

Armando Pozzi

# **RIFLESSIONI SULLA C.D. GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL RICORSO STRAORDINARIO.\***

\* testo integrato della Relazione tenuta il giorno 13 gennaio 2014 presso il TAR Lazio nel corso dell'incontro organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

## **INDICE**

**1. INTRODUZIONE. GLI ANTEFATTI. - 2. I PASSAGGI NORMATIVI DELLA “GIURISDIZIONALIZZAZIONE”. - 3. IL RICORSO STRAORDINARIO COME RIMEDIO “SOSTANZIALMENTE GIURISDIZIONALE”. - 4. I PROBLEMI DI COSTITUZIONALITA’. 4.1 Osservazioni critiche. - 5. I FATTORI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE: ALTERNATIVITA’. - 6. segue: LEGITTIMAZIONE DELLE SEZ. CONSULTIVE DEL CDS. A SOLLEVARE QUESTIONE DI COSTITUZIONALITA’. - 7. segue: L’OTTEMPERENZA. - 8. segue: RICORRIBILITA’ PER CASSAZIONE. - 9. ELEMENTI/EFFETTI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE. LA SIMMETRIA CON IL RICORSO AL TAR: ART. 7/co.8 C.P.A.. - 10. ELEMENTI OSTATIVI AD UNA VERA GIURISDIZIONALIZZAZIONE. 10.1 Atto di opposizione. 10.2 Materie escluse. 10.3 Istruttoria, contraddittorio e trasparenza. 10.4 Inapplicabilità di fondamentali istituti processuali. - 11. CONCLUSIONI: IL RICORSO STRAORDINARIO VA MANTENUTO O ABOLITO? 11.1 Elementi di impedimento alla totale giurisdizionalizzazione. 11.2 Tempi del procedimento. 11.3 Spese del procedimento. 11.4 Ruolo dell’Amministrazione referente. 11.5 Elementi statici e strutturali. 11.6 Elementi culturali ed ordinamentali.**

### **§ 1. INTRODUZIONE. GLI ANTEFATTI.**

Tornare a parlare, ancora una volta, di un istituto le cui prospettive di morte sono inversamente proporzionali alla quantità di contributi scientifici ed interventi giurisprudenziali su di esso è impresa ardua, inutile e politicamente scorretta.

**Politicamente scorretta, perché – come dirò nel corso di questo intervento – una trattazione sul ricorso straordinario non può prescindere da un esame più complesso degli assetti strutturali ed ordinamentali della Giustizia amministrativa, che vada a toccare argomenti antichi ma rimasti irrisolti, primo dei quali i mai sopiti pericoli di commistione tra politica-amministrazione-giurisdizione: pericoli a fronte dei quali appaiono destinati a fallire – in un periodo di richieste di profondi, radicali e convinti mutamenti che salgono dalla società – i tentativi di autogiustificazione, autoassoluzione e referenzialità.**

**Ardua, perché il rimedio del ricorso al Capo dello Stato implica una tale mole di dati e riflessioni, da non potersi adeguatamente esaurire in un discorso di poche pagine.**

**Inutile, perché all'argomento si sono dedicati da sempre, sul lato speculativo, decine di autori (avvocati, professori, magistrati) con ampiezza di riferimenti dottrinari e giurisprudenziali, nonché con ricchezza, varietà e profondità di opinioni, che hanno saturato il campo della ricerca. Citarli tutti è impossibile: basterà ricordare (e mi scuso per le infinite ed inammissibili omissioni) gli apporti più ampi di colleghi e amici di lunghissima data e quelli più recenti del mondo accademico e forense [ LODI, VOLPE, TRAVI, BERTONAZZI-2, MORELLI-3].**

**Io stesso me ne sono a più riprese occupato, in tempi ormai non recenti, arrivando, allora, a conclusioni diverse da quelle che ho maturato nel corso degli anni successivi.**

**Esattamente dieci anni fa, ebbi, infatti, occasione di rilevare – anche sulla base della lunga esperienza maturata in seno, contestualmente, alla Seconda Sezione consultiva ed alla Sezione Atti Normativi del CdS - che i motivi dell'attualità del ricorso straordinario, come “sufficientemente” efficace strumento di tutela del cittadino, potessero rinvenirsi, sul piano concettuale – ed al di là, ovviamente, della forza della tradizione rappresentata dall'essere stato, tale rimedio, l'unica forma di difesa contro il potere amministrativo dal 1865 al 1889 - nella stessa qualificazione e nozione di straordinarietà. Quest'ultima, infatti, va riferita comparativamente alla ordinarietà del ricorso al TAR ed è individuata nel fatto che tale rimedio è un ricorso amministrativo sui generis, che tiene luogo di quello giurisdizionale, sostituendosi ad esso per fini essenzialmente recuperatori di un termine per agire altrimenti scaduto e con caratteri di snellezza, informalità, economicità e celerità; caratteri, tutti, derivanti da una serie di precisi dati normativi: non necessità di difensore, redazione del ricorso in termini semplificati, concentrazione e definizione in unico grado.**

**Osservavo, allora, che:**

**- il ricorso in oggetto è formalmente, secondo l'impostazione tradizionale, atto amministrativo in tutte le sue manifestazioni procedurali (“ relazione”, “parere”, decreto presidenziale) ma “sostanzialmente” ha contenuto decisorio;**

- la decisione è assunta da un organo “giudicante”, i cui componenti, tutti e, almeno sulla carta, indifferenziatamente (salve consolidate prassi contrarie di assegnazione dei consiglieri di Stato non di concorso prevalentemente alle sezioni consultive), esercitano funzioni consultive e giurisdizionali in posizione di indipendenza esterna, dunque in virtù di appartenenza ad un ordinamento giudiziario;

di conseguenza, esso è funzionalmente identico al ricorso giurisdizionale.

Il parere reso dal CdS ha, infatti, contenuto simile a quello di una sentenza, tenuto conto anche della quasi identità di formule usate sia nell’art. 13 del DPR n. 1199/1971, che dell’art. 26 della legge n. 1034/1971 per descrivere la tipologia dei poteri decisorii affidati, rispettivamente, al giudice ed alla sezione consultiva del CdS.

A fronte di questa doppia veste in cui opera il parere del CdS - amministrativa, trattandosi formalmente di esercizio di attività consultiva resa nella forma del parere, e giurisdizionale per funzione e contenuto - ritenevo che dovesse essere data prevalenza a quest’ultima, altrimenti non si sarebbe spiegato il regime di alternatività con il ricorso giurisdizionale, che presupporrebbe, appunto, un’identità funzionale fra i due strumenti di tutela: identità ravvisabile, tra l’altro, nel fatto, noto, che il criterio di preferenza per quello giurisdizionale non opera nei confronti del ricorrente, in base a quanto disposto dall’art. 8, comma 2, del DPR n. 1199/1971, secondo cui *“Quando l’atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato “* [POZZI-1].

## **§2. I PASSAGGI NORMATIVI DELLA “GIURISDIZIONALIZZAZIONE”.**

Da allora, l’opinione della avvenuta giurisdizionalizzazione - termine da me già allora usato ed ormai ripetutamente e diffusamente invalso nel linguaggio di dottrina e giurisprudenza (*per tutti v. la lunga motivazione di Cass. civ. Sez. III, 2-9-2013, n. 20054, ancora citata oltre*) - del rimedio in parola sembrerebbe rafforzata, non solo attraverso l’opera – seppur saltuaria ed incostante - dei Giudici nazionali, nonché di quelli comunitari, di innesto degli aspetti processuali tipici del ricorso al TAR (rimettibilità alle Corti nomofilattiche, Costituzionale e di Giustizia UE, eseguibilità per ottemperanza, tutela cautelare, ecc.), ma anche attraverso un continuo intervento di rivitalizzazione – o di chirurgia estetica superficiale, come pure è stato detto a proposito degli interventi normativi operati su quello che la Corte costituzionale definì come “ircocervo” [DAPAS-VIOLA, par. 2 ] - da parte del legislatore, le cui tappe salienti sono state già ampiamente evidenziate in dottrina [ per tutti DAPAS; VIOLA, par.1] e che possono sintetizzarsi nel modo seguente.

1- L'estensione della tutela cautelare al ricorso straordinario, ad opera dell'art. 3, comma 44, della L. 21 luglio 2000, n. 205, il quale ha previsto, che, nell'ambito di tale rimedio, possa essere concessa, a richiesta del ricorrente che abbia allegato danni gravi e irreparabili, la sospensione dell'atto impugnato, disposta con atto motivato del Ministero competente, ai sensi dell'art. 8, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, su "conforme parere" del Consiglio di Stato;

2) la previsione dell'art. 245, comma 2, del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) che, sia pure per un breve periodo (sino alle novelle del 2010), aveva esteso l'applicabilità del giudizio di ottemperanza ai decreti di accoglimento di ricorsi straordinari aventi ad oggetto atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici e atti dell'Autorità di vigilanza sugli stessi;

3) il riconoscimento della possibilità di sollevare questione di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato in sede di parere e l'eliminazione della possibilità di discostarsi, in sede decisoria, dal contenuto del parere stesso (art. 69 della L. 18 giugno 2009, n. 69); possibilità che recentemente è stata estesa alle sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana (*C. Cost. 13 novembre 2013, n. 265*);

4) la previsione dell'art. 7, comma 8, c.p.a., che ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario unicamente alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, così escludendo la proponibilità del ricorso a tutela di posizioni di diritto soggettivo, in precedenza ammessa dalla giurisprudenza consultiva (*Ad. Gen. n. 9/1999*);

5) la nuova disciplina dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al giudice amministrativo, prevista dall'art. 48 del c.p.a., il quale ha riconosciuto la facoltà di opposizione di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 1199/19, in favore di tutte le parti nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario (comma 1); con l'aggiunta ( *rectius: conferma: v. art. 10, comma 2, DPR n. 1199*) di quella particolare forma di *traslatio iudicii* prevista dal comma 3 dello stesso art. 48, con la quale il legislatore avrebbe mostrato " di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio" trasposto al TAR (*Ad. Plen., n. 9/20'13 sub p. 4.1.3 motivazione*);

6) la revisione della disciplina fiscale del ricorso straordinario (con l'abbandono della sua tradizionale non onerosità), operata dall'art. 37, comma 6, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (conv. dalla L. 15 luglio 2011, n. 111) che ha esteso l'obbligo di pagamento del contributo unificato al ricorso straordinario, analogamente a quanto previsto per l' "ipotesi-base" di ricorso giurisdizionale amministrativo ( 650 € ), da scomputare dal contributo eventualmente più elevato dovuto in caso di trasposizione al TAR.

7) da ultimo, ma non ultima, è la radicale novità (dai più trascurata) introdotta dall'art. 15 della legge n. 205/2000, sulla “*pubblicità dei pareri del Consiglio di Stato*”, per cui tutti i pareri (ovviamente compresi quelli su ricorso straordinario) sono pubblici e recano l'indicazione del presidente del collegio e dell'estensore: con ciò abbandonandosi la secolare, deleteria prassi – inconcepibile per le sentenze - dell'anonimato dell'estensore; anonimato. che metteva quest'ultimo al riparo da ogni critica (che si fa ordinariamente alla sentenza, ma, implicitamente, al suo estensore), ovvero, all'opposto, lo privava di ogni apprezzamento e riconoscimento professionale: con possibili involuzioni psicologiche ed ordinamentali di deresponsabilizzazione o demotivazione.

### **§3. IL RICORSO STRAORDINARIO COME RIMEDIO “ SOSTANZIALMENTE GIURISDIZIONALE “.**

Nella più recente giurisprudenza, gli effetti delle ricordate novelle legislative sono stati condensati in un' espressione verbale, che ha trovato consensi trasversali nei due Organi di vertice della giurisdizione Ordinaria ed Amministrativa.

Si tratta della ormai nota formula materialistica “*dell'assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale*” (CdS, Ad. Plen. n. 9/2013 sub p. 4 motivazione); qualificazione, da cui si trae, tra l'altro, il duplice corollario dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza al decreto presidenziale e del radicamento della relativa competenza, in unico grado, del Consiglio di Stato, stante la “*collocazione del decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell'art. 112, comma 2.*” (Ad, Plen. n. 9/2013 sub p. 5.2. motivazione, conforme a Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18; Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, “*capostipite*” delle successive: 10 marzo 2011, n. 5684; 28 aprile 2011, n. 9447; 19 luglio 2011, n. 15765; 13 ottobre 2011, n. 21056; 22 dicembre 2011, n. 28345; 28 dicembre 2011, n. 29099; 15 marzo 2012, n. 2129, n. 2818).

In definitiva, il decreto presidenziale che recepisce il parere del CdS - pur non essendo, in ragione della natura dell'Organo che definisce il procedimento e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente non giurisdizionale - è il risultato di una “*matrice sostanzialmente giurisdizionale*”, la quale culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti (Ad. Plen. n. 9/2013, cit.) .

#### §4. I PROBLEMI DI COSTITUZIONALITA' (in rapporto agli artt. 102, 103 e 125 Cost. e VI Disposizione att. Cost.).

L'uso abbondante di avverbi di modo ("sostanzialmente", "materialmente", "geneticamente", "tendenzialmente", ecc.) per tentare di qualificare in termini convincenti il rimedio straordinario, onde collocarlo tra quelli propri della giurisdizione, mi sembra un indice evidente, sul piano della terminologia, dell'imbarazzo degli interpreti a fornire accreditamenti e certezze ad un istituto di tutela, che resta comunque ancora un "irrocervo" (*Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298*), un ibrido "a mezza via" tra amministrazione e giurisdizione, per ricordare l'espressione usata da Mortati nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico del 1976* (pag. 1340).

Le ragioni dell'imbarazzo sono molteplici.

L'attribuzione di una natura " sostanzialmente " giurisdizionale ad un parere emesso da un organo consultivo, che fornisce pareri (facoltativi ed obbligatori) alle amministrazioni anche oltre i ricorsi straordinari, e che, in quanto tale, Giudice non è, pone, anzitutto, indubbi problemi di costituzionalità, soprattutto con riguardo al principio di tassativa e tipicità degli Organi giurisdizionali, enunciato nelle disposizioni del Titolo IV della Costituzione. Problemi superati, con una certa disinvoltura, dalla giurisprudenza, anche ordinaria.

Secondo la Cassazione, infatti (*Sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, costituente paradigma per le successive, conformi, tra cui Sez. Unite, Sent., 6 settembre 2013, n. 20569*) le innovazioni legislative susseguitesi nel tempo, e in particolare quelle introdotte con la legge n. 69 del 2009, vengono valutate come processi di revisione di organi speciali di giurisdizione (ai sensi della sesta disposizione transitoria Cost.). Si tratterebbe, cioè, di un intervento normativo su uno strumento di giustizia già esistente prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Pertanto, la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui assume a presupposto e fa necessariamente proprio il contenuto del parere del Consiglio di Stato, rientrerebbe a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost., comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa. Tra gli altri organi di giustizia amministrativa si inserirebbe, sempre secondo la Cassazione, anche il Consiglio di Stato in sede consultiva, se non addirittura il Capo dello Stato (che è, comunque, il referente ultimo della "decisione di giustizia").

L'Adunanza plenaria, nelle due (immediatamente successive) sentenze 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10, non si discosta dalle argomentazioni della Cassazione; anzi, ricalca letteralmente le

conclusioni cui giungono le Sezioni unite, aggiungendo l'ulteriore riferimento alle vicende interessanti le Commissioni tributarie.

Si tratta di acquisizioni subito consolidate nelle pronunce successive, anche se non sono mancati singoli spunti di distinzione temporale, laddove si è ritenuto che per i decreti presidenziali su ricorso straordinario emessi prima della novella della legge n. 69/2009 debba continuare a predicarsi la natura amministrativa di quel decreto. insuscettibile di costituire giudicato in senso formale (*Cass. civ. Sez. Unite, 6-9-2013, n. 20569*).

In una vicenda relativa a sanzioni disciplinari nei confronti di notai, risolta prima con ricorso straordinario e poi innanzi la Corte d'Appello di Firenze, la Cassazione, infatti, ha tracciato una precisa linea di demarcazione temporale, rappresentata dal 16 settembre 2010, la quale può dirsi la data in cui, secondo la ricostruzione fatta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 23464/2012, la discussa natura del procedimento su ricorso straordinario davanti al Capo dello Stato, si è trasformata, almeno sul piano dell'esegesi della legge ordinaria, in processo giurisdizionale "equipollente" a quello innanzi al TAR, che si conclude con una decisione atta a dar luogo alla cosa giudicata (*Cass. civ. Sez. III, 2-9-2013, n. 20054*).

#### §§ 4.1 OSSERVAZIONI CRITICHE.

Il percorso argomentativo seguito dalle sopra riportate sentenze, cioè quello della semplice revisione di un organo di giurisdizione preesistente alla Costituzione, non convince: sia perché non è convincente il parallelismo fatto dall'Adunanza Plenaria con le Commissioni tributarie, ritenute dalla Consulta nel 1974 – e peraltro in revirement di precedente pronuncia del 1969 – come giudici a pieno titolo sin dalle loro origini (mentre qui il pieno titolo risalirebbe solo al 2009); sia perché il ricorso straordinario, nella sua configurazione originaria - e per molti decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione - è stato considerato mero rimedio di giustizia "ritenuta" (una volta dal Sovrano), quindi non "rimessa" ai giudici e perciò semplicemente giustiziale (*Corte Cost. n. 298 del 1986 e n. 282/2005; Cass., sez. un., 17 gennaio 2005, n. 734; Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978*).

Insomma, si vorrebbe far acquisire al decreto decisivo del ricorso straordinario carattere di giurisdizionalità non originario ma acquisito ex post solo di recente, proprio con l'intervenuta revisione normativa.

V'è da aggiungere un ulteriore elemento di forte perplessità rispetto alle motivazioni recate nella sentenza del CdS in commento.

La distinzione, predicata dall'Adunanza Plenaria, tra giurisdizione sostanziale e formale non trova – come rileva con il suo consueto acume Franco Scoca in un recente commento

[SCOCA, par. 8] – alcun supporto nel nostro ordinamento, il quale non conosce, a differenza, ad esempio, di quello francese, la categoria degli organi giurisdizionali contrapposta a quella degli organi giudiziari, cioè i veri giudici .

#### **§5. I FATTORI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE. L' ALTERNATIVITA'.**

E' opinione consolidata e risalente che l'alternatività - dapprima sancita nel secondo comma dell'art. 34 del testo unico delle leggi sul CdS (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), quindi riaffermata nel secondo comma dell'art. 8 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e nell'art. 20, terzo comma, della legge istitutiva dei TAR, 6 dicembre 1971, n. 1034, nonché, ellitticamente, assunta a presupposto dagli artt. 48, 120 e 128 c.p.a. (i quali, ultimi, escludono l'azionabilità del ric. straord. in materia di appalti pubblici ed elettorale) - comporta la scelta, insindacabile (ma anche irreversibile), di impugnare il provvedimento lesivo in una delle due sedi possibili (*C. Cost.*, 2 luglio 1966, n. 78); quindi, ad esempio, ove sia emesso un ulteriore provvedimento lesivo, esso non deve essere obbligatoriamente censurato – ad es. tramite motivi aggiunti - con lo stesso strumento processuale già utilizzato.

Il principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al TAR comporta, di conseguenza, l'inammissibilità del ricorso proposto per secondo, ma solo se si tratta della medesima domanda e, cioè, dell'impugnazione dello stesso atto (*Cons. St.*, *Sez. IV*, 15 giugno 2012 n. 3534); irrilevanti essendo i motivi, eventualmente diversi, proposti in entrambe le sedi, quella giurisdizionale e quella “sostanzialmente“ giurisdizionale, tenuto conto che il ricorso straordinario definisce tutte le questioni inerenti l'atto impugnato, comprese quelle non dedotte o non rilevate (*Cons. St.*, *sez. IV*, 30 luglio 2012, n. 4324; *sez. IV*, 7 dicembre 2000, n. 6502; *Cons. giust. sic.*, 22 dicembre 1988, n. 246).

Si vuole evitare, così, l'aggiramento del principio su basi formalistiche.

Peraltro, neppure può eccedersi nell'aspetto sostanzialistico.

L'art. 8, comma 2, del D.P.R. n. 1199 del 1971, infatti, per costante giurisprudenza non è suscettibile di applicazione analogica (*Ad. Plen.*, 15 marzo 1989 n. 5; *Sez. IV*, 31 dicembre 2003, n. 9292; *Sez. I*, 24 settembre 2003, n. 3460) e non può essere interpretato nel senso che sia pronunciata in ulteriori e diversi casi l'inammissibilità di un secondo ricorso.

La conseguenza più immediata è che il TAR adito per l'annullamento di atto consequenziale ad altro atto presupposto impugnato con il rimedio straordinario (ad esempio, esclusione dal concorso o dalla graduatoria disposta sulla base di un'illegittima prescrizione del bando) non può dichiarare inammissibile il “suo“ gravame, ove siano stati dedotti vizi di illegittimità derivata.



**Quindi, vale un principio di reciproca autonomia.**

**Risulterebbe, pertanto, confermata la natura “sostanzialmente“ giurisdizionale del ricorso straordinario, attraverso un principio (corollario di quello di alternatività) di competenza esclusiva (una volta scelto il gravame straordinario), non derogabile da criteri di attrazione in favore del TAR.**

**Tuttavia, l’esistenza di due distinti binari sui quali corre la tutela del cittadino crea non pochi problemi di coordinata armonia fra i vari tempi di percorrenza e definizione della causa.**

**Ad esempio, se il TAR si pronuncia sull’atto consequenziale annullandolo per vizi suoi propri prima della decisione sul ricorso straordinario contro l’atto presupposto, quest’ultima dovrà probabilmente avere contenuto di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse; ma se al TAR dovessero essere proposti solo vizi di illegittimità derivata da quella dell’atto presupposto, è evidente che non ci potrà essere alcuna declaratoria di improcedibilità del rimedio giurisdizionale ordinario, tenuto conto che l’accoglimento del ricorso straordinario non potrà travolgere anche l’atto successivo impugnato innanzi al TAR; a meno di voler far uso del sempre problematico istituto del vizio caducante.**

**La giurisprudenza risolve queste discrasie con l’istituto della sospensione del giudizio avente ad oggetto il provvedimento consequenziale, previsto dall’art. 79, comma 1, c.p.a. e dall’art. 295 c.p.c. (*Cons. St., Sez., VI, 18-9-2013, n. 4650*).**

**Si tratta, tuttavia, di una soluzione non sempre soddisfacente sul piano della tempestività (e quindi effettività) della tutela, quando il processo pregiudiziale marci con tempi biblici e l’altro, invece, ad alta velocità.**

**Non si tratta di ipotesi di scuola, perché è quanto accade, ad esempio, al TRGA di Trento, ove i ricorsi vengono ormai definiti in ben meno di un anno. E’ per questo che, da quando ho la responsabilità del predetto Tribunale, cerco di evitare quanto più possibile la sospensione per pregiudizialità (anche nei confronti del G.O. o del TRAP), la quale lascerebbe il giudizio “appeso” a tempo indeterminato. Preferisco adottare la tecnica dell’ordinanza collegiale istruttoria “impropria“ (non avente, cioè, vere finalità di acquisizione probatoria), con la quale si chiede all’organo giudiziario che si occupa della causa connessa di fornire notizie sui tempi del processo, segnalando nel contempo allo stesso organo giurisdizionale “esterno” la necessità di definire al più presto il giudizio pendente avanti a lui, seppur con la formula di cortesia “nei limiti di quanto consentito dal carico di lavoro”.**

**A questo punto, non posso non rilevare che un vero processo di giurisdizionalizzazione dovrebbe attestarsi anche su un principio di prevenzione, attrazione e concentrazione per connessione (cfr. art. 43 c.p.a.), in base al quale, una volta scelto il ricorso straordinario, tutte**

le questioni connesse e consequenziali dovrebbero incardinarsi nella medesima sede straordinaria.

D'altra parte, un principio di concentrazione attrattiva è emerso nella stessa giurisprudenza, laddove, ad esempio, si è dichiarata l'inammissibilità dell'atto di opposizione per trasposizione a motivi aggiunti a ricorso straordinario, ove non sia stata tempestivamente chiesta la trasposizione del ricorso straordinario originario: ciò per dichiarati fini di unitarietà e concentrazione (*T.A.R. Umbria, 12 luglio 2011, n. 203, commentata sinteticamente dalla collega Giulia Ferrari su Giornale Dir. Amm., 2011, 10, 1129*).

Ulteriore corollario del principio di alternatività è la non proponibilità del ricorso giurisdizionale contro il decreto decisorio di un ricorso straordinario, da parte del soggetto che abbia assunto la qualità di parte nel procedimento straordinario, essendo stato ritualmente instaurato il contraddittorio nei suoi confronti: costui potrà impugnare il decreto presidenziale solo per vizi di forma o di procedimento. Soltanto il soggetto che non sia stato parte del procedimento o non vi sia stato comunque evocato può impugnare lo stesso decreto per qualunque ulteriore vizio di legittimità (*Cons. St., Sez. III, 10 marzo 2012, n. 1363*).

#### **§6. segue: LEGITTIMAZIONE DELLE SEZ. CONSULTIVE DEL CDS A SOLLEVARE QUESTIONE DI COSTITUZIONALITA'.**

L'ampliamento, sotto il profilo oggettivo, dell'area di esercizio «*di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, da parte di organi pur estranei alla giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura*», risale agli anni '60 del '900 [SCOCA, par. 10].

L'ampliamento sotto il profilo soggettivo, consistente «*nello svolgersi del procedimento alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale*», risale addirittura agli anni '50 del secolo scorso, quindi agli albori della giurisprudenza costituzionale: si è formato in relazione a procedimenti di volontaria giurisdizione, che non sono propriamente giurisdizionali per il difetto di controversie da risolvere [SCOCA, cit.].

La lettura estensiva dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, il quale si riferisce espressamente ad “un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale”, si è consolidata con la sentenza della Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226, che ha ritenuto ammissibile la questione sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo [SCOCA, note 28, 29 E 30].

Da qui, il successivo passaggio per l'ulteriore ampliamento in via pretoria della portata del citato art. 23 non era certo imprevedibile.

Infatti, la Seconda Sezione consultiva del Consiglio di Stato, all'inizio degli anni 2000, si avventurò per tale strada con una serie di pareri resi su ricorsi straordinari, ispirati al principio di effettività di tutela, la quale non può essere negata sulla base di una norma costituzionalmente illegittima: Cons. St., sez. II, 27 marzo 2002 n. 534/2001, inedita; sez. II, 26 marzo 2003, n. 2898/2002, che riprese integralmente la motivazione del precedente parere.

Oggi, quell'indirizzo extra legem – peraltro contrastato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 254/2004, la quale, ripudiando la tesi della natura “ sostanzialmente decisoria “ del parere su ricorso straordinario su cui la seconda Sezione dello stesso Consiglio aveva ritenuto la propria legittimazione a sollevare la q.l.c., ribadì la natura amministrativa del rimedio straordinario - è stato legificato e, quindi, sul piano dei principi, non pone più problemi (se non quelli connessi alla forma della trasmissione alla Corte ed alla riassunzione dopo la sua sentenza).

Infatti, come già detto, l'art. 69 della l. n. 69/2009, novellando in senso integrativo l'art. 13 del DPR n. 1199/1971, ha stabilito che *«Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, (la sezione consultiva, n.d.a.) sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.... »*.

### **§7. segue: L'OTTEMPERANZA. IL PROBLEMA DEL DPR DECISORIO.**

La Corte di cassazione e l'Adunanza plenaria – a corollario della giurisdizionalizzazione del parere della sezione consultiva - sono concordi nel riportare il giudizio per l'ottemperanza del ricorso straord. alla lett. b) del comma 2 dell'art. 112 e del comma 1, art. 113, c.p.a. (sentenze ed altri provvedimenti del “ giudice amministrativo”, cioè il parere della Sez. Consultiva del CdS); con la conseguenza che il ricorso va proposto non al TAR Lazio, ma al Consiglio di Stato, *«nel quale si identifica "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta"»* (Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065 ed ivi ampi richiami). In tal modo il giudizio di ottemperanza si svolge in unico grado.

Anche questa soluzione non convince per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, si svuota ulteriormente il ruolo del decreto presidenziale formalmente decisivo del ricorso straordinario: con una serie di concrete implicazioni. Ad esempio e tanto per essere coerenti. gli interessi e la rivalutazione dovrebbero essere corrisposti a far tempo dalla data del parere del CdS (art. 112, comma 3, c.p.a.).

In secondo luogo, si priva il ricorrente di un grado di giudizio – quello di ottemperanza - il quale, lungi dal costituire mera declaratoria di obbligo di adempimento a carico dell'amministrazione, costituisce spesso occasione di completamento e chiarificazione delle statuizioni del giudizio di merito e, quindi, di ulteriore tutela giurisdizionale (v. art. 112, comma 5 e art. 113 comma 3 c.p.a.). Né rileva che anche l'ottemperanza di sentenze vere possa concentrarsi in unico grado.

L'art. 113, comma 1, c.p.a. concentra in grado d'appello la fase dell'ottemperanza per una finalità di coerenza e continuità con l'esito del giudizio di merito, diverso da quello (riformato) innanzi al TAR; finalità che per il ricorso straordinario non si pone, essendo disomogenei e separati gli organi giudicanti, rispettivamente di merito e di ottemperanza.

La realtà è che sul ruolo del decreto presidenziale che recepisce obbligatoriamente il parere vincolante del CdS non ci si è mai soffermati a sufficienza, relegandolo ad un momento procedimentale privo di efficacia e valore propri: se il vero effetto giurisdizionale (“sostanziale“) lo possiede – anche ai fini dell'ottemperanza – il parere del CdS, non si capisce bene a quale funzione assolve il decreto del Presidente della Repubblica.

Al riguardo, la dottrina, rilevando le “immanenti antinomie tra sostanza giurisdizionale e forma amministrativa del ricorso straordinario”, ritiene che oggi quel provvedimento, pur di rango soggettivamente costituzionale, risulterebbe ancor più sfumato e recessivo, tenuto conto che il potere del Capo dello Stato si risolverebbe in un mero controllo sulla regolarità della procedura, la quale egli sarebbe chiamato a definire, in accoglimento della proposta ministeriale di recezione del parere, già, anche formalmente, redatto in modo da essere traslato sic et simpliciter nel D.P.R. [ MORELLI-1].

In questa ottica, si rischierebbe, da un lato, di relegare la funzione presidenziale a ruolo puramente notarile e, dall'altro, di scaricare sul Capo dello Stato un compito di ulteriore garante della giurisdizione: ad esempio, di arbitro del conflitto tra Ministero referente e CdS nei casi, seppur eccezionali, di richiesta di riesame del parere espresso dallo stesso CdS, ove gli elementi addotti a fondamento della richiesta evidenzino la sussistenza di un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, ovvero comportino un'evidente non conformità a legge, specie in caso di “jus superveniens”, ovvero, infine, allorché tali elementi appaiano idonei a legittimare l'interessato a richiedere la revocazione dell'emanando decreto decisorio del ricorso straordinario [VOLPE, par. 23].

Si tratta di riflessioni mai sufficientemente elaborate e che, invece, meriterebbero l'approfondimento reso necessario anche dal rilievo costituzionale delle funzioni del Nostro Presidente della Repubblica.

## **§8. segue: RICORRIBILITA' PER CASSAZIONE.**

Con la ricordata sentenza n. 23464 del 2012 le Sezioni Unite hanno affermato, come già detto, che la decisione presidenziale sul ricorso straordinario conforme al parere del Consiglio di Stato ripete dal parere stesso la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale, come tale impugnabile in cassazione per motivi di giurisdizione.

La vicenda – come ricorda pure Franco Scoca in un suo recente commento [SCOCA, par. 12] - riecheggia, storicamente, quella della ricorribilità per Cassazione delle decisioni della IV Sezione del CdS all'era della sua istituzione, nonostante l'indubbia differenza delle due situazioni: la decisione della IV Sezione, infatti, per produrre effetti ed acquisire efficacia esterna non aveva bisogno dell'intervento e della mediazione del Re.

Peraltro, entrambe le vicende si ispirano alla stessa esigenza, fortemente avvertita dalla Cassazione, che ogni provvedimento decisorio, compreso quello dei Giudici amministrativi (art. 111 ultimo comma Cost.) non si sottragga al pericolo di indebite appropriazioni ed invasioni di campo e possa essere da essa valutato, almeno sotto il profilo della giurisdizione, intesa in senso lato anche come attribuzione di potere giurisdizionale.

In occasione del tema della ricorribilità in Cassazione, riemerge il problema (ripetesi, mai adeguatamente affrontato) dei rapporti tra decisione del CdS in sede consultiva e decreto presidenziale di recepimento: quale è la “sentenza”, il parere o il decreto del Presidente?

Se, infatti, si considera decisione il "parere" del Consiglio di Stato, il ricorso in Cassazione deve limitarsi ai motivi di giurisdizione, in virtù dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.. Ove, invece, la decisione del ricorso straordinario si identifichi nel decreto presidenziale – ed in questo senso si pongono le questioni dei termini e limiti di impugnabilità del predetto decreto [VOLPE, par. 22] – secondo un'autorevole (ma, sul punto, piuttosto apodittica) dottrina, si potrebbe aprire la strada per consentire di proporre in Cassazione tutti i motivi di impugnazione elencati nell'art. 360 c.p.c. [SCOCA, par. 12].

## **§9. ELEMENTI/EFFETTI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE. LA SIMMETRIA CON IL RICORSO AL TAR: ART. 7/co.8 C.P.A..**

La norma processuale in rubrica ha stabilito che il ricorso straordinario sia proponibile solo per le materie “ *devolute alla giurisdizione amministrativa*”, con ciò intendendo porre definitiva chiarezza a quel guazzabuglio provocato dalla Adunanza Generale del CdS con il parere n. 9/1999, reso su una serie articolata e disomogenea di quesiti sollevati dal Ministero dell'Interno.

L'Adunanza, infatti, sulla (arcinota) premessa che *“il ricorso straordinario è un rimedio amministrativo di carattere generale, il che ne comporta l'esperibilità in tutti i casi in cui ciò non sia escluso dalla legge”*, richiamando i precedenti di Ad. Gen. del 29/5/1997 n.72 e C. Cost. nn. 31 del 1975 e 298 del 1986, rispose a questo specifico quesito, concludendo - per le controversie di pubblico impiego privatizzato con la legge n. 421 del 1992 e il d. lgs. n. 29/1993 - nel senso di escludere, in generale, la specialità della competenza del giudice del lavoro e di ritenere applicabile anche per quelle controversie *“il consolidato principio della concorrenza fra il ricorso al GO e il ricorso straordinario”*.

Il legislatore del 2009 ha fatto giustizia di quel parere, dei problemi di coordinamento con le altre giurisdizioni e delle prevedibili e legittime reazioni che esso suscitò in seno alla Magistratura ordinaria, nonché in dottrina, lavoristica e non.

Ma la forza della conservazione supera ogni intento razionalizzatore.

La prima Sezione del Consiglio di Stato, infatti, chiamata a rendere il parere su un ricorso straordinario in materia di mobilità interna di pubblici impiegati, con ordinanza 20 maggio 2013, n. 2986 - commentata favorevolmente da una dottrina *“domestica”* [SABATINO-GRASSUCCI] - ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 7, c. 8 citato e ciò, nonostante la relazione ministeriale espressamente propendesse per l'inammissibilità del ricorso, in quanto concernente una procedura, come detto, di mobilità interna del personale della regione e, quindi, materia di pubblico impiego privatizzato, esterna alla giurisdizione amministrativa.

La citata ordinanza evidenzia come, effettivamente, la questione, inerente ad un rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato e riguardante un periodo successivo al 30 giugno 1998, fosse rimessa alla cognizione della giurisdizione ordinaria in veste di giudice del lavoro (art. 29, d.lgs. n. 80/1998, ora artt. 63 e 69 d.lgs. n. 165/ 2001). Tuttavia e al contempo, rileva come, prima dell'entrata del citato articolo del c.p.a., una tale controversia ben avrebbe potuto essere dedotta dinanzi al Consiglio di Stato in sede consultiva, stante la rilevanza del ricorso straordinario come rimedio giustiziale di carattere generale, che prescinde, come tale, dalla qualificazione delle posizioni soggettive in termini di interesse legittimo.

Così dimenticando, però, che il legislatore ha disciplinato la materia lavoristica pubblica privatizzata (sia perdonato l'ossimoro) come un vero blocco rimesso alla giurisdizione pressoché esclusiva dell' AGO.

---

## **§10. ELEMENTI OSTATIVI AD UNA VERA GIURISDIZIONALIZZAZIONE.**

### **§§10.1- ATTO DI OPPOSIZIONE.**

L'art. 48 c.p.a. conferma, al comma 1, la facoltà di opposizione (già disciplinata dal D.P.R. n. 1199 del 1971, art. 10) in favore di qualsiasi “*parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario*”; l'art. 10 citato, invece, contemplava tale facoltà unicamente in favore dei controinteressati. La stessa facoltà, come è ampiamente noto, era stata estesa all'ente pubblico, diverso dallo Stato, che aveva emanato l'atto impugnato solo a seguito della declaratoria di incostituzionalità della menzionata disposizione (*Corte cost., n. 148 del 1982*). La nozione di “parte”, nei cui confronti sia stato proposto ricorso, adesso è amplissima, in quanto ricomprende i controinteressati, i cointeressati, la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, compreso lo Stato, essendo venuta meno la possibilità che il Governo si intrometta nel procedimento con una deliberazione ad opponendum del Consiglio dei ministri per disattendere il parere del Consiglio di Stato, divenuto ormai vincolante dopo la novella del 2009 ( *cfr. Cass., sez. III, n. 20054/2013, cit.* ).

L'istituto dell'opposizione alla trattazione della causa in sede straordinaria, soprattutto con la sua recente espansione voluta dal legislatore, stride, però, con la asserita fungibilità giurisdizionale del ricorso straordinario rispetto a quello al TAR. La possibilità che uno dei qualsiasi soggetti coinvolti nella vicenda contenziosa, - eccetto, ovviamente, il ricorrente straordinario - possa bloccare inderogabilmente la scelta “insindacabile” fatta da costui, poggia su un (non contestabile) atteggiamento legislativo di maggior favore - e quindi su una presunzione di maggiore garanzia – verso il ricorso al TAR. La stessa dottrina osserva che l'istituto dell'opposizione si fonda sull'interesse ad evitare che la strada percorsa dal ricorrente straordinario possa implicare un “pregiudizio” per gli altri interessati [TRAVI].

Il ricorrente straordinario si vede, così, beffato due volte: perché la sua richiesta di giustizia (assertivamente: sul punto tornerò più avanti) rapida ed economica viene vanificata dall'esercizio di un diritto potestativo altrui ( questo sì davvero insindacabile ) e perché egli è onerato dagli incumbenti, processuali e fiscali (integrazione del contributo unico) della riassunzione (deposito dell'atto di costituzione al TAR e avviso mediante notificazione alle parti dell'avvenuto deposito; non occorre invece la rinotifica del ric. str. ), la cui mancata osservanza comporta la definitiva perdita di ogni possibilità di tutela, non essendo ritenuta applicabile, in tali ipotesi, l'istituto della traslazione dal TAR alle sezioni consultive del CdS, previsto dall'art. 10, comma 2, DPR n. 1199/1971 ( *Cons. St. Sez. V, 29-3-2011, n. 1926; T.A.R. Lazio, Roma, 15-2-2012, n. 1526* ). Conseguenza tanto più grave a fronte della difficoltà di individuazione di talune regole processuali, come quella dell'applicabilità del dimezzamento dei termini, che, pure, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile all'atto di costituzione al TAR del ricorrente straordinario (*T.A.R. Molise, 24-6-2011, n. 419* ).

## §§10.2- MATERIE ESCLUSE.

L'esclusione di talune materie dal novero di quelle tutelabili con ricorso straordinario deriva anzitutto dal criterio di riparto tra e delle varie giurisdizioni.

Così, ad esempio, è costante l'affermazione che, ai sensi degli artt. 13 e 62 del T.U. sulla Corte dei Conti, 12 luglio 1934, n. 1214, è inammissibile il ricorso straordinario in materia di controversie attinenti al diritto a pensione, devolute alla giurisdizione esclusiva della Corte stessa ( *Cons. Stato, Sez. II, 7 aprile 2012, n. 3859* ).

In quest'ottica si colloca la disposizione dell'art. 7, comma 8, c.p.a., che, come già rilevato, affida al ricorso str. “ *unicamente* “ le controversie devolute alla G.A..

Si tratta di una disposizione occasionata anche dall'intento di porre rimedio agli effetti distorsivi provocati dal già ricordato parere dell' Ad. Gen. n. 9/1999, la quale aveva ritenuto ammissibile il ricorso straordinario anche per le controversie di pubblico impiego privatizzato, dimenticando che, così, si affidava al G.O. del lavoro il potere di disapplicare il DPR decisorio del ricorso, all'epoca sicuramente attratto nell'alveo del provvedimento amministrativo. Tuttavia, quegli effetti della decisione dell'Adunanza Gen. sono destinati a protrarsi nel tempo. E' stato, infatti, ritenuto che continuano ad essere ammissibili i ricorsi straordinari, notificati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104 del 2010, in materia non attribuita alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo (come nel caso di lavoro pubblico contrattualizzato), in applicazione del principio generale della perpetuatio iurisdictionis, desumibile dall'art. 5 c.p.c. ed in considerazione del carattere innovativo e non interpretativo dell'art. 7 c.p.a., comma 8, ( *Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 16 luglio 2013, n. 17375; Cons. st., Ad. Gen., 22 febbraio 2011 n. 808* ).

Altre materie escluse dall'esperibilità del gravame straordinario sono previste dallo stesso legislatore: come quella degli appalti, le cui controversie sono rimesse “ *unicamente* “ al TAR competente (art. 120 comma 1, c.p.a.); ovvero, i giudizi elettorali (artt. 129 e 130).

Ora, se per il contenzioso elettorale l'esclusione si spiega con la particolare natura “d'urgenza“ dello stesso (art. 130, comma 2, lett. a), c.p.a.) – a proposito: ma non s'era detto che il ricorso straordinario si giustifica per la sua celerità? - altrettanto non può dirsi degli appalti, il cui rito con termini abbreviati è comune ad altri contenziosi pur attivabili con ricorso straordinario (art. 119 c.p.a.).

Un terzo settore escluso viene individuato dalla giurisprudenza delle sezioni consultive, le quali ritengono inammissibile il ricorso straordinario, ad esempio, per le azioni di accertamento, per quelle avverso il silenzio e quelle per il diritto d'accesso.



Tutto ciò, nonostante in dottrina si ammetta da tempo la possibilità di proporre il ricorso straordinario avverso il silenzio-rifiuto dell'amministrazione e, quindi, in un contesto generale che, al di là della finzione del silenzio-surrogato di atto, appare caratterizzato dalla denuncia di un comportamento della p.a. e dall'accertamento dell'obbligo di provvedere; ed addirittura due decisioni della Commissione speciale pubblico impiego del Consiglio di Stato, ritennero che la notifica prevista dall'art. 25, d.p.r. 10.1.1957, n. 3 (necessaria per la formazione del silenzio-rifiuto) non dovesse obbligatoriamente seguire le forme della notificazione degli atti giudiziari [POZZI-1, par. 7].

Nonostante le ripetute e risalenti sollecitazioni ad un'espansione dell'oggetto del ricorso straordinario, si continua ancor oggi a sostenere che, essendo esso un giudizio di tipo impugnatorio a carattere demolitorio contro " gli atti amministrativi definitivi" (art. 8 DPR n. 1199), nel suo ambito non sono proponibili azioni di mero accertamento, come, appunto, quelle previste dal codice del processo amministrativo in tema di rito per l'accesso ai documenti o contro il silenzio-inadempimento della Pubblica amministrazione; laddove, all'opposto, il giudizio al TAR è imperniato su una "*panoplia di azioni di varia natura tutte tese a garantire la piena effettività della giurisdizione*" (Cons. St., Sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 4648 ).

In disparte il loro contenuto implicitamente confessorio dell'inadeguatezza del ricorso straordinario come mezzo di completa ed effettiva tutela, le motivazioni su cui si regge questo orientamento – ad es. quelle relative alla non impugnabilità del diniego di accesso ai documenti amministrativi – non sono convincenti. Se la legge prevede, a tal proposito, uno specifico procedimento, attivabile dinanzi al giudice amministrativo, secondo regole peculiari (Cons. St., sez. II, 8 novembre 2006 n. 7964; Sez. II, 25 gennaio 2006, n. 2435 ; Sez. II, 12 maggio 2004, n. 293), non si vede perché tale specialità del rito possa far venir meno la natura del ricorso straordinario quale " generale strumento di tutela" alternativo al ricorso al TAR.

Sempre sul fronte delle esclusioni oggettive, anche le richieste di risarcimento dei danni sarebbero inconciliabili - secondo l'orientamento prevalente della I e III sezione consultiva, prima che quest'ultima fosse trasformata in giurisdizionale - con la natura impugnatoria di atti definitivi propria del ricorso straordinario (Cons. St., Sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784/01; Cons. St., sez. I, 9 gennaio 2008 n. 4282/07).

Si ribadisce, anche qui, l'osservazione di incoerenza testé formulata, tenuto conto che la tutela risarcitoria, pur se avanzata in termini alternativi o autonomi rispetto all'azione di impugnazione, costituisce pur sempre mezzo di reazione all'invocato "illegittimo esercizio dell'attività amministrativa" espressamente richiamato dal legislatore (art. 30, comma 2,

c.p.a.) e si pone perciò in termini di completamento e, comunque, di connessione consequenziale rispetto alla domanda di annullamento.

### **§§10.3- ISTRUTTORIA, CONTRADDITTORIO E TRASPARENZA.**

Nessun intervento normativo – pur nella dichiarata finalità di ammodernamento dell’istituto - si è però registrato nel campo del procedimento, il quale registra ancora molti aspetti di ermeticità ed inefficienza, connessi ad un ibrido binomio Amministrazione – Consiglio di Stato, con (tra l’altro) i conseguenti scaricabarile che da esso derivano.

Le distonie sono il frutto dell’aver lasciato la responsabilità dell’istruttoria e degli adempimenti infraprocedimentali al Ministero (o, secondo i casi, alla Presidenza del Consiglio), il quale, nel sistema degli artt. 11 e 13 del DPR n. 1199/1971, resterebbe l’unico interlocutore del vero organo giudicante, prigioniero delle inefficienze dell’apparato burocratico (oltreché, ovviamente, delle sue). Il Ministero conserva, così, il ruolo di vero motore del procedimento contenzioso, attraverso il quale sono veicolate le richieste istruttorie del CdS, i chiarimenti, il deposito di memorie, di motivi aggiunti, di ricorsi incidentali; con l’aggravante che tale centro di raccolta e smistamento sovente deve a sua volta dialogare e confrontarsi con altri centri di potere amministrativo, autori, responsabili o corresponsabili dei provvedimenti impugnati.

Di qui, la censurata “*esuberanza procedimentale*” del ricorso straordinario, cui non fa riscontro l’efficacia del rimedio, come eufemisticamente lamentata a suo tempo dal TAR Calabria, nel sollevare questione di costituzionalità, su tale punto, dichiarata tuttavia manifestamente infondata dalla Corte cost., con l’ord.za 13 marzo 2001, n. 56.

Non v’è dubbio – e ne sono testimonianza le ripetute denunce in sede dottrina e giurisprudenziale - che l’intermediazione ministeriale è fonte di rallentamento e di non garanzia del contraddittorio reale e dinamico, tutte le volte (e quando prestavo servizio presso la II Sezione consultiva non erano poche) che l’amministrazione referente ritenga di non avere alcun obbligo di mostrare alle parti il fascicolo relativo al ricorso, salvo il dovere di pubblicità “controllata”, previsto dagli artt. 15 (“segreto d’ufficio”) e 25 (“diffida”) del (tuttora in parte vigente) T. U. sugli impiegati civili dello Stato n. 3/1957 e salva la possibilità di impugnazione della decisione straordinaria per mancata ammissione delle parti alla conoscenza della relazione, dei documenti e delle memorie [PALEOLOGO, pag. 4 ].

La non trasparenza del procedimento straordinario – riconosciuta unanimemente da tutta la dottrina (compresa quella più favorevole al mantenimento del rimedio straordinario), che nel migliore dei casi parla di “contraddittorio imperfetto” [VOLPE, par. 16], con la conseguente

lesione del principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost. - risulta, poi, aggravata dall'atteggiamento delle segreterie delle sezioni consultive del CdS, nei casi in cui esse rifiutano, a loro volta, l'accesso agli atti e prima ancora la loro comunicazione alle parti, facendo leva proprio sul ruolo istituzionalmente recettivo (in entrata ed uscita) del Ministero, al quale, pilatescamente, si invitano gli interessati a rivolgersi (almeno questa è stata l'esperienza personale di chi scrive).

A ciò, si aggiunga la mancanza di un altro elemento tipico del processo: la discussione orale su istanza di parte (art. 73 c.p.a.); anche se non sono mancati casi sporadici – ricordo il periodo trascorso sotto la presidenza Iannotta in II Sezione – in cui la richiesta di audizione degli avvocati è stata accolta.

Su tali aspetti problematici la dottrina si è ripetutamente soffermata, rimarcando che il procedimento di formazione del parere del CdS non prevede meccanismi efficaci di partecipazione. Ancora oggi, per effetto delle previsioni del primo e secondo comma dell'art. 49 del r.d. 21.4.1942, n. 444 (*“gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti”*; *“ i memoriali o documenti che gli interessati credono di sottoporre al Consiglio di Stato devono essere rassegnati al Ministero, cui spetta di provvedere”*, senza poter *“ tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero”*) il Consiglio di Stato, in prevalenza, continua a non ammettere - pur dopo il famoso intervento della C. Giust. CE, V sez., 16.10.1997, C-69/96 e C-79/96 - le richieste dei ricorrenti di essere ascoltati in camera di consiglio [VIOLA].

Alle gravi carenze legislative che sul punto si registrano, al momento non può che soccorrere la giurisprudenza pretoria e la sensibilità dei Presidenti e dei relatori delle sezioni consultive del CdS.

Già nel 2005 rilevavo, al riguardo, che, in applicazione del principio di contraddittorio reale e di lettura costituzionalmente orientata del citato art. 49 del R. D. n. 444/1942, la seconda sezione del Consiglio di Stato, in base alla personale testimonianza di chi scrive(va), (non rinvenibile in pareri editi, trattandosi di disposizioni contenute in pareri interlocutori), a partire dagli anni 2000 avesse usato talvolta, in presenza di atteggiamenti pigri e sciatti dell'amministrazione istruente, un duplice criterio di comunicazione diretta con gli interessati, che aggirava il Ministero: anzitutto, quello di trasmettere copia dei pareri interlocutori direttamente anche alla parte ricorrente, invitandola, ove essa lo avesse ritenuto, a trasmettere senza l'intermediazione ministeriale alla stessa sezione memorie e documenti in suo possesso; in secondo luogo, disponendo, con il medesimo parere non definitivo, che l'amministrazione facesse pervenire copia della relazione allo stesso interessato [POZZI-2, par. 8].

Tale criterio di dialogo diretto con le parti continua ad essere seguito ed auspicato da una parte del Consiglio, laddove si ammette espressamente, ad esempio, la possibilità di accesso diretto agli atti del fascicolo del ric. str. (*Cons. St. Sez. IV, 10-1-2012, n. 25, sub p. 4.1 motivazione*); anche se sul punto non mancano orientamenti più ancorati ad una visione veteroamministrativistica (*Cons. St., Sez. riunite I II, 7 maggio 2012, n. 4648, cit.*).

Si tratta, tuttavia, di strategie minoritarie, a fronte di opinioni ancora ampiamente conservative, le quali ritengono, ad esempio, che:

- ai sensi del citato art. 49 R.D. 21 aprile 1942 n. 444, gli scritti difensivi e i documenti che gli interessati sottopongono al Consiglio di Stato ai fini di un ricorso straordinario, devono essere inviati al Ministero competente, che li trasmette al Consiglio con le proprie osservazioni (*Cons. St., Sez. II, 10 maggio 2011, n. 1412*);

- i principi dell'oralità del dibattimento e della pubblicità delle relative udienze fanno parte delle garanzie proprie dei rimedi giurisdizionali e non pure del ricorso straordinario (*Cons. St., Sez. I, 7 aprile 2004, n. 4626*).

Anche la dottrina, nel fare il quadro della giurisprudenza consultiva più recente - in particolare, il già citato *Cons. Stato Sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131* - evidenzia come essa insista nell'affermazione, secondo cui l'accesso agli atti del procedimento contenzioso va concesso solo alla parte che effettivamente lo richieda, senza che il diritto assuma carattere officioso [VOLPE, par. 16.].

Sempre a commento dell'articolato decalogo dettato dal citato parere delle Sezioni riunite consultive, altra dottrina non manca di rimarcare che l'esclusa ostensione degli atti di causa alle parti non richiedenti l'accesso agli stessi è solo una delle residuali scorie dell'originario imprinting amministrativo dell'istituto, da cancellare con appositi, ulteriori interventi normativi, al fine di rendere effettivi i principi del contraddittorio e della parità delle armi, come peraltro (un po' farisaicamente) ha rimarcato il medesimo parere [MORELLI-2].

#### **§§10.4- INAPPLICABILITA' DI FONDAMENTALI ISTITUTI PROCESSUALI.**

A fronte di orientamenti tesi ad una rigorosa applicazione anche alla sede straordinaria di istituti tipici del processo, come quello della revocazione - sicché si ritiene che ai sensi dell'art. 15 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, è inammissibile l'istanza che non sia indirizzata alla revocazione del decreto presidenziale decisorio del ricorso straordinario, ma che si proponga unicamente il fine di sottolineare la supposta erroneità del relativo parere reso dal Consiglio di Stato, o addirittura di riproporre semplicemente le doglianze contenute nell'originario ricorso (*Cons. St., Sez. II, 10 maggio 2011, n. 1412; v. anche Cons. St., Sez. III, 10 marzo 2012, n.*

1363) – se ne devono registrare molti altri che si allontanano dal modello processuale. Per motivi di sinteticità se ne ricorderanno solo pochi.

Per consolidata giurisprudenza delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, non si ritiene applicabile al ricorso straordinario:

- il principio di liquidazione delle spese in base alla soccombenza, con la conseguente non necessità di notifica dell'atto di rinuncia (*Cons. St., Sez. III, 11 maggio 1999, n. 1482*) e quello sanzionatorio per temerarietà, di cui all'art. 26 c.p.a.; in tal modo vanificandosi uno degli aspetti fondamentali del principio di effettività della tutela giurisdizionale (spesso dimenticato anche in sede giurisdizionale con la diffusa ma deprecabile prassi della compensazione): quello che chi vince ha diritto alla refusione delle spese da lui anticipate;

- l'istituto dell'interruzione per morte della parte, essendosi ritenuto che il ricorso al Capo dello Stato, “ una volta instaurato, non richiede alcuna attività di parte, né l'assistenza di un difensore, né specifici adempimenti formali per far constare l'eventuale morte del ricorrente e la sua conoscenza legale “ (*Cons. St., Sez. I , 23 dicembre 2011, n. 3870*): in tal modo vanificandosi il diritto di azione ( o non azione ) spettante agli eredi;

- l'istituto della sospensione feriale dei termini di centoventi giorni per proporre il ricorso, (*T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 19-06-2013, n. 1432; Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926; CGASic., 25 marzo 1999, n. 131* ); vanificandosi, ancora, il principio di effettività e, contemporaneamente, quello di maggiore comodità temporale del ricorso straordinario, nel periodo in cui il termine di 120 giorni per impugnare inizi a decorrere nel segmento temporale 1 agosto-15 settembre. Peraltro e per converso, l'esclusione della sospensione feriale al ricorso straordinario registra una illogica disparità – anzitutto sul piano motivazionale - rispetto all'atto di opposizione alla trattazione in sede straordinaria, il quale, invece, gode della predetta sospensione (*Cons. Stato Sez. IV, 6-8-2013, n. 4149; T.A.R. Veneto, Sez. II, 11-12-2013, n. 1406 ed ivi ulteriori richiami*).

## **§11. CONCLUSIONI: IL RICORSO STRAORDINARIO VA MANTENUTO O ABOLITO ?**

Dall'esame dei pregressi storici, dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, dell'analisi dottrina, delle esperienze personali non scritte remote ma anche recenti, emerge un quadro tutt'altro che omogeneo e rassicurante, che la formula della “sostanziale giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario non riesce a chiarire. Quella formula sembra, piuttosto, un espediente terminologico di autoreferenzialità ed autogiustificazione, attraverso il quale si tenta di mettere a tacere le molte voci che, anche all'interno della stessa

magistratura amministrativa da anni si levano contro il mantenimento dell'istituto [ cfr. D'ARPE; CONTESSA].

#### **§§11.1- ELEMENTI DI IMPEDIMENTO ALLA TOTALE GIURISDIZIONALIZZAZIONE.**

Come abbiamo visto nella rapida e necessariamente lacunosa esposizione che precede, pur dopo le ricordate sentenze chiarificatrici dell'Adunanza Plenaria e della Cassazione in merito ad una pretesa sua giurisdizionalizzazione “ sostanziale”, il ricorso straordinario continua a vivere più nell'ombra delle deroghe alle applicazioni dei principi di effettività e del giusto processo, di cui agli artt. 111 Cost. e 1 e 2 c.p.a. (tutela piena, parità delle parti, contraddittorio, durata ragionevole, ecc.), piuttosto che nella luce della tensione verso l'allineamento integrale con la struttura del ricorso al TAR.

#### **§§11.2- TEMPI DEL PROCEDIMENTO**

A proposito della durata ragionevole – in relazione alla quale si è sottolineata la “rapidità” del gravame straordinario, dato anche l'unico grado del procedimento e i tempi ristretti normalmente richiesti per la decisione finale [VOLPE, par. 27] – ritengo che essa è continuamente posta a durissima prova e repentaglio dal già ricordato ruolo centrale conservato al Ministero competente nell'istruire il ricorso e nel trasmetterlo, con i relativi allegati, al Consiglio di Stato. I termini – peraltro oggi ormai di per sé obsoleti alla luce della L. n. 241/1990 - di 120 giorni, previsti dall'art. 11 del DPR n. 1199/1971 per trasmettere il ricorso, la relazione e gli atti al CdS viene ampiamente e sconsideratamente superato nella prassi.

Le affermazioni tranquillizzanti devono confrontarsi con i dati spiccioli e concreti dell'esperienza quotidiana.

Alcuni giorni fa, colloquiando amichevolmente con uno dei Presidenti delle Sezioni consultive, mi sono stati confermati non rari casi – già da me ripetutamente vissuti quale giudice consultivo – in cui il Ministero fa trascorrere non mesi ma anni, prima di trasmettere la propria relazione e il relativo fascicolo al Consiglio di Stato; ritardi asseritamente giustificati, a loro volta, dall'inerzia delle amministrazioni non statali competenti e responsabili nell'adozione dei provvedimenti impugnati in sede straordinaria.

Nelle stanze della burocrazia, le preoccupazioni per un'istruttoria completa e veloce dei ricorsi straordinari non sono ai primi posti dell'elenco delle priorità da affrontare.

Anche se la lunghezza dei tempi è un flagello condiviso con il ricorso al TAR, tuttavia essa si aggrava inammissibilmente rispetto al modello processuale, sommandosi alla lentezza della fase giudicante quella della soggettivamente distinta e separata fase istruttoria.

### **§§11.3- SPESE DEL PROCEDIMENTO.**

Altra intollerabile deviazione dallo schema del processo – già accennata in precedenza - è l'impossibilità di condannare alle spese la parte soccombente, soprattutto quando essa sia l'amministrazione resistente. E' pur vero che, in linea teorica, il ricorso straordinario non necessita di patrocinio legale, ma è altrettanto vero che nella prassi dell'ultimo ventennio sono sempre meno i ricorrenti straordinari che – in materie sensibili come espropriazioni, urbanistica, ecc. - si difendono da sé. Quando ciò avviene, è ugualmente irragionevole ed iniqua la non pronuncia sulle spese, come se il tempo e l'impegno personali del cittadino non avessero alcun valore, a fronte dell'insipienza, incapacità e pigrizia del burocrate, che invece continua ad essere pagato, nonostante la sua responsabilità generatrice di contenzioso.

A maggior ragione, poi, la gratuità (o, se si preferisce, l'immunità patrimoniale) della soccombenza non si comprende quando il ricorrente abbia deciso, per sua scelta insindacabile e pienamente legittima, di farsi assistere da un professionista, soprattutto nelle sopra ricordate materie sensibili.

Tutto ciò, infine, appare tanto più intollerabile se si considera che oggi anche per il ricorso straordinario si paga l'iniquo – anzi odioso - balzello del contributo unificato, che rimane, così, anch'esso a carico (almeno immediato) del ricorrente, secondo l'antica ed illegittima regola del “*solve et repete*”. Non va sottovalutato, infatti, che tra le misure per accrescere il sistema giustizia l'art. 37, comma 6, del d.l. n. 98/2011 ha novellato l'art. 13, comma 6 bis del T.U. sulle spese di giustizia n. 115/2002, introducendo anche per il ricorso straordinario il predetto contributo nella misura di 650 euro, che rimane comunque a carico immediato del ricorrente, il quale, oltretutto, in mancanza di esplicite e chiare formule di condanna e di rimborso del medesimo contributo nel dispositivo del parere del CdS, deve patire non poco per farselo restituire dall'amministrazione.

### **§§11.4- RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE REFERENTE**

Altro elemento critico è il più volte ricordato ruolo di centralità ed esclusività conservato al Ministero nella fase istruttoria: ruolo tanto più inammissibile quando lo stesso Ministero sia non solo amministrazione referente, ma anche resistente, cioè portatrice di un interesse contrapposto a quello del ricorrente.

Affidare l'istruttoria alla stessa amministrazione che sia “ parte “ del giudizio urta contro ogni principio processuale (si consideri, ad esempio, che la verifica va effettuata tramite un “organismo“ terzo: art. 66 c.p.a.) ed ogni criterio di logica, essendo ben plausibile (ed anzi non

infrequente nella prassi da me personalmente sperimentata) che l'amministrazione interessata verserà al giudice gli atti che le parranno favorevoli, quando addirittura non sottragga allo stesso ricorso straordinario i documenti ad esso allegati, come purtroppo ho avuto non di rado modo di constatare quando ero in servizio presso la II Sezione consultiva.

#### **§§11.5- ELEMENTI STATISTICI E STRUTTURALI.**

Con la relazione per il suo insediamento e la contestuale inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 il Pres. Giovannini ci comunicava che nel quadriennio 2008-2011 sono pervenuti alle sezioni consultive del Consiglio di Stato circa 5.000 affari l'anno, con un'impennata a 13.700 per l'anno 2013, probabilmente dovuta anche al maggior peso del contributo unificato per i ricorsi al TAR in talune materie.

Alla data del 31 dicembre 2012 pendevano innanzi alle stesse Sezioni consultive 7.107 affari, con un sensibile incremento rispetto agli anni precedenti.

A fini comparativi con la situazione delle sezioni giurisdizionali, è opportuno rilevare che, negli stessi periodi, innanzi alle predette sezioni è pervenuta una media di 65.000 nuovi ricorsi, con una pendenza, sempre al dicembre 2012, di 373.328 processi.

I numeri ci parlano, dunque, di una scarsa fiducia del cittadino per il ricorso straordinario, confermata dal numero – non quantificato ma certo non irrisorio secondo la mia esperienza di Presidente del TAR di Trento – delle opposizioni per trasposizione in s.g..

Questa situazione numerica comportava uno sbilanciamento ed uno spreco di risorse talmente evidente, che il legislatore, con l'art. 54 del decreto-legge n. 112 del 2008 (il famoso decreto Brunetta antiassenteismo), ha attribuito al Presidente del Consiglio di Stato la potestà di individuare, in via amministrativa, le sezioni del Consiglio, che svolgono, rispettivamente, le funzioni giurisdizionali e quelle consultive; sicchè, nel 2010, il Presidente de Lise – con determinazione all'epoca aspramente avversata anche da settori interni ma rivelatasi, ai dati dell'esperienza, assai opportuna - ha trasformato la terza sezione consultiva in sezione giurisdizionale, alterando un assetto consolidato da oltre mezzo secolo.

Un altro colpo, dunque, di ordine strutturale, dopo quello numerico, alla affermazione della piena fungibilità dei due mezzi di tutela ed alla tesi che il rimedio straordinario assolve ad una significativa funzione deflattiva [MORELLI-2].

Un ulteriore dato statistico assai significativo, in quanto corollario di quelli precedenti, seppur di rilevanza puramente fattuale ma altrettanto rivelatore della poca incisività del rimedio straordinario, è la scarsità della divulgazione e diffusione dei pareri del CdS sulle riviste specializzate, le quali o non ritengono rilevanti quei pareri o hanno difficoltà a reperirli, forse



anche per il disinteresse alla relativa trasmissione dei Presidenti e dei relatori, i quali dovrebbero essere la prima fonte di alimentazione del materiale da massimare o addirittura già massimato dai medesimi relatori.

#### §§11.6- ELEMENTI CULTURALI ED ORDINAMENTALI.

Nel mio precedente scritto del 2005 concludevo nel senso che l'alternativa alla drastica soluzione di abolire il rimedio straordinario – pur perorata da ampi settori del Foro e della dottrina - dovesse essere quella dell'impegno, da parte di tutti gli operatori coinvolti nel procedimento del ricorso straordinario, a trovare per questo istituto una duttilità di impiego, funzionale al bisogno di espansione della tutela effettiva del cittadino, staccandolo dalle sue origini storiche, superando ostacoli letterali inseriti in una legislazione ampiamente obsoleta ( come visto, anche nel linguaggio) e lacunosa e correlandolo sistematicamente con il complessivo sistema della giustizia amministrativa.

A distanza di dieci anni quella mia sollecitazione non sembra avere trovato ascolto né nelle burocrazie ministeriali, né nelle sale delle adunanze di Palazzo Spada.

D'altronde, ciò non deve sorprendere.

Le due sezioni consultive sono composte prevalentemente da magistrati di origine non concorsuale, i quali hanno trascorso gran parte delle loro pur prestigiose ed ammirevoli vite professionali nella cultura della ragion di Stato e che, perciò, sono ovviamente poco propensi, psicologicamente, ad adottare, nel contesto di una collegialità, ripeto, disomogenea per estrazione, misure atte a stanare le pigrizie e le ignavie di quelle stesse amministrazioni, di cui hanno fatto parte per tantissimo tempo e ad assicurare al cittadino quanta più possibile effettività di tutela “ sostanzialmente “ giurisdizionale.

Il discorso porterebbe lontano, andando ad incidere su un terreno irto di spine e di mine, su tematiche, antiche ma sempre attuali, circa gli assetti anacronisticamente immutati della Giustizia amministrativa e la loro conformità a Costituzione e a forme di Democrazia moderne ed efficienti.

Peraltro e per converso, occorre riflettere anche sull'utilità di una piena giurisdizionalizzazione del rimedio straordinario sul piano soggettivo e del riassetto ordinamentale.

Infatti, un processo di integrale omologazione del ricorso straordinario al modello processuale puro, in definitiva, ne farebbe un inutile doppione del ricorso al TAR, peraltro senza la garanzia del doppio grado di giudizio[VOLPE par. 27].

Di contro, la completa omogeneizzazione tra rimedi giustiziali e rimedi giurisdizionali - in una prospettiva di ulteriori interventi del legislatore - non appare auspicabile neppure a chi sostiene che le differenze arricchiscono, compresa quella tra gravame ordinario e straordinario, sol che si pensi ai costi di accesso alla giustizia amministrativa, sicuramente più rilevanti rispetto a quelli di accesso alla giustizia civile [ANDREIS, par. 4].

Come si vede e si è visto, il ricorso straordinario è il campo di confronto di tesi opposte, con punti di partenza collocati sui due versanti, rispettivamente, della positività e negatività del persistere di distinzioni fra i due rimedi, giustiziale e giurisdizionale.

A distanza di anni mi sento di attestarmi sul versante negativo.

Vale la pena rileggere, al riguardo, l'interrogativo recente di chi, rilevando che il ricorso non giurisdizionale non ha neppure (come ho ricordato sopra) una significativa funzione di deflazione del contenzioso, si chiede: vale la pena mantenerne ancora intatte le prerogative nell'ordinamento? E, soprattutto, vale la pena mantenerlo nel momento in cui sembra venuto meno anche uno dei suoi dati più caratteristici, ossia la sua economicità? In conclusione, è utile trattenere in vita un rimedio unicamente per il suo valore storico e per il suo ruolo materiale di "strumento di rimessione in termini", dovuto alla concessione di un termine più lungo per il ricorso? [MACCHIA, par. 5].

In definitiva, le voci di chi ne invoca la soppressione quale inutile relitto di un'epoca ormai tramontata meriterebbero probabilmente maggiore ascolto anche da parte dei più strenui difensori della tradizione.

Difficilmente ciò avverrà.

Anzitutto, vi sarebbero ostacoli di ordine costituzionale.

Argomentando dai lavori preparatori della Costituzione, dalla collocazione sistematica degli artt. 100 e 103 Cost. e dal parallelo con le funzioni (amministrative e giurisdizionali) della Corte dei Conti, la dottrina ritiene che la locuzione "tutela della giustizia nell'amministrazione", recata dall'art. 100 citato, identifichi la funzione giustiziale che al Consiglio di Stato compete nell'ambito del ricorso straordinario: una funzione che non è più di generica consulenza giuridico-amministrativa, ma che non è ancora giurisdizionale [BERTONAZZI, par. 3].

Le resistenze più forti, però, sono di ordine interno.

L'eventuale scomparsa del gravame al Capo dello Stato comporterebbe, infatti, un necessario ripensamento globale dell'assetto ordinamentale dell'intera Giustizia amministrativa, soprattutto per quanto concerne il personale di magistratura: ripensamento che viene auspicato (con un diffuso, seppur silente, malumore crescente) da molti settori del mondo

forense e magistratuale ed è stato sollecitato fortemente da molti magistrati amministrativi, soprattutto dei TAR.

Il silenzio che sino ad oggi si è mantenuto su tale delicatissimo aspetto - tutt'altro che spurio al tema processuale in esame - ad ogni livello (legislativo, governativo e giudiziario) fa prevedere che il ricorso straordinario continuerà a vivere ancora per molto tempo nel suo ruolo di "sostanziale" ma ibrido strumento di tutela giurisdizionale.

A meno che la ventata renziana non spazzi via di colpo - e senza troppe disquisizioni giuridiche - tante calcificazioni e sedimentazioni conservative ed autoreferenziali.

## NOTE

BERTONAZZI L., Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al presidente della repubblica, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 11, 1285.

BERTONAZZI L.-2, Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale, Milano, 2008; CONTESSA C., Vi è un futuro per il ricorso straordinario?, in *Corr. Merito*, 2006, 1467 ss..

DAPAS A.; VIOLA L., L'ottemperanza alle decisioni dei ricorsi straordinari spetta al consiglio di stato: la posizione dell'adunanza plenaria, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 7, 780.

D'ARPE E., Il ricorso straordinario al P.R.: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 3224 ss.,

LODI P. L., Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (rassegna di giurisprudenza), in *Cons. Stato*, 2004, II, 1865 (ora nell'archivio di Giurisdizione Amministrativa, ed. Libra).

MACCHIA M., Il ricorso straordinario da' luogo a un processo?, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 1, 60.

MORELLI S.-1, Accesso agli atti e implementazione del contraddittorio nella fase istruttoria del ricorso straordinario al capo dello stato, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 10, 1051.

MORELLI S.-2, L'opposizione al ricorso straordinario al capo dello stato nel quadro attuale dei rapporti con il ricorso giurisdizionale, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 3, 355, a commento assai critico a T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538, che ha riconosciuto il diritto di trasposizione al TAR anche al cointeressato.

MORELLI S.-3, Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, Padova, 2010.

PALEOLOGO, Ricorso straordinario, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991.

POZZI A.-1, Ricorso straordinario ed effettività della tutela, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2004, fasc. 4, 449.

POZZI A.-2, Ricorso al Capo dello Stato e principi costituzionali, in *Rass. Cons. Stato*, ed. Italedi, 2005, 1, 589 e in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sito istituzionale della G.A.; ora anche nell'archivio di Giurisdizione Amministrativa, ed. Libra.

SCOCA F. G., Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato (nota alla sent. Cons. di Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9), in *Giur. It.*, 2013, 11.

TRAVI, Ricorso straordinario al Capo dello Stato, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it), aggiornamento 2011, ed ivi amplissima ( pressoché esaustiva) bibliografia. Dello stesso Autore v. anche La 'giurisdizionalizzazione' del ricorso straordinario (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n.9), in *Foro italiano*, 2013, Fascicolo 9, III, 483.

VIOLA L., Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e tutela risarcitoria, in *Resp. civ.*, 2009, 2.

VOLPE C., Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it) – novembre 2012.