audizione dell'interessato sarebbe, a rigore, necessaria soltanto se l'organo consultivo si orientasse in senso negativo, rispetto alle pretese dell'interessato, il che, com'è evidente, non sarebbe in alcun modo determinabile in un momento antecedente a quello della concreta espressione del parere*».

⁽⁸³⁾ Si veda, in tal senso, oltre allo scritto di G. MARTINI, cit., pp. 7-8, S. TARULLO, voce *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 377 ss., ad avviso del quale, in questo modo, la parte ricorrente può trovarsi improvvisamente, *in limine litis*, a dover contrastare tesi avversarie che non ha avuto possibilità di esaminare con la dovuta attenzione.

La conseguenza applicativa di maggior rilievo, derivante da tali interventi normativi, come si è visto, è senz'altro rappresentata dalla ammissibilità del giudizio di ottemperanza onde ottenere l'esecuzione del decreto presidenziale, rimasto ineseguito o eluso dalla p.A. tenuta a conformarsi.

Come già ricordato in altra parte del presente lavoro ⁽⁸⁴⁾, l'orientamento consolidato della Corte di cassazione negava l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza con riferimento alla decisione emessa in sede di ricorso straordinario, osservando che la contrapposta soluzione, per quanto risultasse «*ispirata al lodevole proposito di rafforzare le garanzie del cittadino di fronte all'azione della pubblica Amministrazione*» non trovava alcun fondamento normativo, non potendosi ritenere che «*l'atto del quale si domanda l'esecuzione abbia natura giurisdizionale*» ⁽⁸⁵⁾.

Dall'accoglimento della tesi tradizionale discendevano, come è noto, inconvenienti di non poco conto, tali da minare l'effettività della tutela conseguita in sede amministrativa: invero, il ricorrente vittorioso in sede di ricorso straordinario, non potendo proporre ricorso per l'ottemperanza, avrebbe dovuto o ricorrere avverso il silenzio o impugnare gli atti violativi o elusivi del decreto presidenziale. Sennonché, qualora si fosse trattato di controversie su diritti soggettivi in materie non devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (il che era possibile fino all'introduzione dell'art. 7, comma 8, c.p.a.), la tutela avverso il silenzio non era attivabile, essendo il giudice amministrativo sfornito della giurisdizione sulla questione sostanziale sottostante; peraltro, anche quando l'Amministrazione avesse adottato atti elusivi o violativi del decreto presidenziale, la tutela (di annullamento, come se un annullamento non fosse già intervenuto) attingibile dal privato si rivelava piuttosto effimera, considerato che «*in sede giurisdizionale sono comunque intangibili le statuizioni rese con la decisione giudiziale*» ⁽⁸⁶⁾. In altre parole, il ricorrente (già

⁽⁸⁴⁾ Si vedano, *supra*, il § 3.1 e le note 28 e 37.

⁽⁸⁵⁾ Si vedano, in tal senso, oltre alla più volte citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, anche le altre pronunce citate nella nota 28.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., su tale percorso argomentativo, A. AULETTA, *op. cit.*, pp. 5, 6. In giurisprudenza, cfr., ad es., Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 28 aprile 2008, n. 379, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, II, p. 1271 e T.A.R. Lazio, Roma, 16 febbraio 2006, n. 1178, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, p. 577.

vittorioso in sede straordinaria) tornava al punto di partenza dovendo percorrere il tortuoso itinerario dei due gradi di giudizio per ottenere una decisione conforme a quella contenuta nel decreto presidenziale: solo a quel punto avrebbe potuto attivare il rimedio dell'ottemperanza.

Ma, come si è già evidenziato, la situazione è mutata profondamente, dapprima, con la legge n. 69/2009, e, poi, con il Codice del processo amministrativo; e – come pure si è ricordato – la giurisprudenza più recente ha prontamente recepito questa evoluzione del sistema, nel senso della “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario⁽⁸⁷⁾. In questo senso è particolarmente significativa la già citata pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2065/2011, in cui la Corte si mostra pienamente consapevole del mutato quadro normativo e giurisprudenziale⁽⁸⁸⁾. In particolare, con riferimento alle modifiche introdotte dal Codice del processo amministrativo, le Sezioni Unite ritengono che la soluzione favorevole alla ammissibilità del ricorso per ottemperanza in caso di in esecuzione del decreto presidenziale si fonda sul combinato disposto degli artt. 112, comma 2, lett. b), c.p.a. e 113, comma 1, c.p.a.: la prima delle due norme appena citate consente di esperire il ricorso per l'ottemperanza avverso «*le sentenze esecutive e gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*»; mentre la seconda prevede che nei casi previsti dalle lett. a) e b) dell'art. 112 («*sentenze passate in giudicato*»; «*sentenze esecutive e [...] altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*»), la competenza a decidere il ricorso spetti «*al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*». Ne deriva – conclude, quindi, la Corte – che, nel caso che ci interessa, essa spetta al Consiglio di Stato, trattandosi di un ricorso volto ad ottenere l'ottemperanza ad una decisione del massimo Giudice amministrativo (ancorché emessa in sede consultiva).

⁽⁸⁷⁾ Si vedano, *supra*, i §§ 4 e 5.

⁽⁸⁸⁾ Si fa qui riferimento a Cass. Civ., Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065, cit., in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, p. 1465, secondo cui l'affermata legittimazione delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato a sollevare incidenti di costituzionalità «*pare implicitamente presupporre il riconoscimento di una condizione, comunque, sostanzialmente equivalente alla giurisdizionalità*», mentre l'aver reso il parere del Consiglio di Stato vincolante «*conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio*». La conseguenza è che se ciò «*non trasforma il decreto presidenziale in atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela*». Su tale pronuncia si veda anche quanto osservato nel § 5.

Senonché la questione sembra meritare ulteriore approfondimento: non si può, infatti, dimenticare che l'attenzione di alcuni commentatori favorevoli ad ammettere l'attivazione del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti presidenziali si era appuntata non tanto sulla lett. *b*), quanto sulla lett. *d*) del secondo comma dell'art. 112 c.p.a., cit. ⁽⁸⁹⁾, in base alla quale sono ottemperabili le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparati «*per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza*». Ma, ammettendo che fosse questo il fondamento normativo della ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni emesse in sede di ricorso straordinario, dovrebbe, altresì, ritenersi che la competenza a decidere il ricorso spetti al T.A.R. «*nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza*», conformemente a quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 113, con riferimento ai casi previsti dalle lett. *c*), *d*) ed *e*) dell'art. 112, comma 2, c.p.a.. In altri termini, la qualificazione del decreto presidenziale come “provvedimento equiparato alla sentenza” comporterebbe una conseguenza applicativa probabilmente non valutata in sede di formulazione della norma e finanche difficile da spiegare: sarebbe, cioè, chiamato a decidere sul ricorso in ottemperanza il T.A.R. (Lazio?), ossia un organo che non è affatto intervenuto nel decidere “il merito” della vicenda e che sarebbe curioso che di esso decidesse in sede di esecuzione ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁹⁾ Cfr., in tal senso, ad es., P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, op. cit., p. 3 ss., il quale, tuttavia, rileva che la questione della ammissibilità del giudizio di ottemperanza sulle decisioni del ricorso straordinario non appare del tutto risolta se è vero che «*il dibattito sul tema ha continuato a registrare diversità di opinioni e molti autorevoli commentatori, in linea con un consolidato e prevalente orientamento giurisprudenziale, all'indomani dell'entrata in vigore del c.p.a., hanno continuato a sostenere, discostandosi dalla opinione prevalente, che nulla fosse cambiato, sia in relazione alla natura amministrativa del ricorso straordinario, e sia con riferimento alla inammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del decreto decisivo di un ricorso straordinario*». Significativa, sotto questo profilo, è anche la sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, cit., in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, p. 1001, secondo cui l'ottemperanza alla decisione sul ricorso straordinario deve farsi rientrare nell'ipotesi di cui alla lett. *d*) dell'art. 112, comma 2, c.p.a., potendosi qualificare tale decisione alla stregua di un provvedimento formalmente amministrativo, quantunque (per molti aspetti) equiparato ad una sentenza.

⁽⁹⁰⁾ Si veda, in tal senso, P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; analogo il punto di vista di A. AULETTA, op. cit., pp. 6-7.

Ed è verosimilmente per evitare tale aporia che le Sezioni Unite hanno, viceversa, affermato che debba trovare applicazione la lett. *b*) dell'art. 112, comma 2, c.p.a., con ciò, tuttavia, forzando il tenore letterale della norma, che parla di provvedimenti resi «*dal giudice amministrativo*» (senza alcun cenno ai decreti decisori emessi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario). Anche se sembra chiaro l'effetto pratico che le Sezioni Unite intendevano raggiungere ritenendo applicabile la lett. *b*) – ossia affidare al Consiglio di Stato la competenza in sede di ottemperanza – è altrettanto chiara l'opinabilità del percorso esegetico compiuto, che, secondo alcuni ⁽⁹¹⁾, denoterebbe anche una contraddittorietà intrinseca nell'*iter* motivazionale seguito dalla Suprema Corte.

Tuttavia, altra parte della dottrina ⁽⁹²⁾ ha aderito all'impostazione adottata dalla Cassazione, ritenendo che le Sezioni Unite, attraverso l'assimilazione dei decreti presidenziali ai «*provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*» diversi dalle sentenze, ai sensi dell'art. 112, lett. *b*), c.p.a., abbiano inteso riconoscere la natura di

⁽⁹¹⁾ Cfr., sul punto, ancora, A. AULETTA, op. cit., pp. 6-7, il quale sottolinea che «*il Giudice della nomofilachia sembra cadere in contraddizione con sé stesso, specie se si considera che in un precedente paragrafo della motivazione si parla di "assimilazione dei contenuti" del decreto all'atto giurisdizionale, cioè si utilizza una (pur comprensibile) cautela che invece è del tutto in distonia con l'affermazione (implicita nel ragionamento svolto per radicare la competenza del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza) che il decreto decisivo è provvedimento "del giudice amministrativo"*». Appare, al contrario, condivisibile quanto affermato da attenta dottrina secondo cui «*non potrebbe negarsi l'elevato grado di arbitrarietà di una tesi che volesse collocare tale decreto, formalmente adottato dal Capo dello Stato (benché su parere conforme e vincolante del Consiglio di Stato), tra gli "altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo" ai sensi della lett. b) del citato comma 2. Un diverso indizio potrebbe rinvenirsi nella successiva lett. d) che fa richiamo, accanto alle "sentenze passate in giudicato", anche agli "altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza", riproponendo nella sua parte finale l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla "decisione" (termine astrattamente comprensivo anche del d.P.R. emanato a definizione del ricorso straordinario) anziché alla "sentenza"*»: così S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 2/2011.

Si veda, in argomento, anche M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, p. 547 ss., secondo cui dal confronto tra le espressioni utilizzate dalla lettera *b*) e dalla lettera *d*) del comma 2 dell'art. 112 c.p.a., cit., emergono diverse prospettive: si valorizza, per un verso, l'esecutività dei provvedimenti adottati dal giudice amministrativo e, per altro verso, la definitività e, quindi, il giudicato, ponendo a confronto le sentenze passate in giudicato con i «*provvedimenti ad esse equiparati*».

⁽⁹²⁾ Cfr., in tal senso, P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, op. cit., specialmente i §§ 2 e 3.

“giudice” al Consiglio di Stato ⁽⁹³⁾. Ad avviso di tale parte della dottrina, siffatta impostazione presupporrebbe la natura decisoria del parere vincolante del Consiglio di Stato, che costituirebbe, quindi, un provvedimento pienamente equiparabile ad una decisione del giudice amministrativo ⁽⁹⁴⁾.

Se il ragionamento fin qui esposto non sembra prestarsi a particolari critiche, non appare altrettanto convincente la premessa, da cui partono le Sezioni Unite, per cui il concetto di giurisdizione attiene non soltanto ai c.d. limiti esterni ma anche ai c.d. limiti interni della stessa. Come è stato autorevolmente sottolineato, tale impostazione si pone *«in contrasto con precise norme costituzionali, vestendo da questioni di giurisdizione problematiche che tali non sono»* ⁽⁹⁵⁾. Ed invero, *«è palese che in tal modo si trasforma, invocando il principio di effettività, la verifica se un giudice ha giurisdizione su una determinata controversia nel controllo su come il giudice decida la controversia stessa: d’altro canto ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia i presupposti della tutela che gli viene affidata dall’ordinamento e quindi di interpretare le regole sostanziali della tutela risarcitoria degli interessi legittimi»* ⁽⁹⁶⁾.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, ha evidenziato, nella nota pronuncia sulla *traslatio iudicii*, che *«perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di Cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione»* ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ In particolare, come già accennato, la Cassazione, nella sentenza citata, riconosce che *«l’organo chiamato a decidere il ricorso straordinario ha poteri decisori analoghi ma formalmente diversi rispetto a quelli giurisdizionali»*.

⁽⁹⁴⁾ Per una ricostruzione – anche critica – dell’opinione citata si veda 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, p. 367 ss..

⁽⁹⁵⁾ Cfr. R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009, p. 2.

⁽⁹⁶⁾ Così R. VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 897.

⁽⁹⁷⁾ Il passaggio è tratto da Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 553.

Per vero, dubbi di costituzionalità erano stati sollevati già con riferimento alla riforma del 2009, che ha attribuito alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario. In particolare, è stata criticata con argomenti convincenti la scelta di effettuare tale riconoscimento con legge ordinaria: la previsione dell'art. 69 della legge n. 69/2009 sarebbe, cioè, in contrasto con l'art. 137, comma 1, Cost., che pone una riserva di legge costituzionale su condizioni, forme, termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia. Sembra, dunque, cogliere nel segno quella dottrina, che opportunamente sottolinea che «*il potere di “riconoscere” la sussistenza di un giudice e di un giudizio (...), anche dopo una evidente trasformazione legislativa del procedimento, spetta comunque alla Corte Costituzionale*»⁽⁹⁸⁾: se, viceversa, si ritiene che sia il legislatore a dover individuare i soggetti qualificabili come giudice *a quo*, ai fini del sollevamento della questione di costituzionalità, si profila il rischio che, nel futuro, tale qualifica possa essere attribuita a soggetti del tutto privi dei requisiti (anche solo oggettivi) della “giurisdizionalità”⁽⁹⁹⁾.

8.1. Ulteriori conferme della non perfetta coincidenza tra i due rimedi: a) la delimitazione dell'ambito applicativo del ricorso straordinario nei termini imposti dall'art. 7, comma 8, c.p.a..

Tornando alle modifiche introdotte dal Codice del processo amministrativo, suscita non poche perplessità anche l'art. 7, comma 8, che fa coincidere l'ambito applicativo del ricorso straordinario con quello giurisdizionale amministrativo, nel segno, quindi, di una perfetta coincidenza dei due rimedi (giurisdizionale e amministrativo).

Come già accennato più sopra⁽¹⁰⁰⁾, la soluzione adottata dal legislatore appare certamente coerente con i caratteri di “spiccata” giurisdizionalità che l'istituto è venuto

⁽⁹⁸⁾ Cfr. N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario. La scelta del legislatore*, op. cit., § 7.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., sul punto, ancora, N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario. La scelta del legislatore*, op. cit., § 7, il quale, a fondamento del proprio assunto, richiama, in proposito, l'esempio del portiere di un albergo mentre risolve una lite tra clienti ovvero ad un arbitro in sede di verbalizzazione di una partita di calcio.

⁽¹⁰⁰⁾ Nel § 5.

ad assumere. Essa mira, inoltre, a superare i dubbi di costituzionalità che la proponibilità del ricorso straordinario, nelle materie di giurisdizione ordinaria, aveva suscitato, limitando l'ambito di operatività del rimedio alle controversie che siano collegate all'esercizio di poteri pubblici, anche ove si tratti di giurisdizione esclusiva⁽¹⁰¹⁾.

Cionondimeno, tale disposizione ha posto, subito dopo la sua entrata in vigore, rilevanti questioni interpretative, la cui soluzione è evidentemente condizionata dalla qualificazione dell'art. 7, comma 8, c.p.a. come norma innovativa o interpretativa⁽¹⁰²⁾.

Tali dubbi sono stati in, parte, risolti dal parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, 22 febbraio 2011, n. 808⁽¹⁰³⁾. In tale occasione, il massimo Giudice amministrativo – sulla base di un condivisibile *iter* argomentativo – giunge ad affermare che, nel caso in esame, di sopravvenienza di una norma che limita l'esperibilità del rimedio straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, deve farsi applicazione – quanto alla disciplina delle leggi sul procedimento decisorio – non già del principio *tempus regit actum*, da cui conseguirebbe l'inammissibilità del ricorso, bensì di quello della *perpetuatio iurisdictionis*, dal quale deriverebbe l'obbligo di decidere nel merito i ricorsi pendenti⁽¹⁰⁴⁾.

Il rilevato carattere innovativo della norma in esame sembra, tuttavia, porsi in contraddizione con i criteri indicati dal legislatore delegante nell'art. 44 della legge n. 69/2009 e, in specie, con il comma 2, lett. b), n. 1, di tale disposizione, che ha imposto al legislatore delegato il riordino delle «*norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni*».

E', dunque, necessario verificare se la delimitazione dell'ambito applicativo del ricorso straordinario, nei termini imposti dal comma 8 della norma sulla giurisdizione

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. B.R. POLITO, op. cit., p. 150.

⁽¹⁰²⁾ Analogo il punto di vista di A. AULETTA, op. cit., p. 3.

⁽¹⁰³⁾ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁰⁴⁾ L'Adunanza Generale del Consiglio di Stato aderisce a tale ultima ricostruzione, affermando, tra l'altro, che il rimedio in esame «*ha natura atipica, non assimilabile agli altri ricorsi amministrativi, con spiccate caratteristiche di giustizia*»; ciò che risulta confermato «*dal fatto che il provvedimento finale rappresenta solo l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale contenuto nel parere del Consiglio di Stato*».

amministrativa (art. 7 c.p.a.), risponda ad una esigenza di riordino, atteso che tale esigenza va soddisfatta con riguardo ai rapporti con le «*altre giurisdizioni*».

A tale proposito, va, innanzitutto, ricordato che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa (antecedente all'entrata in vigore del Codice), «*il principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario [...] si applica nei confronti del giudice amministrativo e non del giudice ordinario al quale è consentito disapplicare il decreto di decisione sul ricorso stesso*», qualora sussista la sua giurisdizione. Si affermava, inoltre, che, in mancanza di una norma contraria, i poteri del giudice ordinario (o di altro giudice) rimanessero integri ed il contenuto della sentenza prevalesse su quello del decreto decisorio⁽¹⁰⁵⁾.

Alla luce di quanto sin qui esposto, pare, insomma, di poter affermare che, nei casi di ricorso straordinario proposto al di fuori del regime dell'alternatività, una questione di interferenza tra tale rimedio e quelli esercitabili innanzi al giudice ordinario (o altro giudice) effettivamente si pone(va): ed allora l'intento di far fronte a questa interferenza sembra poter rientrare – invero non senza qualche forzatura, come è stato acutamente rilevato ⁽¹⁰⁶⁾ – nella nozione di riordino delle norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo «*rispetto alle altre giurisdizioni*». Per questo aspetto, quindi, la scelta del legislatore delegato appare conforme ai principi espressi dalla delega; il contrasto si pone, invece, con riferimento all'esigenza che il riordino avvenga “codificando” la giurisprudenza delle Corti supreme, in specie, ove si consideri che, per un consolidato orientamento pretorio (di cui la stessa Adunanza Generale, nel parere sopra citato, dà contezza), il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere proposto anche al di fuori del regime dell'alternatività, come accade allorché esso attenga alla tutela di diritti soggettivi nell'ambito di materie non (più) devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo (come nel caso del pubblico impiego privatizzato) ⁽¹⁰⁷⁾.

Queste considerazioni sulla natura non meramente interpretativa dell'art. 7, comma 8, c.p.a. sembrano, dunque, costituire una ulteriore conferma dell'idea, già espressa in precedenza, che il processo di “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario (con

⁽¹⁰⁵⁾ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 giugno 2006, n. 4041, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, p. 1942.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. A. AULETTA, op. cit., p. 4.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. A. AULETTA, op. cit., p. 4.

tutte le conseguenze applicative che ne derivano anche in ordine all'esperibilità del giudizio di ottemperanza onde ottenere l'esecuzione di un decreto presidenziale rimasto inattuato), sicuramente avviato nelle sue linee essenziali, non possa considerarsi completamente compiuto ⁽¹⁰⁸⁾.

8.2. (segue): b) la tesi tradizionale che esclude l'ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario.

E', poi, appena il caso di osservare come neppure sul versante della tutela risarcitoria sia stata attuata una piena equiparazione tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale.

E', infatti, noto che l'orientamento espresso dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato ritiene inammissibile l'azione finalizzata al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, esercitata in sede di ricorso straordinario ⁽¹⁰⁹⁾. Osterebbe all'ammissibilità di una tale azione la struttura impugnatoria del rimedio giustiziale, desunta dall'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, cit., secondo cui il ricorso straordinario è ammesso «*contro atti amministrativi definitivi*» e per soli «*motivi di legittimità*» nonché dall'art. 16, comma 1, n. 4, del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), e, in particolare, dal riferimento ivi contenuto ai «*ricorsi (...) contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi*», non più suscettibili di «*domande di riparazione in via gerarchica*». In altri termini, una pretesa risarcitoria sarebbe «*estranea all'ambito di*

⁽¹⁰⁸⁾ Significativo, al riguardo, è quel passaggio di A. AULETTA, p. 7, ove lo stesso Autore ammette che il processo di "giurisdizionalizzazione" «*sottende delle questioni (in primo luogo riguardanti la costituzionalità di alcune delle norme attraverso cui tale processo si è realizzato) la cui problematicità suggerisce di tenere un atteggiamento cauto anche a quanti – come chi scrive – avevano parlato del compimento "dell'ultimo passo verso la giurisdizionalizzazione"*». Conclude l'Autore: «*il dubbio che si può insinuare (ed al tempo stesso la tesi che si deve confutare da parte di chi sostiene la natura giurisdizionale del rimedio) è che, nel compierlo, il legislatore si sia spinto oltre i limiti del consentito*».

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. I, 6 dicembre 2006, n. 3994, in www.giustizia-amministrativa.it.

cognizione ammesso dalla normativa vigente in materia di ricorso straordinario che lo struttura come un rimedio a carattere impugnatorio» (¹¹⁰).

Vi è, però, un orientamento minoritario che, richiamandosi al principio di alternatività, nonché alle esigenze di economicità, speditezza e concentrazione della tutela, riconosce l'ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario (¹¹¹). Sul primo versante, si è sostenuto che, atteso il riconoscimento della azionabilità, in sede giurisdizionale amministrativa, del rimedio risarcitorio – a far data dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500 (¹¹²), oltre che, sul piano legislativo, per effetto del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e della legge n. 205/2000 –, non sarebbe più consentito continuare ad escludere che analoga pretesa possa essere fatta valere con il rimedio, alternativo a quello giurisdizionale, del ricorso straordinario (¹¹³).

A questo primo argomento, si è affiancato quello con si è invocata quell'esigenza di concentrazione processuale che tanta importanza ha avuto nel condizionare le scelte del legislatore dell'ultimo decennio, intese a riconoscere l'invocabilità del rimedio risarcitorio nell'ambito del processo amministrativo (ci si riferisce, in particolare, agli artt. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 4, della legge n. 205). A tale proposito, sembra utile richiamare qui alcune considerazioni svolte dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia già più sopra citata (¹¹⁴); si tratta, invero, di considerazioni che, seppure direttamente attinenti alla questione della ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario (di cui si è già detto), sembrano contenere indicazioni di portata più generale. Ci si riferisce, in particolare, al passaggio dove si evidenzia che *«non è dubitabile che il petitum proposto in sede di ricorso straordinario sia perfettamente equiparabile (e produca lo stesso effetto) ad una*

(¹¹⁰) Cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036/02, in *Foro it.*, 2004, III, p. 223; Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, Sez. riunite, parere del 19 febbraio 2008, n. 409/07, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 16 aprile 2007, n. 623, *ivi*.

(¹¹¹) Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, *cit.*, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 2650; *Id.*, Sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Foro amm.*, 2000, p. 12; *Id.*, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in www.giustizia-amministrativa.it.

(¹¹²) In *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261.

(¹¹³) Analoghe, sul punto, le considerazioni di A. AULETTA, *op. cit.*, pp. 4 e 5.

(¹¹⁴) Si fa qui riferimento alla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6695/2000, citata nella nota 111.

domanda giudiziale» e che, diversamente opinando, si determinerebbe una «inammissibile antinomia, ed aporia in grado di mettere in crisi il disegno legislativo duale ed alternativo», con sostanziale svalutazione del rimedio straordinario che verrebbe, quindi, a costituire «un minus rispetto a quello esperibile innanzi agli organi giurisdizionali della giustizia amministrativa».

Le aperture del Consiglio di Stato sono state, tuttavia, sconfessate dalla Corte di cassazione ⁽¹¹⁵⁾, intervenuta a confermare il tradizionale orientamento giurisprudenziale di segno contrario.

Dall'accoglimento della tesi tradizionale discende che l'azione di annullamento, esperibile in sede straordinaria, dovrà essere eventualmente seguita da un'azione risarcitoria per il danno cagionato dal medesimo provvedimento, da proporre innanzi al giudice amministrativo: si finisce, così, per reintrodurre, solo per questo tipo di gravame, il criterio del c.d. "doppio binario" (prima annullamento in sede straordinaria e poi risarcimento in sede giurisdizionale), già espunto dal legislatore in omaggio alle invocate esigenze di concentrazione, speditezza e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori ⁽¹¹⁶⁾.

Questa non perfetta coincidenza tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale sembra emergere anche dall'art. 30, comma 3, c.p.a., che fissa il termine per la proposizione dell'azione autonoma di risarcimento del danno in centoventi giorni dalla

⁽¹¹⁵⁾ Ci si riferisce, ancora una volta, alla più volte citata decisione Cass. Civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2447 e alle altre pronunce citate nelle note 28 e 37.

⁽¹¹⁶⁾ Non sembra qui inutile ricordare che il Codice del processo amministrativo ha optato, in via generale, per un regime di autonomia per così dire "ridotta" dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento, sottoponendo la proponibilità della prima al rispetto di un termine decadenziale di centoventi giorni, ed attribuendo comunque rilevanza alla mancata impugnativa, come pure al mancato invito all'autotutela ai fini della determinazione del danno, mediante applicazione di un meccanismo simile a quello previsto dall'art. 1227 c.c.. Per una lucida ricostruzione del rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento, si veda, in particolare, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, p. 826, secondo cui, con la nuova disciplina di cui all'art. 30 c.p.a., «*Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento*».

conoscenza del provvedimento, termine (non a caso) coincidente con quello previsto per la proposizione del ricorso straordinario.

Si può, infatti, plausibilmente sostenere che l'identità dei due termini denoti la volontà del legislatore di escludere che il provvedimento non impugnato tempestivamente in sede giurisdizionale possa essere considerato come inoppugnabile, proprio perché l'ordinamento predispone un ulteriore rimedio di carattere impugnatorio, perfettamente alternativo – almeno quanto ad ambito applicativo – al ricorso al T.A.R. ⁽¹¹⁷⁾. Come è stato autorevolmente rilevato «una volta che si attesti l'inoppugnabilità del decorso dei 120 giorni, risulterebbe ricompresa in essa non solo il concetto di impossibilità di impugnazione, ma anche quello – più sostanziale – della definitiva incontestabilità dell'atto quale che sia il fine (caducatorio o risarcitorio) di tale contestazione: sicché verrebbe meno la risarcibilità del provvedimento inoppugnabile che (...) è stata una delle principali ragioni portate a sostegno dell'autonomia dell'azione risarcitoria» ⁽¹¹⁸⁾. Anzi, come già ricordato, il mancato esperimento del

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. A. AULETTA, op. cit., p. 5.

⁽¹¹⁸⁾ Così G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in www.giustamm.it, n. 12/2010, § 2. Sulla c.d. pregiudiziale amministrativa, possono qui ricordarsi, senza pretesa di completezza, F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, 2002, p. 307 ss.; C. ORREI, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2002, p. 195 ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2003, p. 2137; F.F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004, p. 276 ss. e p. 387 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, p. 388 ss. e, dello stesso Autore, *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo (Consiglio di Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4)*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 345 ss.; *Pregiudiziale amministrativa e sacrifici concettuali del giudice amministrativo* (nota a Cons. Stato, Ad. Pl., 22 ottobre 2007, n. 12), in www.lexitalia.it, n. 10/2007 nonché *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2008, p. 1919 ss.; F. AGNANINO, *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano, 2005, p. 28 ss.; M. DIDONNA, *La tutela civile del giudice amministrativo*, Milano, 2005, p. 15 ss.; R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 865 ss. e, dello stesso Autore, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, *ivi*, 2007, p. 271 ss. nonché *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, *ivi*, 2009, p. 897 ss.; M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 55 ss.; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007 e, dello stesso Autore, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori pro e contro la c.d. «pregiudizialità*

ricorso straordinario potrebbe costituire oggetto di valutazione da parte del giudice, ai sensi del terzo comma dell'art. 30 c.p.a.. È quanto si può, del resto, desumere dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, che, richiamando – seppure «*praeter codicem*»⁽¹¹⁹⁾ – l'art. 1227 c.c., afferma la rilevanza, ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento: tra cui rientra, senz'altro, anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁽¹²⁰⁾.

Vero è che, così opinando, si giungerebbe a negare la – faticosamente conquistata – autonomia dell'azione di risarcimento danni rispetto all'azione di annullamento esperita in sede di ricorso straordinario: invero, mentre la mancata impugnazione del

amministrativa», in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 512 ss.; P. GOTTI, *Spunti di riflessione sul rapporto tra azione risarcitoria e pregiudiziale di annullamento*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, p. 2183 ss.; R. CAPONIGRO, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in *Giurisd. amm.*, 2007, IV, p. 271 ss.; G. CORAGGIO, *La pregiudizialità è una soluzione?*, in *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, Milano, 2008, p. 109 ss., specialmente le pp. 114-177; M. SANINO, *Pregiudiziale, risarcimento, translatio, lo stato della giurisprudenza. Spunti di riflessione*, in *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, cit., p. 3 ss.; D. D'ORSOGNA, *La responsabilità della P.A.*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 759 ss.; G. IUDICA, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, Roma, 2008; C.E. GALLO, *L'Adunanza plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 346 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008, pp. 20 ss., 48 ss.; B. RAGANELLI, *La pregiudizialità amministrativa nel rapporto tra improcedibilità della domanda demolitoria e tutela risarcitoria in caso di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2008, p. 2822 ss.; F. CARINGELLA, *Contro la pregiudiziale: una soluzione antica per un problema attuale*, in *La pregiudiziale amministrativa*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, Roma, 2009, p. 35 ss.; R. DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale*, *ivi*, p. 32 ss.; R. GISONDI, *Pregiudizialità e giudizio sul rapporto*, *ivi*, p. 43 ss.; L.M. TARANTINO, *Unità del diritto e pregiudiziale amministrativa*, *ivi*, p. 61 ss.; A. DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 261 ss., e, dello stesso Autore, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 854 ss.; A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, p. 3 ss.; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 548 ss.; S. GIACCHETTI, *Giustizia amministrativa o gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, IV, p. 1 ss.; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: pregresso o regresso del sistema?* in *Dir. proc. amm.*, 2009, 480 ss.; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Giust. amm.*, 2009, p. 859 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Morire per la pregiudiziale amministrativa ?*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 385 ss.; C. VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa: un mito in frantumi*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009.

⁽¹¹⁹⁾ L'espressione è di A. AULETTA, op. cit., p. 5.

⁽¹²⁰⁾ Si vedano, al riguardo, le considerazioni svolte nella nota 116.

provvedimento fonte di danno innanzi al giudice amministrativo per decorso del termine di decadenza di sessanta giorni (oltre a non determinare l'inoppugnabilità del provvedimento stesso, perché di esso può ancora essere richiesto l'annullamento con il ricorso straordinario) non preclude, in generale, l'autonoma azione di risarcimento del danno; dopo lo spirare del termine di centoventi giorni, di massima, non è attingibile né la tutela demolitoria né quella risarcitoria.

Le recenti acquisizioni in tema di "giurisdizionalizzazione" del rimedio amministrativo sembrano, dunque, essere inesorabilmente contraddette dalla permanenza, in tale ambito, di una sorta di "doppio binario interno" ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria.

8.3. (segue): c) la disposizione dell'art. 120, comma 1, c.p.a., che ha escluso la possibilità di esperire il ricorso straordinario per l'impugnazione degli atti relativi a procedimenti ad evidenza pubblica.

Rimane da fare ancora un cenno alla disciplina di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a. (ove è confluito l'art. 8 del d.lgs. n. 53/2010, inizialmente trasfuso nell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici), che ha espressamente escluso la possibilità di esperire il ricorso straordinario al Capo dello Stato per l'impugnazione di atti relativi alle procedure ad evidenza pubblica ⁽¹²¹⁾.

Si è già ricordato che la scelta trova adeguata giustificazione nell'esigenza – emersa soprattutto in seguito alla direttiva ricorsi 2007/66/CE (c.d. seconda direttiva ricorsi) – di imprimere la "massima accelerazione" alla definizione delle controversie in materia di appalti (e ciò anche al fine di evitare che il contratto possa essere stipulato prima che la parte abbia potuto contestare in giudizio la legittimità dell'aggiudicazione) ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Sull'art. 120, comma 1, c.p.a. si vedano anche le considerazioni svolte nel § 5.

⁽¹²²⁾ Il fine essenziale della direttiva, avente ad oggetto «*la modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*», appare imperniato su due esigenze basilari, ritenute entrambe meritevoli di tutela: la prima consiste nella salvaguardia degli effetti del contratto che sia stato stipulato da una stazione appaltante pubblica e si fonda sull'ovvia premessa che la stabilità delle relazioni contrattuali è un bene per la certezza dei rapporti giuridici e per il buon funzionamento delle relazioni economiche, e, dunque, un bene sacrificabile solo nei casi di maggiore gravità; la seconda attiene, invece,

A ciò si aggiunga che l'indirizzo maggioritario del Consiglio di Stato – ancor prima dell'entrata in vigore del Codice – aveva già escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario nei casi in cui il giudice amministrativo fosse destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dar vita a competenze definite “*funzionali*”, quindi non suscettibili di alternative, che ne avrebbero frustrato le finalità acceleratorie. Tale orientamento è stato, quindi, confermato dalla Commissione speciale incaricata di esprimere parere favorevole sullo schema del decreto di approvazione del Codice (d.lgs. n. 104/2010): infatti, la Commissione, nell'esprimere parere favorevole all'abolizione del ricorso straordinario come rimedio utilizzabile anche per l'impugnazione degli atti di gara pubblica, pur dichiarando di non ignorare che, nella vigenza dell'art. 23-*bis* della legge T.A.R., la specialità del rito non fosse incompatibile col ricorso straordinario, ha concluso nel senso che tale circostanza non potesse considerarsi elemento sufficiente a mettere in discussione la scelta fatta, in quanto il nuovo rito speciale in materia di appalti risulta caratterizzato da elementi di specialità molto più marcati rispetto a quelli che caratterizzavano il rito previsto dall'art. 23-*bis* ⁽¹²³⁾.

Anche se appaiono comprensibili le ragioni sottese alla scelta di escludere il ricorso straordinario con riguardo alla materia degli appalti – come detto, sostanzialmente riconducibili alla incompatibilità del rimedio con la specialità del nuovo rito *ex art.* 120 c.p.a. – non si possono ignorare le obiezioni ed incongruenze cui essa dà luogo.

alla tutela della posizione di coloro i quali ambiscono a poter essere scelti quali contraenti della p.A. e che partecipino o intendano partecipare al relativo procedimento di selezione e vuole assicurare la *chance* di una protezione effettiva in un processo che possa loro assegnare il “*bene della vita*”, ossia la vera e propria posizione contrattuale piuttosto che risarcimenti per equivalente, incerti e sull'*an* e sul *quantum*. Per conseguire questi obiettivi, la direttiva Sulla direttiva 2007/66/CE si vedano, tra i tanti, G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1029 ss.; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2008 e, dello stesso Autore, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2010; F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 123 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 1.

⁽¹²³⁾ Così, testualmente, Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere 1 febbraio 2010, n. 368, in *www.lexitalia*, n. 2/2010, ove si precisa, peraltro, come in sede amministrativa non risulti preclusa la possibilità di ottenere un rimedio risarcitorio, ancorché tale rimedio sia comunque escluso dal prevalente orientamento del massimo Giudice amministrativo (su tale ultimo profilo si veda, *amplius*, il § 8.2).

La prima obiezione – che la stessa Commissione si era prefigurata – è che l’impresa, illegittimamente pretermessa in sede di gara, perderebbe la possibilità di proporre ricorso straordinario per ottenere una tutela solo risarcitoria (¹²⁴).

La questione non appare di poco conto, in specie se si considera che il citato art. 120, comma 1, c.p.a. riserva al sindacato giurisdizionale solo le controversie aventi ad oggetto «*gli atti delle procedure di affidamento*», senza alcun riferimento a quelle risarcitorie, lasciando, quindi, all’interprete la soluzione della questione relativa alla ammissibilità dell’azione risarcitoria proposta in sede straordinaria.

Altra questione attiene alla possibilità di esperire il ricorso straordinario nelle materie soggette al rito abbreviato “comune” ai sensi dell’art. 119 c.p.a. (¹²⁵).

Come già ricordato più sopra (¹²⁶), l’alternatività del ricorso straordinario sussiste con il processo innanzi a T.A.R. e Consiglio di Stato, ossia con la giurisdizione del giudice amministrativo nel suo complesso, a prescindere dal tipo di rito, ordinario o speciale, a meno che non vi sia una disposizione specifica intesa ad escluderne l’esperibilità in particolari materie. E poiché – come si è visto – il Codice del processo amministrativo sancisce un’espressa esclusione del ricorso straordinario, limitatamente alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 120, comma 1, c.p.a., cit.) se ne dovrebbe desumere – argomentando *a contrario* – che, nelle altre materie di cui all’art. 119 c.p.a., il rimedio sia, in astratto, ammissibile.

Senonché, ammettere il ricorso straordinario nelle materie oggetto di giudizio abbreviato presenta delicate implicazioni in ordine alla scelta legislativa “acceleratoria”. Invero, posto che le particolari disposizioni intese a perseguire, nelle materie di cui

(¹²⁴) Cfr., su tali profili, F. CARINGELLA – R. DE NICTOLIS – V. POLI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2009, p. 871 ss..

(¹²⁵) Come è noto, l’art. 119 c.p.a. ha introdotto, per alcune controversie tipicamente individuate, un regime ispirato a particolare concentrazione tra la fase cautelare e quella di merito. La disposizione rappresenta, in un certo senso, l’“*erede principale*” dell’art. 23-*bis* della legge T.A.R. nonché delle varie disposizioni che, successivamente, hanno richiamato la disciplina prevista da tale articolo. Cionondimeno, l’art. 119 non potrebbe definirsi l’unico “*erede*” dell’art. 23-*bis*, perché una parte rilevante del suo contenuto è stata trasfusa in altri articoli del Codice, e, in particolare, nei successivi artt. 120-125. Sulla nuova disciplina del rito abbreviato, cfr., *ex multis*, M. LIPARI, *Commento all’art. 119 c.p.a.*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, p. 1090 ss.; F.G. SPISANI, in *Il nuovo processo amministrativo*, commentario sistematico diretto da R. Caranta, Bologna, 2011, p. 709 ss.; N. PAOLANTONIO, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 480 ss..

(¹²⁶) Si vedano, in particolare, i §§ 2, 3.1 e 3.2.

all'art. 119 c.p.a., una rapida definizione della lite ⁽¹²⁷⁾ si applicano solo in caso di ricorso giurisdizionale (e non in caso di ricorso straordinario), ne deriva che, per identiche materie, si ha (o meno) un'“accelerazione” a seconda che venga seguita la via giurisdizionale o quella amministrativa: ciò che evidenzia, ancora una volta, la “macroscopica” distanza tra il rimedio straordinario e il rimedio amministrativo ⁽¹²⁸⁾.

9. Conclusioni.

Pare, dunque, di poter concludere che, pur a seguito delle recenti modifiche, il ricorso straordinario non possa essere ricondotto all'area della giurisdizione ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁷⁾ Va qui precisato che il riferimento al carattere “*abbreviato*” del rito, contenuto nella rubrica del suddetto art. 119 c.p.a., può considerarsi ben appropriato dal punto di vista descrittivo, giacché la differenziazione delle regole rispetto al giudizio ordinario, seppure basata su tecniche non sempre omogenee (consistenti nella previsione di varie deroghe alla disciplina ordinaria), presenta una matrice unitaria riconducibile proprio all'esigenza di “accelerare” lo svolgimento del processo e la sua conclusione, riducendo i tempi della sua durata complessiva.

Questo obiettivo si realizza attraverso alcune particolari disposizioni, concernenti, essenzialmente, i seguenti profili:

- il dimezzamento dei termini processuali “interni” del giudizio;
- la previsione di un giudizio “accelerato (o abbreviato) di merito – eventuale” derivante dall'accoglimento della domanda cautelare;
- la pubblicazione anticipata del dispositivo (ora divenuta eventuale perché subordinata ad apposita richiesta di parte).

⁽¹²⁸⁾ Non è mancato, al riguardo, chi ha ritenuto che il legislatore avrebbe dovuto prevedere un procedimento “accelerato” anche nel caso di ricorso straordinario nelle materie indicate nell'art. 119 c.p.a.; ma, sotto tale profilo, mancava una delega legislativa per intervenire anche sul ricorso straordinario: cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 10.5. In argomento, si veda, inoltre, la interessante pronuncia T.A.R. Marche, Ancona, 25 marzo 1999, n. 325, *ivi*, che ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 19 del d.l. n. 67/1997, nella parte in cui aveva previsto il dimezzamento dei «*termini processuali*», nei giudizi in materia di progettazione e realizzazione di opere pubbliche (senza occuparsi del caso in cui la controversia venisse instaurata con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), sollevata dalle Amministrazioni resistenti in relazione agli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost.. In tale occasione, il T.A.R. Marche rilevava come la citata disposizione, stante il suo carattere eccezionale, non fosse suscettibile di applicazione analogica nei casi in cui le controversie tassativamente elencate nell'art. 19 cit., venissero proposte al Capo dello Stato con ricorso straordinario, osservando, in particolare, che «*le problematiche poste dal ricorso straordinario, già caratterizzato da un unico grado decisionale*» non fossero tali da imporre le stesse misure “eccezionali” previste per il contenzioso giurisdizionale, «*nel quale maggiormente si erano riscontrate disfunzioni derivanti dalla durata dei processi*».

⁽¹²⁹⁾ Altra rilevante differenza rispetto al ricorso giurisdizionale attiene alle misure cautelari: infatti, come già ricordato (nel § 3.2), l'art. 3, comma 4, della legge n. 205/2000 dispone che, su richiesta del

Riaffermare la natura amministrativa del ricorso straordinario non significa, tuttavia, svuotare di significato la riforma.

L'aver previsto la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale di costituzionalità e l'aver rafforzato il ruolo decisorio del Consiglio di Stato ha, di certo, "irrobustito" la funzione giustiziale di un rimedio volto unicamente alla imparziale applicazione del diritto. Nella stessa prospettiva, va letta anche l'estensione del rimedio dell'ottemperanza alle decisioni rese sui ricorsi straordinari, operata da un recente orientamento della Cassazione e del Consiglio di Stato in virtù della «*assimilazione*» del rimedio straordinario a quello giurisdizionale; assimilazione che non può che comportare un'eguaglianza nella effettività delle due tutele, ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione ⁽¹³⁰⁾. Inoltre, l'aver equiparato l'ambito di operatività del rimedio straordinario all'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo dovrebbe indurre a ritenere superati i dubbi emersi, in passato, con riguardo all'esperibilità del ricorso straordinario nei confronti di atti amministrativi regionali o di Autorità indipendenti ⁽¹³¹⁾.

ricorrente e qualora vengano allegati danni gravi ed irreparabili, derivanti dall'esecuzione del provvedimento impugnato, il Ministro competente per l'istruttoria possa, con decreto motivato e previo parere conforme del Consiglio di Stato, sospendere, in via cautelare, gli effetti. In sede di ricorso straordinario, è, però, prevista – quale misura cautelare – soltanto la sospensione del provvedimento impugnato, e ciò con una notevole diversità di disciplina rispetto alla cautela giudiziale che, come noto, a seguito della medesima legge n. 205/2000, non è più limitata alla sospensione, ma comprende tutte le misure – inclusa anche l'ingiunzione al pagamento di una somma di denaro – che appaiono più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della sentenza. Inoltre, non si possono non considerare i limiti connessi al regime di impugnabilità della decisione resa sul ricorso straordinario; limiti che si ricollegano, ancora una volta, al principio dell'alternatività. È noto, infatti, che in linea generale (e cioè al di fuori dei casi in cui il ricorso non sia stato notificato al contro interessato), la suddetta decisione può essere impugnata innanzi al giudice amministrativo soltanto per "vizi di forma o di procedimento" (*errores in procedendo*) concernenti esclusivamente momenti del procedimento successivi alla emanazione del parere da parte del Consiglio di Stato. Si vedano, su tali profili, M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, op. cit., pp. 641-642 e M. CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, p. 196. Cfr., inoltre, sulle misure cautelari ammesse in sede di ricorso straordinario, Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 3 maggio 1991, n. 16, cit., in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 533, con nota di C.E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, cit., *ivi*, p. 548.

⁽¹³⁰⁾ In senso analogo F. D'ORO, op. cit., p. 371.

⁽¹³¹⁾ Su cui si veda, *supra*, il § 2.

Sembra, dunque, che lo scopo della riforma – anche sulla base di istanze provenienti dall’Unione Europea ⁽¹³²⁾ – sia stato quello di dar vita ad un rimedio realmente alternativo alla giurisdizione; rimedio che, per essere tale, necessitava di un «*particolare assetto organizzativo, che elimina ogni forma di dipendenza dal Governo*» ⁽¹³³⁾.

Cionondimeno, l’estensione al ricorso straordinario delle garanzie costituzionali proprie del ricorso giurisdizionale ⁽¹³⁴⁾, nonché le riforme operate dalla legge n. 69/2009 e dal Codice del processo amministrativo, pur valorizzando il principio di alternatività (ossia la facoltà del ricorrente di scegliere tra rimedio straordinario e ricorso giurisdizionale), non renderebbero i due rimedi identici tra loro ⁽¹³⁵⁾.

Si tratta, a ben vedere, di una assimilazione sotto il profilo della effettività; infatti, come si è visto, il ricorso straordinario resta un rimedio con determinate caratteristiche, di natura amministrativa, più rapido ed economico rispetto a quello giurisdizionale e non soggetto al doppio grado di giurisdizione.

Del resto, se i due rimedi fossero disciplinati in maniera perfettamente identica, il ricorso straordinario sarebbe un “doppione” inutile del ricorso giurisdizionale e non verrebbero valorizzate le differenze tra di essi.

Sotto tale profilo, non sembra, dunque, opportuna la riduzione dell’ambito di applicazione del ricorso straordinario ad opera del Codice del processo amministrativo e, in particolare, dell’art. 7, comma 8, c.p.a., che ammette l’esperibilità del ricorso straordinario «*unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione*

⁽¹³²⁾ Come rilevato da A. PAJNO, op. cit., p. 3, «*Non soltanto, infatti, gli atti normativi comunitari spingono verso la realizzazione, nei Paesi membri, di forme non giudiziarie di tutela, ma si vanno formando nell’ordinamento comunitario una serie di nozioni e di istituti che sembrano rendere in qualche modo necessaria la presenza di forme e sedi di tutela non giudiziarie*». Nel medesimo senso G. MARTINI, op. cit., p. 8.

⁽¹³³⁾ In questo senso espressamente A. PAJNO, op. cit., p. 10 ss., ad avviso del quale «*L’amministrazione giustiziale si caratterizza come fenomeno eminentemente organizzativo, dal momento che è attraverso i modelli organizzativi e procedurali che viene garantita l’imparzialità e quella condizione strutturale di essa che è l’indipendenza*». In senso analogo L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, cit., Milano, 2008, p. 307 ss..

⁽¹³⁴⁾ Estensione, peraltro, parziale, in quanto, come si è osservato nel § 6, il ricorso straordinario resta caratterizzato dalla segretezza dell’istruttoria e dalla mancanza di un contraddittorio in forma orale.

⁽¹³⁵⁾ Come rilevato anche da F. D’ORO, op. cit., p. 372.

amministrativa». Tale disposizione – come rilevato anche da altri ⁽¹³⁶⁾ – sembra essere strettamente legata alla tesi che afferma la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, presupponendo una completa omogeneizzazione tra i due rimedi. Inoltre, essa non sembra coerente con l'impostazione recentemente assunta dalla Corte di cassazione ⁽¹³⁷⁾, che ha affermato l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza anche con riguardo ai decreti presidenziali di accoglimento del ricorso straordinario, pur sottolineando che, dal punto di vista sostanziale, i due rimedi si distinguono l'uno dall'altro.

Né appare coerente con tale impostazione la previsione dell'art. 120, comma 1, c.p.a., cit., che – pur perseguendo l'obiettivo di una celere definizione delle controversie in tale settore – priva la materia degli appalti pubblici di un importante strumento di deflazione del contenzioso giurisdizionale amministrativo ⁽¹³⁸⁾.

Ugualmente contraddittorie appaiono quelle previsioni – recentemente introdotte ⁽¹³⁹⁾ – che hanno espressamente annoverato il ricorso straordinario tra i rimedi del sistema giudiziario, sottoponendolo alla stessa disciplina sul contributo unificato prevista per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato.

⁽¹³⁶⁾ Nello stesso senso F. D'ORO, op. cit., p. 373.

⁽¹³⁷⁾ Si fa qui riferimento alla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 2065/2011 (su cui si vedano, *supra*, i §§ 5 e 7) che definisce «*la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza*» (cfr. il § 2.15. della motivazione). In senso analogo, nella giurisprudenza amministrativa, cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, cit., in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, p. 1001, secondo cui in assenza di una chiara presa di posizione del legislatore, il moto di avvicinamento del ricorso straordinario a quello giurisdizionale può essere solamente tendenziale, senza tradursi in una completa equiparazione dei due rimedi.

⁽¹³⁸⁾ Secondo P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, op. cit., § 5, la disposizione succitata avrebbe, invece, il pregio di riconoscere «*la competenza del codice di ricomprendere anche il ricorso straordinario all'interno dell'intervento di riordino normativo nell'ambito del processo amministrativo, ancorché la delega facesse riferimento espresso al processo avanti ai Tribunali Amministrativi Regionali ed al Consiglio di Stato*».

⁽¹³⁹⁾ Ci si riferisce all'art. 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 e, in particolare, al comma 6, lett. s), di tale disposizione, che ha modificato l'art. 13, comma 6 *bis*, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sul contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato. Si vedano, su tali profili, P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, op. cit., § 4 e F. D'ORO, op. cit., p. 374.

Inoltre, come si è già sottolineato, le recenti acquisizioni in tema di “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario (¹⁴⁰) sembrano essere contraddette dalla permanenza, nell’ambito del rimedio in esame, di un “doppio binario” interno ai fini dell’accesso alla tutela risarcitoria.

Alla luce delle rilevate contraddizioni nonché delle problematiche relative all’incidenza del Codice del processo amministrativo sulla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, si ritiene, quindi, opportuno un intervento normativo che chiarisca e completi la disciplina stessa, al fine di eliminarne alcune evidenti criticità, senza, però, privare il ricorso straordinario di quegli elementi distintivi che lo rendono un importante strumento di deflazione del contenzioso (¹⁴¹).

⁽¹⁴⁰⁾ Su cui, si veda, *supra*, il § 8.2.

⁽¹⁴¹⁾ Ad analoghe conclusioni giungono F. D’ORO, op. cit., pp. 374-375 e M. CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, op. cit., pp. 202-203, secondo cui «L’assenza di una discussione orale, la perdurante non eseguibilità del rimedio dell’ottemperanza, la particolare segretezza della fase istruttoria e, in special modo, l’affidamento di quest’ultima alle cure del solo Ministro competente, inducono a non poter ancora riconoscere nel ricorso straordinario al Capo dello Stato una effettiva e compiuta espressione della funzione giustiziale della pubblica amministrazione».