

## Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza (\*)

di  
**Stefano Tarullo**

SOMMARIO. I. *Inquadramento del problema.* – II. *Il silenzio del Codice del processo amministrativo.* – III. *La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2013.* – IV. *La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. b) del Codice.* – V. *Segue: rilievi critici.* - VI. *La posizione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. d) del Codice.* – VII. *Segue: rilievi critici.* - VIII. *Notazioni conclusive.*

### I

Da tempo la dottrina si interroga in merito alla esperibilità del giudizio di ottemperanza (oggi disciplinato dagli artt. 112 e ss. del Codice del processo amministrativo) allorché a rimanere inattuata sia non già una sentenza passata in giudicato o altro provvedimento giurisdizionale comunque esecutivo, bensì un decreto del Presidente della Repubblica adottato in esito ad un ricorso straordinario.

L'evoluzione in materia è stata ampiamente analizzata dagli studiosi<sup>1</sup> e non mette conto tornarvi in questa sede, se non per focalizzare i punti essenziali di una tematica ancora fortemente controversa.

Se si esamina l'orizzonte dottrinale, si coglie agevolmente lo sforzo di accreditare il rimedio dell'ottemperanza al d.P.R. decisorio quale strumento di effettività esecutiva irrinunciabile per attuare le garanzie poste dagli artt. 24, comma 1, e 113, commi 1 e 2, Cost. In tale direzione è sembrato utile valorizzare soprattutto l'art. 113, comma 2, Cost., che vieta ogni limitazione "per determinate categorie di atti" (quali potrebbero essere i d.P.R. decisori dei ricorsi straordi-

---

(\*) Contributo destinato agli atti del Convegno <<Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato>> tenutosi a Roma il 9 ottobre 2014, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

<sup>1</sup> Si rinvia, per tutti, al Cap. I del volume di P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al capo dello Stato*, Torino, 2014, 3 ss.

nari) della tutela giurisdizionale (esecutiva) di diritti ed interessi nei riguardi della pubblica amministrazione<sup>2</sup>.

È apparsa d'altro canto assai poco persuasiva l'alternativa astrattamente praticabile ed in passato additata da numerosi precedenti, vale a dire il ricorso al rito del silenzio (già disciplinato dall'art. 21-*bis* della l. n. 1034/1971 ed oggi regolato dagli artt. 31 e 117 del Codice)<sup>3</sup>. Tale strumento è infatti lontano dal poter conseguire un grado di tutela equipollente (quanto ad immediatezza ed ampiezza) a quello dell'ottemperanza.

Benché, ad onor del vero, nell'attuale assetto normativo le fasi di cognizione e di esecuzione proprie del ricorso avverso il silenzio-rifiuto possano <<fondersi>> assieme così come consentito dall'art. 117, comma 3, c.p.a.<sup>4</sup>, l'impiego di tale rimedio per ottenere l' <<esecuzione>> del d.P.R. decisivo continua a risultare per larghi tratti inadeguato, in particolare allorché l'amministrazione adotti atti elusivi o violativi del provvedimento presidenziale. Poiché in tali ipotesi il giudizio di ottemperanza non è incardinabile se non dopo aver esperito un'ordinaria azione costitutiva di annullamento, la tutela esecutiva rischia di essere oltremodo dilazionata; e tale evenienza appare tanto più probabile considerando la ritrosia dei TT.AA.RR. ad avvalersi dello specifico potere - assegnato loro dall'art. 34, comma 1, lett. e), del Codice - di statuire già in sede cognitoria le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta* destinato ad <<entrare in azione>> alla scadenza del termine fissato per l'attuazione della pronuncia.

Per tali più che valide ragioni, la soluzione imperniata sul ricorso avverso il silenzio-rifiuto risulta generalmente abbandonata nei più recenti contributi

---

<sup>2</sup> Cfr. F. D'ORO, *L'esperibilità del ricorso di ottemperanza per l'attuazione dei decreti resi in sede di ricorso straordinario al Presidete della Repubblica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 351.

<sup>3</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2008 n. 1440, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1190. In questa pronuncia come in numerose altre dei giudici di primo grado (ad es. T.A.R. Lazio, Sez. III, 6 marzo 1985 n. 231, in *T.A.R.*, 1985, I, 1155 ed ancor prima Id., 9 maggio 1977 n. 253, *ibid.*, 1977, I, 1561), viene proposta la strada del ricorso avverso il silenzio-rifiuto della p.a. (in origine previo esperimento di diffida rivolta alla p.a. inadempiente al d.P.R. decisivo), in quanto strumento finalizzato a conseguire la declaratoria dell'illegittimità dell'inerzia amministrativa e la conseguente comminatoria giurisdizionale dell'ordine di esecuzione.

<sup>4</sup> Tale norma abilita il giudice amministrativo a nominare un commissario *ad acta* con la medesima sentenza con cui definisce il giudizio impartendo all'amministrazione l'ordine di provvedere entro un termine di regola pari a trenta giorni.

scientifici, che manifestano una spiccata propensione per la (immediata) proponibilità del giudizio di ottemperanza.

Nella stessa lunghezza d'onda si è gradualmente disposta la giurisprudenza.

La posizione più tradizionale e radicale contestava *tout court* il rimedio dell'ottemperanza per avere il procedimento di ricorso straordinario natura amministrativa, ancorché collocato al di fuori dell'ordine gerarchico della p.a. e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale. Sul presupposto che tale natura dovesse automaticamente estendersi al relativo provvedimento decisorio (il predetto d.P.R.), si riteneva che il rimedio dell'ottemperanza, tipico delle sentenze (o comunque dei provvedimenti giurisdizionali), non fosse attingibile<sup>5</sup>.

Progressivamente si è fatta largo una ricostruzione di segno inverso, che ascrive al procedimento di ricorso straordinario una <<indole giurisdizionale>> destinata anch'essa a <<traslare>> sul decreto decisorio; sicché questo sarebbe del tutto assimilabile ad una sentenza del giudice amministrativo.

Pur non essendo mancate cospicue oscillazioni a partire dagli anni 2000<sup>6</sup>, da ultimo l'orientamento incline alla ottemperabilità dei d.P.R. decisori è emerso con netta prevalenza, anche per essere stato confermato dalle massime giurisdizioni<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Per una sintesi degli orientamenti negativi v. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, 667 ss.

<sup>6</sup> In senso favorevole Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000 n. 6695, in *Giur. it.*, 2001, 842. In senso contrario Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2001 n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2447, nonché in Cons. Stato, 2002, II, 1319, con nota di M. SANTORO, *Inammissibilità del giudizio di ottemperanza nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*. Nello stesso senso v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2002 n. 3699, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1640; ID., Sez. V, 29 gennaio 2003 n. 456, in *Ragiusan*, 2003, 231-2, 523; ID., Sez. IV, 22 settembre 2003 n. 5393, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 2546. Ancor più recentemente v. Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006 n. 5036, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2006, 2214, ove vengono esplicitamente respinte <<talune suggestioni rivenienti dall'ordinamento comunitario>> e segnatamente <<l'ampia nozione di "giudice" elaborata, ai fini dell'applicazione dell'art. 234 TrCE, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee>>.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 28 gennaio 2011 n. 2065, in *Foro it.*, 2011, I, 749, con nota di G. D'ANGELO, *Ricorso straordinario e giudizio d'ottemperanza, il revirement della Cassazione dopo il codice del processo amministrativo*; nonché in *Foro pad.*, 2011, I, 253, con nota di A. SALUSTRI, *Le Sezioni Unite aprono la strada al giudizio di ottemperanza in tema di decisioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato*. Ad analogo indirizzo ha acceduto Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013 n. 9, in *Foro it.*, 2013, III, 483, con nota di A. TRAVI, *La <<giurisdizionalizzazione>> del ricorso straordinario*; nonché in *Corr. merito*, 2013, 803, con nota di I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*. Da segnalare anche Cons. Stato, Ad.

Tale approdo è soprattutto frutto degli stimoli ermeneutici offerti dalla legge 18 giugno 2009 n. 69 (di poco anticipata da una rilevante sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa risalente al maggio dello stesso anno)<sup>8</sup>. Secondo un'opinione diffusa, infatti, tale novella avrebbe accentuato il processo di <<ibridazione>> del ricorso amministrativo in parola avvicinandolo in modo ancor più marcato al rimedio giurisdizionale; di qui l'idea che anche il d.P.R. decisorio sia suscettibile di esecuzione (*rectius*, attuazione) nelle forme tipiche del processo amministrativo<sup>9</sup>.

## II

Resta però la constatazione che la ricostruzione sopra accennata non trova alcun appiglio testuale nel Codice del processo amministrativo del 2010.

È dato di oggettiva evidenza, infatti, che l'originaria versione dell'articolato codicistico non contiene alcun esplicito riferimento a suffragio della utilizzabilità del rimedio dell'ottemperanza nel senso anzidetto. Né può sostenersi che la relazione governativa al Codice offra elementi davvero decisivi a sostegno di questa posizione.

---

Plen., 5 giugno 2012 n. 18, in *Foro it.*, 2012, 12, III, 629, in cui la dottrina ha ravvisato un segnale già sufficientemente nitido circa il riconoscimento della natura giurisdizionale al provvedimento decisorio del ricorso straordinario. Cfr. per tutti G. FERRARI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il giudice dell'ottemperanza*, in *Treccani, Il Libro dell'anno del Diritto*, 2013, 747 ss.

<sup>8</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giurisdiz., 18 maggio 2009 n. 415, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1186, con il commento di A. MARI, *Vecchi e nuovi presupposti per il giudizio di ottemperanza*. Vedila anche in *Urb. e appalti*, 2009, 1501, con il commento di F.F. TUCCARI, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: incompatibilità di genere o convivenza possibile*. In realtà il Supremo Consesso siciliano si era già similmente espresso nel 2005: vd. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giurisdiz., 19 ottobre 2005 n. 695, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3068, con nota di A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*.

<sup>9</sup> Indiscutibilmente, il ricorso straordinario mostra già nella sua disciplina originaria elementi di estrema peculiarità rispetto ai ricorsi amministrativi ordinari. Ciò non solo perché tale ricorso rappresenta un rimedio attivabile unicamente nei confronti di atti amministrativi definitivi e sulla base di motivi di legittimità, ma soprattutto perché - come noto - un ruolo preminente risulta avere il Consiglio di Stato, ancorché questi vi operi nella veste di organo consultivo e non di autorità investita di funzioni giurisdizionali. L'art. 69 della legge n. 69 del 2009, novellando gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 1199/71, ha accentuato tali caratteri consentendo la proponibilità della questione di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva e rendendo altresì vincolante il suo parere ai fini del decreto presidenziale decisorio.

La relazione, infatti, giustifica l'attuale formulazione (variata rispetto all'impianto originario) dell'art. 112, comma 2, lett. d), del Codice<sup>10</sup> limitandosi a richiamare una <<specifica richiesta della Commissione Giustizia della Camera, per conseguire l'esecuzione dei lodi arbitrari e, in recepimento della necessità segnalata dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato, di dare applicazione agli artt. 6 e 13 della CEDU, per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili>>. L'allusione al d.P.R. decisorio del Capo dello Stato si intravede forse in questo passaggio, ma di certo non si traduce in un indizio univoco<sup>11</sup>. Oltretutto, un giudizio <<prudente>> sulla effettiva innovatività del Codice appare tanto più fondato ove si consideri la <<timidezza>> con la quale la Commissione tecnica ha fatto propria la menzionata indicazione della Commissione Affari Costituzionali del Senato, annacquandola in un formula ambigua che incomprensibilmente si discosta dal suggerimento ricevuto<sup>12</sup>. In sostanza, quello che la Relazione definisce un <<recepimento>> si rivela in realtà non essere tale; e non si vede perché tale elemento <<omissivo>> dovrebbe avere per l'interprete un peso inferiore alle suggestioni che la relazione offre <<in positivo>>.

A monte di tutto questo discorso, campeggia l'interrogativo circa la correttezza di un procedimento ermeneutico che, per essere incentrato su una fonte extralegale (la relazione governativa), potrà forse valere ad afferrare la *mens legislatoris*, ma ben difficilmente può aiutare ad illuminare la *mens legis*.

---

<sup>10</sup> Previsione che ammette l'ottemperanza <<delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione>>.

<sup>11</sup> Sul punto P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2010, 2 ss. e 16. Giova, per chiarezza espositiva, riportare l'originaria versione della lett. d), che così recitava: <<(…) delle sentenze passate in giudicato, e degli altri provvedimenti ad esse equiparati, di quei giudici davanti ai quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanta riguarda il caso deciso, al giudicato>>. Nella formulazione finale è significativa l'espunzione del riferimento ai <<giudici>>: esso avrebbe impedito di includere nella previsione il d.P.R. decisorio del ricorso straordinario, avente formale veste di provvedimento amministrativo ancorché rivolto ad uno scopo giustiziale.

<sup>12</sup> Trattasi segnatamente del parere del 10 giugno 2010, nel quale la Commissione di Palazzo Madama fa una precisa menzione del decreto decisorio del ricorso straordinario. Vi si legge, infatti: <<In linea con i principi enunciati negli articoli 6 e 13 della CEDU, nonché in adesione alla pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si segnala la necessità di inserire, tra le decisioni da ottemperare con il rimedio disciplinato dalla disposizione, anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica rese nel regime della alternatività>>.

Si noti poi che i cosiddetti decreti correttivi al Codice successivamente intervenuti nel 2011 (D.Lgs. 15 novembre 2011 n. 195) e nel 2012 (D.Lgs. 14 settembre 2012 n. 160) non hanno inteso cristallizzare in norma l'indirizzo favorevole all'impiego del rimedio così come emerso in giurisprudenza<sup>13</sup>; e ciò – si badi – benché l'art. 44, comma 1, della legge delega n. 69 del 2009 avesse stabilito per il riassetto del processo amministrativo il <<supercriterio>> dell' adeguamento delle norme vigenti <<alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori>><sup>14</sup>.

Solo *per incidens*, va dato qui conto di quella opinione secondo cui il predetto art. 44, comma 1, confinando la delega legislativa al solo <<riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato>>, con esclusione perciò del sistema di giustizia amministrativa nel suo complesso, non esibirebbe alcuna volontà del Legislatore, neppure implicita, di estendere l'intervento di riordino al ricorso straordinario<sup>15</sup>. L'argomento ha una sicura plausibilità teorica, ma non sembra potersi invocare utilmente *in subiecta materia*, posto che il giudizio di ottemperanza costituisce rimedio processuale (oggetto come tale di <<riassetto>>) quale che sia il provvedimento (sentenza oppure d.P.R. decisorio del ricorso straordinario) rimasto inadempito da parte dell'amministrazione. Perciò il giudizio di che trattasi, proprio in quanto tale, ricade appieno nella delega legislativa del 2009.

In altri termini, il Codificatore avrebbe potuto (in via originaria o in sede correttiva) includere nell'elenco dei provvedimenti suscettibili di (formare oggetto del) giudizio di ottemperanza, oggi rinvenibile nell'art. 112 c.p.a., anche il provvedimento del Presidente della Repubblica. Tale obiettivo poteva essere raggiunto senza alcuna complicazione e, soprattutto, senza intaccare la normativa del rimedio giustiziale in questione; solo un approccio di tal genere, infatti, avrebbe generato il pericolo di frizione con la delega.

### III

---

<sup>13</sup> Vedi le sentenze della Cassazione a Sezioni Unite e del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano citate rispettivamente nelle precedenti note 6 e 7.

<sup>14</sup> Tale <<finalità>> risulta ovviamente pervadere anche i decreti correttivi in virtù dell'art. 44, comma 4.

<sup>15</sup> Così L. VIOLA, *Ricorso straordinario al presidente della repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2011, 8 - 9.

La rapida panoramica che precede mostra l'estrema problematicità del quadro normativo risultante dall'attuale dato codicistico. Poiché l'art. 112, comma 2, del Codice, sia pure letto con l'ausilio della relazione, non menziona il decreto decisorio presidenziale tra i provvedimenti per i quali possa essere richiesta l'attuazione nelle forme del processo di ottemperanza, è inevitabile che le perplessità sull'ammissibilità del rimedio continuino a trovare cittadinanza nel dibattito scientifico<sup>16</sup>.

Nell'intento di superare il vuoto normativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ricompreso 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>> che, ai sensi della lett. b) dell'art. 112, comma 2, sono suscettibili di ottemperanza al pari delle <<sentenze esecutive>><sup>17</sup>.

Questa prospettazione si fonda sull'implicito postulato che il rimedio dell'ottemperanza non possa avere a suo fondamento alcun provvedimento che non promani da un contesto (propriamente e) funzionalmente giurisdizionale (e quindi strutturalmente processuale).

Ma in realtà è proprio tale premessa a destare le più consistenti riserve.

La dottrina ha chiarito che l'affermazione di un asserito carattere << sostanzialmente giurisdizionale >> del ricorso straordinario non costituisce presupposto realmente indefettibile per giustificare l'attuale disciplina del rimedio, né

---

<sup>16</sup> Nel senso che il Codice del processo amministrativo del 2010 risulti allineato alla giurisprudenza pregressa della Cassazione sulla non esperibilità del ricorso in ottemperanza, essendo state respinte le proposte orientate in senso diverso, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2010, 165.

<sup>17</sup> Tale qualificazione è apertamente sostenuta da Cons. Stato, Ad Plen. 6 maggio 2013 n. 9 cit., che attribuisce rilevanza <<non al profilo nominalistico dell'imputazione formale dell'atto ma al dato sostanziale della paternità ideologica della decisione. Va quindi qualificata come provvedimento esecutivo del giudice amministrativo (...) la decisione su ricorso straordinario che, nonostante la veste formale, abbia come unica motivazione il rinvio al contenuto della decisione giurisdizionale resa dal Consiglio di Stato mediante l'applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza>> (così nel punto 5.2.2 della motivazione in diritto). Coerentemente con tale impostazione, l'Adunanza Plenaria ritiene che il ricorso per l'ottemperanza debba essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, c.p.a., innanzi al medesimo Consiglio di Stato, <<nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta>> (così nel punto 5.2.1). Analogamente v. anche Cass. civ., SS.UU., 28 gennaio 2011 n. 2065, in *Foro it.*, 2011, 3, I, 742, nonché Cons. Stato, Sez. I, par. 7 maggio 2012 n. 2131, in *Foro it.*, 2012, 11, III, 525.

per consentire l'esperibilità del giudizio di ottemperanza<sup>18</sup>. Detto altrimenti, il riconoscimento della disomogeneità del rimedio giustiziale rispetto a quello giurisdizionale non preclude la possibilità di accogliere una soluzione favorevole all'impiego del ricorso in ottemperanza quale indefettibile complemento <<esecutivo>> del primo.

D'altra parte, è convinzione di chi scrive che l'esperibilità del giudizio di ottemperanza finalizzato ad ottenere <<soddisfazione>> in chiave esecutiva a seguito del d.P.R. decisorio (favorevole) rappresenti null'altro che un corollario necessario del principio di alternatività tra ricorso al giudice amministrativo e ricorso al Capo dello Stato; principio che ha un significato solo se lo si intende come garanzia della <<pari effettività>> dei due strumenti di tutela, da assicurare in un quadro di loro diversità strutturale<sup>19</sup>.

Va da sé, infatti, che al ricorrente in sede straordinaria importa ben poco di ottenere ragione, se poi (a causa di mezzi processuali preclusivi o scarsamente appropriati) non riesce a farla valere in termini di <<effettività esecutiva>>, passando dall'astrazione di un'affermazione di giustizia al concreto e tangibile appagamento della propria tensione a conservare o acquisire <<beni della vita>>. Quello stesso appagamento, cioè, che avrebbe ottenuto seguendo la via giurisdizionale.

Pertanto, il parallelismo tra rimedio giurisdizionale e rimedio giustiziale richiede che il ricorrente possa conseguire sia "nel" ricorso straordinario che "per mezzo" di esso, ossia grazie al proficuo impiego "esecutivo" del "titolo" che per tale via gli viene riconosciuto, le stesse *utilitates* sostanziali che avrebbe potuto attendersi al termine di un percorso giurisdizionale.

Ove si disconoscesse tale basilare implicazione, si vanificherebbe anche l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui "il ricorso straordinario al Capo dello Stato costituisce un rimedio giustiziale che si colloca in simmetrica alterna-

---

<sup>18</sup> In tal senso F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, op. loc. cit.

<sup>19</sup> Sembra argomentare in modo convergente anche F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1601, il quale invita a sgomberare il campo dagli <<idola fori della giurisdizione>> ed a prendere atto della natura amministrativa del decreto decisorio, impiegando il principio della <<effettività della tutela>> al fine di <<legittimare una interpretazione estensiva della normativa sull'ottemperanza>>. Analogamente anche A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di Tar Lazio – Roma, Sez. I, 16 marzo 2010 n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008.

tiva con quello giurisdizionale ancorché di più ristretta praticabilità quanto al novero delle azioni esperibili<sup>20</sup>. L'equiparazione tra i due strumenti <<simmetrici>> ed <<alternativi>> – concetti che *ex se* postulano una relazione necessariamente dicotomica e non assimilante tra di essi – perderebbe ogni autenticità; ed anzi la presunta <<alternatività>> verrebbe relegata ad un'area di sostanziale nominalismo.

#### IV

Pur con le perplessità anzidette in termini di corretta individuazione della natura giuridica del ricorso straordinario, la posizione sopra divisata, fondata sull'art. 112, comma 2, lett. b) del Codice, proietta riflessi di estremo interesse sul versante della competenza giurisdizionale.

Infatti, ai sensi dell'art. 113, comma 1, del Codice, nel caso della ridetta lett. b), il ricorso per ottemperanza si propone <<al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta>>. Aderendo a questo inquadramento, pertanto, il giudizio di ottemperanza può incardinarsi direttamente innanzi al Consiglio di Stato (in quanto organo autore del <<provvedimento>> da ottemperare) ed in unico grado, così assicurando un robusto collegamento tra cognizione ed esecuzione<sup>21</sup>.

Ma qui affiora un ulteriore *punctum dolens*, posto che l'affermata concentrazione della tutela <<esecutiva>> nelle mani del Giudice amministrativo apicale costituisce al medesimo tempo una forte criticità della tesi qui in disamina. Basti al riguardo considerare che, in passato, la Consulta ha ritenuto la necessità costituzionale del doppio grado nel processo amministrativo<sup>22</sup> e che tale opi-

---

<sup>20</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011 n. 3153, in *Foro it.*, 2011, III, 530.

<sup>21</sup> Su questo principio v. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 18 aprile 2013 n. 2183, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 4, 932.

<sup>22</sup> V. Corte cost., 1 febbraio 1982, n.8, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 310 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*. Tale ben conosciuta pronuncia ha dichiarato illegittimo l'art. 5, ultimo comma, della l. 3 gennaio 1978 n. 1, il quale (limitatamente alla materia dell'esecuzione delle opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali) sanciva l'inappellabilità delle ordinanze di sospensione cautelare emesse in primo grado. Il Giudice delle leggi ha rilevato un contrasto tra la detta disposizione e l'art. 125, comma secondo Cost. (oggi comma unico, a seguito della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3), il quale contempla la creazione di organi di giustizia amministrativa <<di primo grado>>, ed è per tale via pervenuto ad estendere la garanzia del doppio grado anche in relazione alla pronuncia cautelare (intesa come autonoma pronuncia decisoria) resa nel processo amministrativo (conformemente v. anche Cass., Sez. I, 15 dicembre 1983 n. 7409, in *Foro amm.*, 1983, 398). Ha osservato la Consulta

nione continua talora ad affiorare nella giurisprudenza dei TT.AA.RR.<sup>23</sup>. Lo stesso Consiglio di Stato sembra guardare con malcelato disfavore alla <<soppressione del doppio grado di giurisdizione, pacificamente riconosciuto anche per le sentenze emesse in sede di ottemperanza quando il gravame non investa mere questioni esecutive, con effetto devolutivo pieno in relazione alla regolarità del rito instaurato, alle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione ed alla fondatezza della pretesa azionata>><sup>24</sup>.

Non appare d'altronde dirimente appellarsi all'art. 113, comma 1, seconda parte del c.p.a., ove si esclude il doppio grado del giudizio di ottemperanza per le sentenze del Consiglio di Stato che decidano in difformità rispetto al T.A.R. (manifestando quindi un diverso contenuto dispositivo), ovvero confermino la sentenza di prime cure ma con diversa motivazione (e perciò con diverso contenuto conformativo). È infatti evidente che in tali ipotesi il radicamento della competenza per l'ottemperanza direttamente in capo ai giudici di Palazzo Spada trova un fattore di <<compensazione>> nel fatto che la controversia ha comunque e necessariamente attraversato un preventivo doppio grado di giudizio in sede di cognizione. Circostanza che, naturalmente, non si verifica per le vertenze decise in sede di ricorso straordinario.

Senonché tale *impasse* sembra poter essere superata alla luce della più recente impostazione emersa in sede dottrinale<sup>25</sup>, sposata dallo stesso Giudice delle leggi<sup>26</sup>.

---

che la giurisdizione amministrativa <<verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse>>, e ciò renderebbe <<opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa>>. L'argomentazione ha sollevato perplessità, in quanto la Corte non dà conto di come il principio del doppio grado possa non avere rilevanza costituzionale nella materia penale, ove è in gioco addirittura la libertà dell'individuo (v. Corte cost., 26 gennaio 1988 n. 80, in *Giur. cost.*, 1988, 227, con nota di G. SERGES, *Costituzione e doppio grado di giurisdizione*; cfr. anche Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62, in *Giur. cost.*, 1981, I, 351).

<sup>23</sup> V. ad es. T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 marzo 2010 n. 4104, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 2818, con nota di F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del <<nuovo>> ricorso straordinario. A margine di TarLazio, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104.*

<sup>24</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, ord. 1 febbraio 2013 n. 636, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2592, con nota di P. GOTTI, *La natura giuridica del ricorso straordinario al capo dello stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza al vaglio dell'adunanza Plenaria.*

<sup>25</sup> Nel senso che dall'art. 125 Cost. non sia possibile desumere il riconoscimento del doppio grado di giurisdizione per tutte le sentenze ed ordinanze del giudice amministrativo v. S. CASSARINO, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, I, 1132, secondo il quale la richiamata disposizione costituzionale <<non prescrive, neanche implicitamente, che tutte le pronunce>> degli organi di giustizia amministrativa

Difatti, tanto in sede scientifica quanto in sede giurisprudenziale, si è in prevalenza pervenuti ad una lettura dell'art. 125 Cost. atta a correggere l'eccessiva <<rigidità>> originariamente mostrata dalla Consulta.

Primeggia oggi l'idea che l'intenzione del Costituente, soppesata in un'ottica di maggiore flessibilità oltre che di raffinatezza interpretativa, non fosse affatto quella di istituire il doppio grado necessario per tutti i giudizi amministrativi, tanto è vero che nessuna norma costituzionale indica il Consiglio di Stato come giudice (unicamente) di 2° grado.

La previsione fissata nell'art. 125 Cost. è destinata a prendere corpo, piuttosto, per le materie la cui cognizione il Legislatore ordinario decida di attribuire agli organi di giustizia amm.va di 1° grado, oggi identificabili nei TT.AA.RR. In tali evenienze - ed è appunto in ciò che risiede la garanzia costituzionale - le decisioni assunte in prime cure devono potersi sottoporre ad un secondo vaglio in sede di appello<sup>27</sup>. Di qui la duplice conclusione che al Consiglio di Stato ben potrebbero essere devolute, da parte del Legislatore, controversie in unico grado; e che, laddove una controversia venga lasciata alla competenza dei TT.AA.RR., non possa inibirsi l'accesso al Giudice dell'appello<sup>28</sup>.

Il quadro ricostruttivo sopra tracciato presenta un'immediata conseguenza sul problema oggetto di queste brevi note: se, per disposto costituzionale, la garanzia dell'appello rimane affidata ad una scelta discrezionale del Legislatore, il venir meno del doppio grado di giudizio (di ottemperanza) non sembra

---

di primo grado, <<indipendentemente dalla loro natura, siano necessariamente impugnabili>>. Per ulteriori considerazioni e richiami dottrinali sul tema sia consentito il rinvio a S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al T.A.R. per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 433 ss.

<sup>26</sup> V. Corte cost. 31 dicembre 1986 n. 301, in *Foro it.*, 1987, I, 2962 e Corte cost. 31 marzo 1988 n. 395, in *Foro it.*, 1989, I, 2421.

<sup>27</sup> Come peraltro ben rilevato da A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 548, nell'assetto costituzionale della giustizia amministrativa <<non è una regola di giudizio (il doppio grado di giurisdizione), ritenuta essenziale al sistema>>, a presupporre necessariamente la strutturazione in due gradi, ma è, al contrario, la previsione di un'articolazione basata sul giudice locale <<a comportare la necessaria introduzione di una nuova regola di giudizio (il doppio grado)>>.

<sup>28</sup> Sul punto v. Corte cost. 31 dicembre 1986 n. 301, cit., e 31 marzo 1988 n. 395, cit., che hanno affermato la legittimità costituzionale di competenze giurisdizionali attribuite in unico grado al Consiglio di Stato. Il principio stabilito dalla Consulta è nel senso che l'art. 125 Cost. comporta soltanto l'impossibilità di attribuire ai Tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado, ma non anche che il Consiglio di Stato debba essere solo giudice di secondo grado.

costituire un serio ostacolo all'accogliibilità della tesi che radica l'esperibilità del giudizio in parola (a seguito del d.P.R. decisorio favorevole) nella precitata lett. b) dell'art. 112, comma secondo.

La scelta legislativa ravvisata in quest'ultima norma, diretta all'individuazione di una competenza in unico grado del Consiglio di Stato, sarebbe peraltro ispirata ad un criterio di palese ragionevolezza (sì da superare anche un eventuale controllo di costituzionalità), tenuto conto della preminente esigenza, già menzionata, di assicurare la corrispondenza tra giudice della cognizione e giudice dell'ottemperanza; risultato che l'automatica operatività del successivo art. 113, comma 1, consente di perseguire.

## V

Tutto ciò non significa che la prospettazione sinora esposta, ancorata alla più volte menzionata lett. b), si sottragga ad ulteriori dubbi; anzi.

Un serio intralcio <<testuale>> a questa tesi sembra affiorare dalla difficoltà di assegnare al Consiglio di Stato la connotazione di <<Giudice>> ai sensi della ridetta lett. b), posto che tale Consesso, nella sede straordinaria, rende un pronunciamento che innegabilmente, e senza alcuna possibile scappatoia ermeneutica, si attegga a <<parere>> (cfr. art. 12 d.P.R. n. 1199/1971).

Illuminata da tale angolo visuale, la questione ripropone tutta la problematicità dell'assunto che ravvisa una natura propriamente giurisdizionale del ricorso straordinario<sup>29</sup>. Infatti, anche a voler ravvisare la decisione <<sostanziale>> del ricorso nell'atto consultivo (reso in veste neutrale e con effetto vincolante) che costituisce la matrice giuridica del d.P.R. conclusivo, non può dubitarsi che esso promani da un organo (il Consiglio di Stato) che nel momento in cui si pronuncia (con il parere) non esercita le funzioni di <<giudice>> e non opera - neppure con larghi margini di approssimazione - nel contesto di un <<processo>>. In senso contrario appare sterile richiamarsi allo *status* del consigliere di Stato, che rimarrebbe immutato nelle sue consustanziali caratteristiche di indi-

---

<sup>29</sup> Ed infatti, per la persistente natura di rimedio amministrativo v. soprattutto F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato* (nota a Cons. di Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013 n. 9), in *Giur. it.*, 2013, 11 ss., nonché A. TRAVI, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss. Nello stesso senso, con dovizia di argomentazioni, Cons. Stato, Sez. I, 31 luglio 2014 n. 1033/14, in *Foro it.*, 2014, III, 570, nonché ID., Sez. III, Ord. 4 agosto 2011 n. 4666, in *Foro it.*, 2011, 12, III, 633.

pendenza tipiche dell'ordine giudiziario<sup>30</sup>. Questa prospettiva confonde infatti il profilo soggettivo afferente al *componente* dell'organo con quello – che assume qui preminente rilievo – della *funzione* che l'organo va ad espletare.

Se si condividono tali coordinate dogmatiche, appare quantomeno azzardata l'ipotesi che l'atto consultivo del Consiglio di Stato possa essere disinvoltamente classificato alla stregua di <<decisione giurisdizionale>>, così come l'Adunanza Plenaria è sembrata voler fare<sup>31</sup>.

Né, per aggirare tale complesso di obiezioni, pare accettabile l'avviso secondo cui il d.P.R. decisorio sarebbe da annoverare tra i <<provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo>>. Per quanto tale decreto si caratterizzi formalmente quale <<provvedimento esecutivo>> (anche a voler intendere la locuzione nel significato prettamente amministrativistico-sostanziale di cui all'art. 21-*quater* della L. n. 241/1990), su un piano soggettivo ancor più conclamata appare la sua provenienza da un organo costituzionale, il Presidente della Repubblica, che la stessa Carta fondamentale colloca al di fuori del potere giurisdizionale.

Non meno discutibile, infine, appare la coincidenza tra il Consiglio di Stato ed il <<giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta>>, secondo la dizione dell'art. 113, comma 1. Vale anche per tale disposizione il rilievo secondo cui in sede straordinaria il Consiglio di Stato opera come organo consultivo e non come <<giudice>>. Da ciò ulteriormente discende che il Consiglio non <<emette>> affatto il provvedimento da ottemperare: il ricorso in ottemperanza trae origine dal provvedimento decisorio del Capo dello Stato (in assenza del quale sarebbe inammissibile) e non dal (pur necessario e vincolante) parere consiliare. Quest'ultimo, in mancanza (ed in attesa) di recepimento nel provvedimento decisorio, si atteggia a comune (per quanto autorevole) atto consultivo endoprocedimentale.

## VI

---

<sup>30</sup> Per questo ordine di idee v. Cons. Stato, Sez. III, 17 settembre 2010 n. 4160, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Come si è già riferito, nella sentenza 6 maggio 2013 n. 9 cit. (cfr. punto 5.2.2 del <<diritto>>) l'Adunanza Plenaria etichetta senza mezzi termini come <<decisione giurisdizionale>> il pronunciamento reso dal Consiglio di Stato <<mediante l'applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza>>, il rinvio al quale costituisca la <<unica motivazione>> del d.P.R. decisorio.

Una differente strada interpretativa può rinvenirsi volgendo lo sguardo alla successiva lett. d) dell'art. 112, comma 2, c.p.a.<sup>32</sup>.

Tale norma 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>>, enunciando nella sua parte finale l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla <<decisione>>.

La previsione potrebbe evocare proprio il d.P.R. decisorio del ricorso straordinario. Ciò sia perché essa nomina gli altri provvedimenti <<equiparati>> alle sentenze ed il d.P.R., pur non <<essendo>> sentenza, sicuramente <<equivalente>> ad essa per il principio di alternatività; sia perché impiega il termine <<decisione>>, che riveste un significato non riducibile a quello proprio <<sentenza>> ed anzi risulta spesso utilizzato dal Legislatore con funzione equipollente a <<provvedimento>>. A tal riguardo sia sufficiente il richiamo all'art. 3, commi 1 e 3, della L. n. 241/1990, nonché ai successivi artt. 14-ter, commi 3, 5 e 6, 14-quater, comma 3.

Si potrebbe eccepire che la <<equiparazione>> sottesa all'espressione normativa impiegata dalla lett. d) presupporrebbe pur sempre una <<decisione>> dotata di connotazioni giurisdizionali, sì da escludere la proponibilità del ricorso in ottemperanza sulla scorta di provvedimenti amministrativi (il d.P.R. decisorio) o di atti consultivi (il parere del Consiglio di Stato). Ma in contrario pare sufficiente rilevare che la formulazione della lett. d), se così intesa, avrebbe una scarsa utilità pratica, potendo tutte le ipotesi diverse da quella qui in esame incasellarsi nella altre lettere del comma secondo<sup>33</sup>. In altre parole, una interpretazione <<utile>> della disposizione suggerisce di riferirla proprio al d.P.R. decisorio.

Superato tale scoglio, non è difficile riconoscere i notevoli benefici che scaturiscono dall'inquadramento del giudizio di ottemperanza nella lett. d); ciò, almeno, quando si sia disposti a considerare tali tutti i fattori che giovino ad un sensibile rafforzamento della posizione del ricorrente.

In proposito si osserva che la formula onnicomprensiva impiegata da tale lett. d) (<<altri provvedimenti>>) che possano reputarsi <<equiparati>> alle

---

<sup>32</sup> Come proposto da Cons. Stato, Sez. III, Ord. 4 agosto 2011 n. 4666, cit.

<sup>33</sup> Del resto, il Giudice tributario ha un suo giudizio di ottemperanza disciplinato dall'art. 70 del D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546. Lo stesso vale per la Corte dei conti, in virtù dell'art. 10 della l. 21 luglio 2000 n. 205.

<<sentenze passate in giudicato>> e <<per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza>>) presenta il vantaggio, non attingibile dalla precedente lett. b), di assegnare al d.P.R. decisivo valore (formale) e forza (sostanziale) di giudicato in tutto e per tutto assimilabile a quelli propri di una sentenza<sup>34</sup>.

Circostanza, questa, da non sottovalutare, considerando che nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti esecutivi, il Giudice amministrativo incontra limiti piuttosto stringenti nell'esplicazione dei propri poteri di ottemperanza.

In simili ipotesi, infatti, l'art. 114, comma 4, lett. c), del Codice consente al giudicante unicamente di determinare <<le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione>>, autorizzandolo a provvedere <<di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano>>. Viceversa, in presenza di una sentenza passata in giudicato (o di un provvedimento decisivo ad essa equiparato), il Giudice ha di fronte a sé tutte le opzioni contemplate dalle successive lettere del medesimo 4: egli potrà così ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione (lett. a); dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato (lett. b); nominare all'occorrenza un commissario *ad acta* (lett. d); in assenza di ragioni ostative o di potenziali conseguenze inique, fissare su istanza di parte <<la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo>> (lett. e)<sup>35</sup>.

Si potrebbe obiettare che il d.P.R. decisivo goda di un <<stabilità>> minore rispetto a quella propria di una sentenza passata in giudicato, potendo an-

---

<sup>34</sup> Sul punto M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e appalti*, 2011, 541 ss.; nonché G. MANCOSU, *Luci ed ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2011.

<sup>35</sup> Il richiamo testuale al <<giudicato>> operato dalla citata lett. e) potrebbe indurre a negare il potere giudiziale di disporre *astreintes* a fronte di successive inadempienze dell'amministrazione ai precetti comportamentali impartiti dai d.P.R. decisori. In senso contrario vale tuttavia ribadire che l'art. 112, comma 2, lett. d), autorizza l'interprete ad immaginare un'area di provvedimenti <<equiparati>> in tutto e per tutto al giudicato, che a buona ragione potrebbe abbracciare il provvedimento presidenziale. Ora, se tale equiparazione ha un senso, lo ha proprio perché i poteri del giudice godono della pienezza propria dei giudizi di ottemperanza al giudicato. Comunque, anche a voler rifiutare questa lettura, va rilevato che nell'economia della lett. e) il potere del giudice di fissare <<la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva>> non viene immediatamente ricollegato al concetto di giudicato; al quale risulta invece riferita, testualmente, la sola ipotesi del ritardo esecutivo.

cora essere impugnato in sede giurisdizionale (anche per *errores in iudicando*) dagli eventuali controinteressati non intimati, in virtù dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971. Ma a ben vedere tale impugnazione può essere accostata ad una opposizione di terzo proposta ai sensi dell'art. 108, comma 1, c.p.a.; rimedio, questo, avente pacifico carattere straordinario in quanto proponibile anche avverso sentenze passate in giudicato, purché nel termine di cui all'art. 92, comma 2, c.p.a.<sup>36</sup>

È poi vero che parlare di <<giudicato>> in relazione ad un pronunciamento reso al di fuori della sede giurisdizionale ed in assenza delle garanzie costituzionali proprie del <<giusto processo>> (art. 111 Cost.) potrebbe suscitare qualche resistenza<sup>37</sup>. Vale però sottolineare, in contrario, che la lett. d) si limita a parlare di <<equiparazione>> al giudicato, mostrando di non volersi addentrare in indesiderabili confusioni concettuali tra <<giudicato>> e provvedimenti <<altri>> (solo) paragonabili al primo.

Non va del resto mai trascurato il tratto della <<alternatività>> che contraddistingue il rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. Tale caratteristica implica pari effettività di tutela tra i due rimedi. Essa non sarebbe quindi riconoscibile se al Giudice incaricato di rendere tutela esecutiva al ricorrente vittorioso in sede straordinaria si inibisse l'attivazione di *tutti* i poteri propri dell'ottemperanza (quali enunciati dalle diverse lettere dell'art. 114, comma 4, del Codice), esattamente come se si trattasse della sentenza che <<alternativamente>> al percorso giustiziale il ricorrente avrebbe potuto conseguire.

---

<sup>36</sup> Per tutti v. Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014 n. 1862, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2014, 1082; ID., Sez. V, 13 marzo 2014 n. 1178, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2014, 817.

<sup>37</sup> Per questa notazione v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 1 febbraio 2013 n. 636, cit. Il profilo è toccato anche da Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2001 n. 15978, cit. Per quanto alcune argomentazioni leggibili in tale ultima pronuncia siano oggi superate per via della vincolatività conferita al parere del Consiglio di Stato, rimane la constatazione che il procedimento di ricorso straordinario non si svolge davanti ad un "giudice terzo e imparziale", così come prescritto dall'art. 111, comma 2, Cost. Inoltre il contraddittorio non ha la stessa ampiezza propria della giurisdizione; né può dubitarsi che i compiti istruttori assegnati all'autorità ministeriale (la quale non di rado assume in sé anche la veste di parte resistente) possano talora condurre ad una rappresentazione dei fatti non del tutto fedele. Certamente il Consiglio di Stato potrà esercitare poteri istruttori suoi propri nel caso in cui l'attività ministeriale non abbia avuto quella "accuratezza" che sarebbe consigliabile (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2003 n. 881, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1996), ma difficilmente può contestarsi che "il procedimento ha (...) per protagonista un'autorità amministrativa", come affermato nella citata sentenza n. 15978/2011. In generale sulla tematica del giusto processo e delle relative garanzie, anche nell'imprescindibile contesto comunitario, sia consentito rinviare a S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano 2004, spec. Cap. I.

Né può sottacersi, guardando allo stretto terreno della patologia provvedimento, che gli atti amministrativi adottati in violazione o elusione del giudicato risultano affetti da nullità, come previsto dal già citato art. 114, comma 4, lett. b); mentre al contrario, se il fenomeno elusivo o violativo si riconnette ad un provvedimento (semplicemente) esecutivo, gli atti dell'amministrazione risultano <<inefficaci>> ai sensi della lett. d).

L'invocazione dell'art. 112, comma 2, lett. d), può pertanto condurre ad una declaratoria di radicale nullità (e non di mera inefficacia limitata al profilo effettuale) degli atti contrastanti con il d.P.R. decisorio del ricorso straordinario, così incrementando (in un'ottica di completa parificazione alla tutela giurisdizionale <<alternativa>>) il livello di protezione del ricorrente a fronte di condotte <<riottose>> della p.a. soccombente in sede straordinaria.

## VII

Ma anche la concezione da ultimo illustrata si espone ad alcune perplessità, atteso che, in forza dell'art. 113, comma 2, del Codice del processo amministrativo, l'ottemperanza proposta ai sensi della prefata lett. d) è soggetta alla cognizione del T.A.R. <<nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza>>.

Come dunque si scorge agevolmente, la riconduzione del ricorso in ottemperanza alla menzionata lett. d) esige una scomoda forzatura di ordine <<testuale>>, in quanto comporta la necessità di intendere locuzione <<giudice>> di cui all'art. 113, comma 2, <<in senso ampio e necessariamente atecnico>><sup>38</sup>; e ciò proprio perché il Consiglio di Stato nella sede straordinaria si vede investito del (formale) ruolo di consulente e non di giudicante.

Né un siffatto <<atecnicismo>>, al di là della sua intrinseca distonia nell'ambito di un ragionamento giuridico, può trovare conforto nell'argomento secondo cui, a mente dell'art. 112, comma 1, lett. e), c.p.a., alla categoria dei <<giudici>> andrebbero ricondotti anche gli arbitri<sup>39</sup>. In realtà, a voler leggere con obiettività la lett. e) ora detta, in nessuna sua parte essa avalla una confusione tra giudici ed arbitri. Anzi la specificazione dedicata dal Codificatore all'autonoma ottemperabilità dei lodi arbitrali sembra finalizzata proprio ad evi-

---

<sup>38</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, Ord. 4 agosto 2011 n. 4666, cit.

<sup>39</sup> Lo spunto è evincibile sempre da Cons. Stato, Sez. III, Ord. 4 agosto 2011 n. 4666, cit.

tare una simile sovrapposizione (quale si sarebbe potuta ingenerare sulla base della precedente lett. d) e la conseguente indebita dilatazione della nozione di <<giudice>>.

Ma ancora altre valutazioni critiche si addensano sul profilo della competenza a conoscere del ricorso in ottemperanza, così come disegnato dall'art. 113, comma 2, c.p.a.

Poiché il Consiglio di Stato ha sede nella circoscrizione del Lazio, la posizione ermeneutica qui analizzata <<costringe>> il ricorrente in sede di ottemperanza ad agire in ogni caso avanti al T.A.R. del Lazio. Nella circoscrizione di detto T.A.R., del resto, operano altresì il Presidente della Repubblica ed il Ministro competente per la fase istruttoria.

Risulta perciò evidente che la prospettiva fondata sull'applicazione della lett. d) vanifica definitivamente i criteri di collegamento territoriale fissati nell'art. 13 del Codice, dal momento che il T.A.R. laziale potrebbe non presentare alcun elemento di connessione con la controversia definita in sede straordinaria.

Inoltre, la soluzione fondata sulla lett. d) pare inidonea a garantire il principio (destinato a rivivere solo nell'eventuale grado di appello) che, privilegiando il collegamento tra cognizione e esecuzione, postula la tendenziale coincidenza tra il Giudice chiamato ad eseguire la decisione (e quindi ad interpretarla, integrarla e precisarla nelle sue statuizioni) e quello che l'ha pronunciata<sup>40</sup>. Criticità, questa, che emerge distintamente allorché venga proposta, ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., l'ottemperanza che in altro scritto abbiamo denominato <<delucidativa>><sup>41</sup>. Poiché tale strumento è finalizzato esclusivamente ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, caratterizzandosi conseguentemente per una netta prevalenza della componente cognitoria su quelle di

---

<sup>40</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013 n. 9, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 18 aprile 2013 n. 2183, cit. Quanto detto nel testo deriva dalla pacifica natura mista del giudizio di ottemperanza. Esso mescola in sé elementi dell'esecuzione e della cognizione, abilitando il giudice, allorché la regola posta dal giudicato amministrativo effettivamente sussista, ma si riveli implicita o incompleta, a dettare tutte le specificazioni necessarie per assicurare l'effetto conformativo della pronuncia, nell'ottica di un giudicato a formazione progressiva. Per questa elaborazione v. esemplificativamente Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2013 n. 6159, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 3528; Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2011 n. 748, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2, 414; Id., Sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796, in *Foro it.*, 2009, 5, III, 250

<sup>41</sup> Cfr. S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 611.

esecuzione di ottemperanza<sup>42</sup>, appare particolarmente conveniente che a porre o chiarire le *normae agendi* del d.P.R. decisorio cui la p.a. dovrà conformarsi sia lo stesso giudice che ha reso il parere sulla cui base (vincolante) il provvedimento è stato adottato.

Tale ordine di considerazioni sembra quindi dare nuova linfa alla giurisprudenza propensa a fare leva sull'art. 112, comma 2, lett. b), con conseguente operatività dell'art. 113, comma 1, del Codice; norma da cui - come visto - può inferirsi che il ricorso proposto al fine di ottenere l'ottemperanza al decreto presidenziale di accoglimento in un ricorso straordinario al Capo dello Stato, adottato a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, debba essere proposto allo stesso Consiglio<sup>43</sup>.

## VIII

La conclusione che emerge all'esito della breve analisi sin qui condotta è che, nel complicato assetto codicistico attuale, nessuno dei due percorsi interpretativi sopra descritti resta immune da insidie.

È indubitabile che l'autorevolezza della sentenza n. 9/2013 abbia conferito una certa <<solidità>> alla soluzione fondata sull'art. 112, comma 2, lett. b), del Codice, rendendola parte del diritto (processuale) vivente; e ciò tanto più alla luce del precedente art. 99, comma 3, che rinsalda il <<vincolo>> esplicito dalla pronunce dell'Adunanza Plenaria nei confronti delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato.

Tuttavia, ben autorevoli risultano gli appunti dottrinali mossi all'impianto della pronuncia<sup>44</sup>. Anche a voler prescindere dalle pecche di ordine <<testuale>> e <<funzionale>> già evidenziate<sup>45</sup>, l'Adunanza Plenaria non pare riuscita nell'intento di demolire compiutamente le ragioni addotte a sostegno del diverso inquadramento dell'ottemperanza nella lett. d) del ridetto comma 2. Ciò so-

---

<sup>42</sup> S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, loc. cit.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. III, 28 ottobre 2013 n. 5162, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2715. Ovviamente tale convincimento si scontra con le non lievi difficoltà già rilevate nel testo.

<sup>44</sup> Si vedano i contributi di F.G. COCA ed A. TRAVI già citati.

<sup>45</sup> V. *supra*, § V. Tali elementi, come si è potuto verificare, nascono dall'ambigua relazione tra il Consiglio di Stato che si pronuncia in sede consultiva e la nozione di <<giudice>>; nozione che a fatica si adatta all'esercizio di una funzione diversa da quella giurisdizionale e ad un contesto non (propriamente) processuale.

prattutto in considerazione del fatto - esso pure segnalato - che, almeno secondo una diffusa corrente di pensiero, proprio in quella previsione (e non nella lett. b), siccome rivisitata sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalle competenti Commissioni parlamentari, il Codificatore aveva inteso inserire un' <<apertura>> al rimedio in questione<sup>46</sup>.

Un simile scenario, ancora denso di incertezze, suggerisce allora una presa di posizione chiara del Legislatore, che valga ad accreditare definitivamente l'impostazione sposata dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa; o, come sembra preferibile, a recepirne la sola indicazione finale (circa la ammissibilità del giudizio di ottemperanza in forza della lett. d), senza tuttavia avallare una compiuta <<metamorfosi>> del ricorso straordinario in strumento giurisdizionale, così come vorrebbero le recenti suggestioni avanzate da giudici e commentatori<sup>47</sup>.

Difatti, una totale assimilazione di tale rimedio a quello giurisdizionale non solo ne ridurrebbe in modo apprezzabile la pratica utilità, ma ne indebolirebbe sensibilmente le ragioni di sopravvivenza nel sistema dei rimedi giustiziali.

---

<sup>46</sup> V. *supra*, § II.

<sup>47</sup> D'altra parte, la dottrina ha da tempo acclarato l'assenza di impedimenti di ordine costituzionale a che il Legislatore ammetta il giudizio di ottemperanza per provvedimenti diversi da quelli giurisdizionali: cfr. in part. L. MAZZAROLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 691 ss.