

Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione

Considerazioni a margine di Corte cost., n. 73 del 2 aprile 2014

di Andrea Carbone

1. Introduzione

Troppo in fretta era stato annunciato il tramonto del ricorso straordinario al Capo dello Stato¹, un rimedio che invece, nell'ultimo decennio, ha conosciuto una rinnovata attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza, in particolar modo a seguito della modifica apportata al d.p.r. n. 1199/1971 dall'art. 69 della l. n. 69 del 18 giugno 2009, la quale, come noto, ha reso vincolante per il Ministro il parere adottato dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato e ha ammesso la possibilità di sollevare, anche in sede straordinaria, questione di legittimità costituzionale.

Invero sulla natura di questo istituto, più antico della stessa giurisdizione amministrativa²,

¹ Così E. D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3224 ss. Scettici sulla necessità di mantenere in vita l'istituto erano già, tra gli altri, N. MARTIRE, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 1965, III, 191; M. CANTUCCI, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 167 ss., spec. 183. Anche anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, si prese in considerazione l'ipotesi di sopprimere il ricorso straordinario allo scopo di razionalizzare il sistema di giustizia amministrativa a seguito dell'istituzione della IV Sezione: così il disegno di legge del Governo di Rudinì del 1897, su cui si veda G. CHEVALLARD, *Ricorso straordinario (Il ricorso straordinario al Capo dello Stato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1041.

² Come è noto, il rimedio in esame è stato disciplinato per la prima volta nelle Costituzioni Generali di Vittorio Amedeo II, Re di Sardegna, del 1723. Una volta istituito il Consiglio del Re con le Regie Patenti del 30 aprile 1749, fu stabilito che il Sovrano dovesse decidere sulla base del parere da esso emanato. Il parere fu poi reso obbligatorio dalle legge del Regno di Sardegna n. 3707 del 30 ottobre 1859, attraverso la quale il ricorso straordinario fu inoltre differenziato da quello in via gerarchica. L'istituto fu infine disciplinato, completata l'Unità nazionale, dalla l. n. 2248 del 20 marzo 1865, All. D, che riprodusse la normativa del 1859 aggiungendovi l'obbligo di sentire il Consiglio dei Ministri laddove ci si volesse discostare dal parere. Mantenuto in vita con l'introduzione della IV Sezione nel 1889, fu oggetto di completa riforma ad opera del d.p.r. n. 1199 del 24 novembre 1971, che tuttora lo regola, pur con le integrazioni e le modificazioni successivamente intervenute. Il termine per esperire il rimedio, originariamente non previsto espressamente – era sufficiente si trattasse di un termine “congruo” – era stato fissato in 180 giorni con il r.d. n. 638 del 17 agosto 1907, per poi essere ridotto agli attuali 120 giorni dal legislatore del 1971. Sul punto sia consentito limitarci a richiamare quanto riportato, oltre che da V. BACHELET, *Ricorso straordinario al capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

molto aveva discusso anche la dottrina meno recente, soprattutto in relazione alla sua compatibilità con il quadro ordinamentale vigente a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione³. Il dibattito, pur non del tutto sopito nel corso dei decenni successivi, è tornato di particolare attualità alla fine del secolo scorso, in ragione di alcuni arresti giurisprudenziali che hanno poi contribuito a spingere il legislatore verso l'intervento riformatore di cui si è detto.

La problematica è ruotata essenzialmente intorno ad un quesito fondamentale: se l'inclusione di questo istituto tra i ricorsi amministrativi, ribadita dal d.p.r. n. 1199/1971, fosse indicativa della sua effettiva funzione, ovvero se le sue peculiarità non fossero tali da renderlo ascrivibile, nella sostanza, ai rimedi di natura giurisdizionale.

La questione non ha portata meramente teorica. Da un lato, infatti, l'adesione alla seconda delle due opzioni permette di riconoscere la possibilità, per le Sezioni consultive del Consiglio di Stato, di sollevare questione di legittimità costituzionale e di chiedere

1959, 788 ss.; M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959, 10 ss.; e A. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1267 ss.; anche da L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2664 ss.

³ Dubbi furono espressi da A.S. AGRÒ, *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. Avv. St.*, 1948, 10, 1 ss.; E. CIARDULLI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Avv. St.*, 1951, 39 ss.

Riteneva l'istituto del ricorso straordinario compatibile con il nuovo ordinamento repubblicano U. BORSI, *Sui ricorsi straordinari al re al momento della proclamazione della Repubblica e sui ricorsi analoghi eventualmente istituibili*, in *Amm. it.*, 1946, 168-170. Consideravano inoltre infondati i dubbi di costituzionalità (in particolar modo, quelli concernenti la mancata indicazione di una tale attribuzione tra i poteri del Presidente della Repubblica disciplinati dall'art. 87 Cost.) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, ed. 1954, 99; A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. it.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 387 ss. (cfr. anche ID., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1984, 1214 ss.).

Secondo C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 1222-1223, la compatibilità costituzionale dell'istituto sarebbe stata a rischio laddove lo si fosse considerato come rimedio puramente amministrativo. La regola dell'alternatività presuppone infatti che vi sia un rimedio che offra garanzie equivalenti a quelle giurisdizionali: ciò che non può avvenire laddove il parere non sia vincolante, non sia possibile sollevare questione di legittimità costituzionale e non sia esperibile ricorso per l'ottemperanza. Riteneva V. BACHELET, *op. loc. ult. cit.*, spec. 814 ss., che per porsi rimedio alle mancanze del ricorso straordinario avrebbe dovuto superarsi la regola dell'alternatività, riconoscendosi contestualmente l'impugnabilità del decreto del Presidente della Repubblica come atto amministrativo ai sensi dell'art. 113 Cost., così ammettendosi, in definitiva, che (840) "il ricorso straordinario non è incompatibile con il nostro sistema costituzionale solo se e in quanto se ne riconosca senza incertezze la natura amministrativa".

La Corte costituzionale, come è noto, si è più volte espressa sulla compatibilità delle particolari previsioni concernenti l'istituto in esame, ma non l'ha reputato di per sé incompatibile con l'ordinamento costituzionale: cfr. tra le altre sent. n. 78 del 2 luglio 1966, in *Giur. cost.*, 1966, 1013 ss.

un'interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, oltre a consentire l'esperimento del giudizio di ottemperanza per il caso di mancato adempimento della P.A., e, soprattutto, l'impugnabilità per Cassazione della decisione ai sensi dell'art. 111 Cost. Dall'altro, però, tale soluzione è stata reputata difficilmente compatibile con i canoni costituzionali, soprattutto in relazione alla conformità del rimedio ai principi del contraddittorio e del giusto processo⁴.

In questo quadro, l'intervento della citata l. n. 69/2009 è stato accolto, come si vedrà meglio nel proseguo, come l'ulteriore e definitivo passo verso la giurisdizionalizzazione dell'istituto.

Secondo quanto sostenuto dall'indirizzo maggioritario, infatti, andrebbe ormai abbandonata del tutto l'impostazione tradizionale che vedeva nel ricorso straordinario un rimedio di natura amministrativa, per aderirsi alla diversa interpretazione che qualifica l'istituto in esame come rimedio solo formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale⁵.

Conclusioni, questa, che tuttavia non ha soddisfatto quella parte della dottrina che, con varie argomentazioni, ha sottolineato come negare il carattere amministrativo al ricorso straordinario farebbe venir meno la *ratio* di questo rimedio alternativo, oltre a renderlo di dubbia compatibilità con il dettato costituzionale⁶.

⁴ Cfr., oltre a quanto sostenuto nei vari contributi richiamati *infra* in nota, L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 702, secondo cui “ove sia dato constatare che tale disciplina non è conforme a quanto stabilito nell'art. 111, comma 2, Cost., non pare si possa sfuggire all'alternativa tra il predicarne medesimamente la natura giurisdizionale, ma nel contempo riconoscerne l'incostituzionalità, o il negarne la riportabilità alla funzione giurisdizionale e così sottraendosi a doverne considerare la conformità alla Costituzione sotto il profilo considerato”.

⁵ In questo senso, tra gli altri, A. AULETTA, *Il legislatore “muove un passo” (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss. (più cauto tuttavia in ID., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *Giustamm.it*, 2011); P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2720 ss.; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, *loc. ult. cit.*; N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, l. 69/2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Secondo F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 214, il nuovo ricorso straordinario, come delineato dal legislatore del 2009, sarebbe “un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e – verosimilmente – incostituzionale nella struttura”. Cfr. anche ID., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012, 93 ss. Ritene che anche a seguito delle ultime riforme il ricorso al Presidente della Repubblica non abbia assunto natura giurisdizionale G. D'ANGELO, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *Giustamm.it*, 2013. Dello stesso avviso anche A. TRAVI, *Ricorso straordinario*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Agg. Dig. ipert.*, 2011, §

Dal canto suo, la giurisprudenza, ordinaria e amministrativa, ha avuto modo di esprimersi per la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato sia ammettendo la possibilità di adire il giudice dell'ottemperanza per portare ad esecuzione le decisioni adottate in sede di ricorso straordinario⁷, sia ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 362 c.p.c. nei confronti di queste⁸.

E' in questo quadro che è intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale in commento, la quale, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, co. 8, c.p.a. sulla limitazione dell'ammissibilità del rimedio straordinario per le sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, si è espressa anche sull'assetto assunto dal rimedio in esame a seguito della riforma del 2009, ritenendolo implicitamente compatibile con le norme costituzionali.

2. Il quadro di riferimento

Come si è anticipato, fino all'intervento del legislatore del 2009 la posizione maggioritaria era nel senso di riconoscere al ricorso straordinario natura amministrativa. Superata infatti una più risalente impostazione che qualificava l'istituto in esame come rimedio giurisdizionale⁹ – ciò anche in ragione del parallelismo, allora nettamente più accentuato, tra il ricorso alla IV Sezione e quello straordinario al Re¹⁰ – la dottrina e la giurisprudenza si erano assestate sulla soluzione opposta, volta a valorizzarne appunto il carattere

15, quando afferma che il riconoscimento dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza appare “frutto di una ambigua assimilazione di rimedi sostanzialmente diversi, come sono diversi i ricorsi amministrativi da quelli giurisdizionali”. Dubbi di incostituzionalità derivanti da un'incompleta giurisdizionalizzazione dell'istituto sono espressi da F. SAITTA, *Il ricorso straordinario*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1329-1331.

⁷ Cfr. le pronunce cit. *infra*, par. 3.

⁸ Si vedano le pronunce cit. *infra*, al par. 4.

⁹ Si può rilevare da L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, I, Roma, 1932, 8, n. 2, come, nonostante il ricorso straordinario fosse da qualificarsi di carattere amministrativo secondo le autorevoli opinioni – a cui lo stesso A. aderiva – di Cammeo e Ranelletti (cit. *infra* in nota), nonché secondo la giurisprudenza della Cassazione (l'A. cita tra le altre Cass. di Roma, 13 gennaio 1909, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, II, 423), il giudice amministrativo, in particolare Cons. St., ad. gen., 16 gennaio 1908, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, II, 87, fosse dell'avviso che esso avesse carattere giurisdizionale.

¹⁰ Così M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario*, cit., 18. Si pensi del resto che, alla fine del XIX secolo, non vi era pieno accordo neppure sulla natura della competenza della IV Sezione, se amministrativa o giurisdizionale: cfr. in particolare V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, nel vol. III del *Trattato*, 743 ss. e 758 ss.

amministrativo¹¹.

Tale indirizzo è stato poi costantemente ribadito nei decenni successivi.

Le più importanti prese di posizione in tal senso possono rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte costituzionale precedente alla riforma. Nonostante ne avesse evidenziato la peculiare posizione nell'ambito dei ricorsi amministrativi, infatti, il giudice delle leggi si era finora sempre mostrato fermo nell'affermare che il rimedio in esame avesse natura amministrativa¹²; di qui l'impossibilità di accedere al sindacato di legittimità per le questioni sollevate nell'ambito dello stesso.

Questa posizione era stata ribadita, da ultimo, nella sentenza n. 254 del 21 luglio 2004¹³. In quell'occasione la Consulta, nel confutare l'ordinanza di rimessione, non soltanto aveva negato rilevanza al proprio precedente con cui era stata ammessa la sindacabilità delle questioni sollevate dalla Corte dei conti in sede di controllo¹⁴ – in ragione del fatto che in quelle ipotesi ci si trovava dinnanzi all'esigenza “di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che ad esso altrimenti sfuggirebbero” – ma soprattutto non aveva ritenuto vincolante, ai fini della proponibilità del giudizio di legittimità costituzionale, il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario da parte della Corte di giustizia delle (allora) Comunità europee.

In effetti, è da dire che la riapertura del dibattito sulla qualificazione, amministrativa o giurisdizionale, da attribuire al rimedio in esame, sembra essere avvenuta proprio a seguito

¹¹ Cfr. F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 624; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 266-267; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, ed. 1938, 135; U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 85. In questo senso anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, cit., 1213; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 78-80. *Contra* M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario*, cit., 79, secondo cui la decisione sul ricorso straordinario avrebbe avuto la natura “di atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente di atto atipico del Capo dello Stato”.

¹² Si vedano, in particolare, Corte cost., sentt. n. 298 del 31 dicembre 1986; n. 148 del 29 luglio 1982; n. 31 del 25 febbraio 1975; ord. n. 56 del 13 marzo 2001.

¹³ Corte cost., sent. n. 254 del 21 luglio 2004, con note critiche di N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 779 ss.; A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2461 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss.; M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2004, 2249 ss. Conformi anche Corte cost., ordd. n. 357 del 25 novembre 2004; n. 392 del 17 dicembre 2004.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sentt. n. 226 del 18 novembre 1976; n. 384 del 17 ottobre 1991.

di quella pronuncia, intervenuta in sede europea alla fine degli anni novanta del secolo scorso, con la quale si è affermata la possibilità per le Sezioni consultive del Consiglio di Stato di rimettere alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale¹⁵. Tale presa di posizione, tuttavia, non poteva considerarsi in tutto e per tutto dirimente, in quanto, come è stato da più parti notato, e come dalla stessa Corte di giustizia costantemente ribadito¹⁶, la nozione di giurisdizione utilizzata in ambito comunitario è del tutto autonoma rispetto a quella propria dei vari ordinamenti nazionali e, nella specie, è funzionale a permettere un ricorso in via pregiudiziale che garantisca l'effettività del diritto comunitario. Ciò che aveva appunto consentito alla Corte costituzionale, nella pronuncia appena richiamata, di concludere in senso difforme dai giudici di Lussemburgo.

Maggiori perplessità si sono invece registrate in merito all'ultimo dei tre profili che qui vengono in rilievo, a dire l'ottemperabilità delle decisioni rese dalle Sezioni consultive del Supremo Consesso amministrativo.

Anche per questa ipotesi l'impostazione tradizionale era nel senso di negarne l'ammissibilità in ragione, appunto, della natura amministrativa dell'istituto¹⁷: laddove l'Amministrazione fosse rimasta inadempiente, l'unica soluzione a disposizione del privato era quella di indirizzare alla stessa una diffida ad adempiere ed esperire, in caso di inerzia, ricorso avverso il silenzio; qualora invece fossero stati adottati atti in violazione o elusione della decisione

¹⁵ Corte giust., sent. 16 ottobre 1997, cause riunite C-69-79/1996, *Garofalo e altri c. Ministero della Sanità*, annotata, tra gli altri, da M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. app.*, 1998, 444 ss.; M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 147 ss.; G.B. GOLETTI, *L'art. 177, Tr. Ce e la sua applicabilità*, in *Foro amm.*, 1997, II, 2615 ss.; M.T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 694 ss. Conforme, sia pure in maniera implicita, Corte giust., sent. 18 settembre 2003, n.C-292-293/2001, *Albacorn e Infostrada c. Ministero Tesoro*.

¹⁶ A partire da Corte giust., 30 giugno 1966, in causa C-61/1965, *Vaassen-Göbbels c. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*. Cfr. anche Corte giust., sent. 30 marzo 1993, in causa C-24/92, *Corbiau c. Administration des Contributions*. Sul punto si veda, tra gli altri, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, 2010, 296, n. 44.

¹⁷ In tal senso si veda soprattutto Cass., sez. un., n. 3141 del 2 ottobre 1953, con la quale si annullò la pronuncia del Cons. St., sez. IV, n. 430 del 16 ottobre 1951 (in *Foro it.*, 1952, III, cc. 9 ss., con nota adesiva di M. RIVALTA, *Sull'applicabilità dell'art. 27, n. 4 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054 ai decreti del Capo dello Stato che decidono ricorsi straordinari*), che si era espressa, invece, in senso favorevole alla sua ammissibilità (in senso adesivo alla pronuncia della Cassazione, e critico dell'opinione espressa dalla Rivalta, si veda L. ACQUARONE, *Inadempimento di decisione su ricorso straordinario ed esperibilità del ricorso previsto dall'art. 27, n. 4, t.u. sul Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1955, IV, cc. 77 ss.). Da quel momento l'indirizzo negativo non fu messo in discussione: cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, n. 711 del 23 ottobre 1973; sez. VI, n. 146 del 10 febbraio 1999; sez. I, n. 910 del 24 novembre 1999.

resa in sede straordinaria, questi dovevano essere impugnati nell'ordinario giudizio di cognizione, a cui avrebbe poi potuto far seguito un giudizio di ottemperanza. Sistema che – è da dire – nel tentativo di rimanere coerente con le premesse teoriche da cui muoveva, tradiva evidenti forzature: così, ad es., non risultava possibile estendere l'ambito del sindacato giurisdizionale ad aspetti già definiti in sede straordinaria.

Tale soluzione è tuttavia divenuta meno univoca a partire dal primo decennio di questo secolo, quando un nuovo orientamento del Consiglio di Stato¹⁸, traendo le mosse dalle posizioni espresse dai giudici di Lussemburgo, ha iniziato ad affermare la possibilità, per le decisioni rese in sede di ricorso straordinario, di essere portate ad ottemperanza. Nonostante questo *revirement* non fosse durato a lungo¹⁹ – in parte perché avversato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁰, in parte anche in ragione dell'intervento (pur indiretto) della Corte costituzionale nel 2004, di cui si è detto – non mancarono negli anni successivi pronunce conformi al nuovo indirizzo, soprattutto da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana²¹.

L'incertezza che si era venuta delineando – e della quale costituiva evidente riscontro il proliferare delle discussioni dottrinali sull'argomento – ha dunque convinto il legislatore ad intervenire profondamente sull'istituto²², rimodellandolo in ragione dei maggiori punti critici

¹⁸ Cons. St., sez. IV, n. 6843 del 20 dicembre 2000, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss., con nota di F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio d'ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. St., sez. IV, n. 6695 del 15 dicembre 2000; sez. V, n. 5934 del 22 novembre 2001.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, n. 3699 del 5 luglio 2002; sez. V, n. 456 del 29 gennaio 2003; sez. V, n. 5036 del 29 agosto 2006.

²⁰ Cass., sez. un., n. 15978 del 18 dicembre 2001 (in *Riv. amm. Rep. it.*, 2002, 229 ss., con nota di I. CACCIAVILLANI, *L'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario: una negazione ingiustificata*), la quale, cassando la pronuncia Cons. St., n. 6695/2000, cit., ha negato la possibilità di adire il giudice dell'ottemperanza in ragione della natura amministrativa del ricorso straordinario, a nulla rilevando la diversa posizione fatta propria dalla Corte di giustizia: "tra le due nozioni" di organo giurisdizionale, quella nazionale e quella comunitaria, non vi è, infatti, "necessaria coincidenza, come è confermato dalla circostanza che talvolta a Corte di giustizia ha attribuito natura giurisdizionale anche ad organi ai quali detto carattere non era riconosciuto dai rispettivi ordinamenti nazionali". Cfr. *supra*.

²¹ C.G.A. Reg. Sic., n. 695 del 19 ottobre 2005, con note di A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3068 ss.; e di F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, *ivi*, 3737 ss. Analogamente, C.G.A. Reg. Sic., n. 379 del 28 aprile 2008.

²² Ulteriori modifiche legislative erano già intervenute nel corso degli ultimi anni: così l'art. 3 della l. 205 del 21 luglio 2000 ha introdotto la sospensiva quale misura cautelare nell'ambito del procedimento del ricorso straordinario, adottata su conforme parere del Consiglio di Stato; inoltre l'art. 245 del Codice dei contratti pubblici aveva previsto tra gli strumenti di tutela nelle procedure concorsuali, in alternativa a quello ordinario dinnanzi al g.a., il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Modifiche che, seppur di gran

emersi in sede giurisprudenziale.

In particolare, come si è già anticipato, con l'art. 69 della l. n. 69/2009 sono state introdotte due rilevanti modifiche: la prima all'art. 13, d.p.r. n. 1199/1971, ove ora è previsto, in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale dominante fino alla novella del 2009, che la Sezione consultiva «se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, 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»; la seconda all'art. 14 del medesimo d.p.r., ove è stata eliminata – in adesione all'autorevole insegnamento di Costantino Mortati²³ – la possibilità per il Ministro competente, previa delibera favorevole del Consiglio dei Ministri, di discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Stato.

Modifiche che, in definitiva, hanno fatto venir meno due dei più importanti capisaldi che avevano permesso di ancorare il rimedio in esame a quelli di matrice amministrativa. Da un lato, infatti, non è più possibile sostenere che il decreto attraverso il quale la decisione è emanata sia idoneo a rendere l'autorità amministrativa partecipe della decisione stessa, come avveniva fino a quando era contemplata la facoltà – pur solo astratta, giacché pressoché mai esercitata²⁴ – di discostarsi dal parere della Sezione consultiva. Dall'altro, inoltre, è stato sostanzialmente sconfessato il precedente insegnamento della Corte costituzionale sulla inammissibilità della q.l.c. sollevata in sede straordinaria e, con esso, l'apparato argomentativo che ne stava alla base, volto a negare la natura giurisdizionale del ricorso al Presidente della Repubblica²⁵.

A ciò si deve aggiungere che il Codice del processo amministrativo, entrato in vigore

lunga meno rilevanti rispetto a quelle intervenute con la l. n. 69/2009, sono state interpretate come un avvicinamento dell'istituto in esame ai rimedi di tipo giurisdizionale.

²³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1223, il quale peraltro riteneva che, in caso di opposizione al parere da parte del Consiglio dei ministri, la risoluzione del contrasto doveva essere affidata al Capo dello Stato, quale organo *super partes*.

²⁴ Vi è tuttavia riscontro di un caso recente in cui il Ministero si sarebbe discostato dal parere della Sezione consultiva: cfr. d.p.r. 5 marzo 2004 e Cons. St., sez. II, parere n. 3217/2002.

²⁵ A ciò si aggiunga che l'art. 37, comma 6, della l. n. 111 del 15 luglio 2011 ha sottoposto il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alla disciplina del contributo unificato del processo civile, amministrativo e tributario: ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, lett. e), d.p.r. n. 115 del 30 maggio 2002, come modificato dalla l. n. 228 del 24 dicembre 2012, il contributo per il ricorso straordinario ammonta a 650 euro. Cfr. sul punto P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2636 ss.

soltanto un anno dopo, ha espressamente limitato l'esperibilità del ricorso alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (art. 7, co. 8), così fornendo un ulteriore elemento a favore della tesi che vede nell'istituto in esame un rimedio speciale nell'ambito della giurisdizione del g.a. E in termini analoghi si deve pure considerare il successivo art. 48, comma 3, c.p.a., che sembra aver delineato una particolare ipotesi di *translatio iudicii*²⁶ per il caso in cui l'opposizione risulti inammissibile e il giudizio debba proseguire dinnanzi alle Sezioni consultive²⁷.

3. (segue) Il giudizio di ottemperanza

Nessuna norma si è invece esplicitamente occupata del giudizio di ottemperanza, che pure era stato l'oggetto delle questioni più dibattute da parte della giurisprudenza precedente alla riforma.

Tuttavia, come è stato rilevato fin dai primi commenti, il nuovo decalogo dei provvedimenti suscettibili di ottemperanza contenuto nell'art. 112 del Codice risulterebbe abbastanza ampio da ascrivervi anche le decisioni rese in sede di ricorso straordinario. In particolare la lett. d) di tale disposizione, equiparando alle sentenze passate in giudicato anche gli «altri provvedimenti» per i quali non sia parimenti previsto il rimedio dell'ottemperanza, sembrerebbe fornire una base adeguata a tale scopo²⁸. Questa ricostruzione risulta confortata anche dalla Relazione Governativa al Codice del processo amministrativo, ove si legge che la portata dell'azione per l'ottemperanza è stata ampliata “in recepimento della necessità segnalata dalla Commissione Affari costituzionali del Senato di dare applicazione agli artt. 6

²⁶ In questi termini, Cass., sez. un., n. 23464 del 19 dicembre 2012, citata ampiamente *infra*.

²⁷ In particolare si è posto l'accento sulla circostanza che la norma parli espressamente di “*prosecuzione del giudizio in sede straordinaria*”, ciò che sottolineerebbe la piena equiparazione tra ricorso straordinario e giudizio dinnanzi al g.a., sia per l'utilizzo dell'espressione *prosegue* (a cui tuttavia si contrapporrebbe il *segue* di cui al primo comma della medesima disposizione), sia per la qualificazione del ricorso straordinario quale *giudizio*: cfr. tra gli altri P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 2723; nonché quanto affermato da Cass., sez. un., n. 23464/2012, punto 14 dei Motivi della decisione.

²⁸ Si vedano sul punto V. LOPILATO, *Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 887; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012, 534-537 (che critica la scelta della Cassazione, nella sentenza n. 2065/2011, di fondare l'esperibilità del giudizio di ottemperanza sulla lett. b) dell'art. 112 c.p.a.: cfr. *infra*); C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 1252-1254; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., 2721; L. MARUOTTI, *Libro quarto. Ottemperanza e riti speciali*, in G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 758-759.

e 13 della C.E.D.U.”, i quali, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, prescriverebbero di dare attuazione alle decisioni di giustizia anche laddove adottate da autorità non ascrivibili all’ordine giudiziario²⁹.

L’impostazione volta a sostenere l’ottemperabilità dei decreti presidenziali ha trovato conferma nel 2011 da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁰, a detta delle quali, a seguito delle riforme legislative che si sono ricordate, non convince più del tutto la tesi tradizionale della natura amministrativa del ricorso al Capo dello Stato: secondo la Corte, infatti, le modifiche intervenute parrebbero implicitamente presupporre il riconoscimento di una condizione quantomeno equivalente alla giurisdizionalità, idonea a far assimilare il decreto presidenziale alla sentenza. Ciò che, unito alle nuove norme che regolamentano le decisioni suscettibili di ottemperanza, permetterebbe di includere tra queste anche il decreto adottato in sede di ricorso straordinario.

Tuttavia, la disposizione di riferimento per raggiungere tale scopo non sarebbe da ricercarsi nella lett. d) dell’art. 112, bensì – appunto in ragione dell’assimilazione tra decreto presidenziale e sentenza del g.a. – nella lett. b) della medesima norma, avente ad oggetto le «sentenze esecutive e [gli] altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo». Un’interpretazione, quest’ultima, che sembra presupporre una piena giurisdizionalizzazione del ricorso al Presidente della Repubblica e la sua conseguente completa ascrivibilità all’ambito della giurisdizione amministrativa.

Neppure il Consiglio di Stato, solitamente poco incline a mostrare deferenza nei confronti della Cassazione, si è discostato dal nuovo indirizzo in materia di ottemperanza, aderendo pienamente alla tesi fatta propria dalla Suprema Corte³¹.

²⁹ CEDU, 16 dicembre 2006, *Murevic c. Croazia*, § 69; 15 febbraio 2004, *Romoslov c. Ucraina*, §§ 41, 42 e 47. Tuttavia è opportuno ricordare che la Corte di Strasburgo non ha ritenuto applicabile l’art. 6 CEDU al ricorso straordinario: CEDU, sez. XIII, 28 settembre 1999, *Nardella c. Italia*, su cui *infra*.

³⁰ Cass., sez. un., n. 2065 del 28 gennaio 2011, annotata, tra gli altri, da G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1337 ss.; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la “giurisdizionalità” del ricorso straordinario e l’azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1466 ss.; G. D’ANGELO, *Ricorso straordinario e giudizio d’ottemperanza, il “revirement” della Cassazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 749 ss.; F. D’ORO, *L’esecuzione delle decisioni rese su ricorso straordinario e l’art. 5 c.p.c.: note a margine di Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065*, in *Giur. it.*, 2011, 2668 ss.; M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. app.*, 2011, 546 ss. Cfr. anche Cass., sez. un., n. 2818 del 7 febbraio 2011; n. 5684 del 10 marzo 2011; n. 9447 del 28 aprile 2011; n. 15765 del 19 luglio 2011; n. 21056 del 13 ottobre 2011; n. 28345 del 22 dicembre 2011; n. 29099 del 28 dicembre 2011.

³¹ Cons. St., sez. VI, n. 3513 del 10 giugno 2011; sez. IV, n. 4638 del 29 agosto 2012.

E' però da dire che questa posizione, che pure aveva trovato conferma in sede di Adunanza Plenaria³², non è stata l'unica suffragata dal giudice amministrativo.

Secondo un diverso orientamento, infatti, pur non potendosi revocare in dubbio, in seguito all'introduzione del Codice del processo amministrativo, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza anche nei confronti dei decreti presidenziali, dovrebbe rivedersi la base normativa da porre a fondamento della stessa³³. Da questo punto di vista, non si nega che le riforme da ultimo intervenute abbiano costituito una spinta per il ravvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi giurisdizionali; tuttavia, pure si rileva come questi ultimi rimangano tuttora distinti dal primo, anche in ragione del differente ruolo costituzionale ricoperto dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato rispetto a quelle giurisdizionali³⁴. In questo quadro, dunque, l'equiparazione tra i due rimedi appare possibile solo sul piano dell'atto e degli effetti, e il ricorso per l'ottemperanza potrà essere esperito solo attraverso la disposizione residuale di cui alla lett. d) dell'art. 112 c.p.a.: riferendo, cioè, il decreto presidenziale agli altri provvedimenti equiparati alle decisioni per le quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza; mentre non sarebbe ammissibile la sua inclusione tra le sentenze e i provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo³⁵. Ciò comporta, peraltro, che ai sensi dell'art. 113 c.p.a. il giudice competente a conoscere dell'ottemperanza non sarebbe lo stesso Consiglio di Stato, ma il TAR del Lazio, in qualità di «tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza».

In seguito alle riforme di cui si è dato riscontro, si sono quindi venuti a delineare due diversi indirizzi in merito all'ammissibilità del ricorso in ottemperanza per le decisioni rese in sede di ricorso straordinario, i quali, pur ammettendo entrambi l'esperibilità del rimedio, si sono posti in disaccordo tra loro sulla base legislativa da porvi a fondamento, se la lett. b) dell'art. 112 c.p.a. ovvero la lett. d).

Tale profilo, se può apparire di importanza relativa ai fini pratici – ha lo scopo, invero non del tutto irrilevante, di individuare il giudice competente – rivela l'adesione a due diverse concezioni dell'istituto in esame, nonché della natura della decisione emessa in quella sede,

³² Cons. St., ad. plen., n. 18 del 5 giugno 2012.

³³ In questo senso Cons. St., sez. III, ord. n. 4666 del 4 agosto 2011.

³⁴ Su cui si veda *infra*.

³⁵ Secondo Cons. St., ord. n. 4666/2011, cit., infatti, “la formula del ‘provvedimento equiparato alla sentenza’ [è] quella che meglio si attaglia alla natura tradizionalmente composita, ovvero ‘ambivalente’” del ricorso straordinario.

atteso che, come detto, riconoscere l'ottemperabilità delle pronunce rese in sede straordinaria sulla base della lett. d) significa ritenere che, anche a seguito delle riforme degli anni 2009-2010, al ricorso al Presidente della Repubblica debba essere riconosciuta natura diversa da quella giurisdizionale.

L'ultimo intervento in questo dibattito si è registrato con le pronunce gemelle nn. 9 e 10/2013 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁶, attraverso le quali il Supremo Consesso amministrativo, ritenendo compiuto il percorso di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, ha ribadito la posizione già precedentemente assunta in sede di Plenaria, conforme all'indirizzo fatto proprio dalla Cassazione.

4. (segue) La ricorribilità in Cassazione

L'ultima delle questioni affrontate dalla giurisprudenza in relazione alla problematica in esame – e la più importante, come si avrà modo di spiegare nel proseguo – riguarda l'esperibilità, avverso la decisione adottata in sede straordinaria, del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione *ex art. 111 Cost.* Esperibilità, come ricordato, costantemente esclusa prima della riforma del 2009³⁷.

Tale indirizzo, tuttavia, è venuto meno a seguito di un arresto della Suprema Corte della fine del 2012³⁸, più volte confermato dalla giurisprudenza successiva³⁹, attraverso il quale le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile il ricorso *ex art. 362 c.p.c.* nei confronti delle decisioni rese in sede di rimedio straordinario sulla base della natura sostanzialmente giurisdizionale da assegnare, a seguito dell'evoluzione dell'istituto, al contenuto del parere emesso dalla Sezione consultiva.

La Cassazione, in particolare, ha sottolineato – attraverso un percorso argomentativo poi fatto proprio anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle decisioni nn. 9 e 10/2013 – come l'attribuzione del carattere vincolante al parere adottato in sede straordinaria

³⁶ Cons. St., ad. plen., nn. 9 e 10 del 6 maggio 2013, in *Corr. giur.*, 2014, 224 ss., con la nostra nota *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*; in *Urb. app.*, 2013, 780 ss., con nota di A. DAPAS, L. VIOLA, *L'ottemperanza alle decisioni dei ricorsi straordinari spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza Plenaria*; in *Giur.it.*, 2013, 2374 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*.

³⁷ Cfr. Cass., sez. un., n. 734 del 17 gennaio 2005; n. 23236 del 14 dicembre 2004, annotata da I. CASALI, *Ricorso per cassazione contro decreto del Presidente della Repubblica che decide un ricorso straordinario*, in *Cons. St.*, 2004, II, 2438

³⁸ Cass., sez. un., n. 23464 del 19 dicembre 2012.

³⁹ Cfr. Cass., sez. un., n. 20569 del 6 settembre 2013.

abbia rimosso l'ostacolo che la giurisprudenza costituzionale ravvisava al riconoscimento della natura di "autorità giurisdizionale" al Consiglio di Stato in sede consultiva, rendendo così il provvedimento finale assimilabile nella sostanza al giudicato amministrativo. A sostegno di tale impostazione viene richiamata anche la circostanza che l'art. 7, co. 8, c.p.a., limitando la praticabilità del rimedio alle sole controversie devolute alla giurisdizione del g.a., sancirebbe l'attrazione del ricorso straordinario al sistema della giurisdizione amministrativa, di cui costituirebbe forma speciale e semplificata di esplicazione; nonché il disposto dell'art. 48 c.p.a., il quale – oltre a generalizzare la facoltà di opposizione⁴⁰, in tal modo assicurando una maggiore rispondenza dell'istituto ai principi di cui all'art. 24 Cost. – fa espressamente riferimento alla prosecuzione del giudizio per il caso in cui l'opposizione sia dichiarata inammissibile, così delineando, in sostanza, una particolare ipotesi di *translatio iudicii*. Tutti elementi, dunque, che depongono per la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio.

Le Sezioni Unite si sono poi fatte carico di valutare anche i dubbi di costituzionalità derivanti da una siffatta impostazione, giacché, secondo un'opinione che si è venuta consolidando nel corso degli anni, sopra ricordata, la coerenza dell'istituto con la Carta fondamentale sarebbe assicurata proprio dalla sua natura amministrativa.

La questione era stata oggetto di espressa analisi anche da parte della giurisprudenza amministrativa successiva alla riforma del 2009: in particolare, il TAR Lazio con la sentenza n. 4104/2010 aveva concluso nel senso dell'impossibilità di supportare l'interpretazione volta a sostenere la natura giurisdizionale del rimedio, pena la sua incostituzionalità per violazione degli artt. 125 e 137 Cost.⁴¹.

⁴⁰ Questa l'interpretazione che all'espressione "*parte nei cui confronti è stato proposto il ricorso straordinario*", contenuta nell'art. 48 c.p.a., hanno dato le Sezioni Unite, seguite anche sotto tale profilo da Cons. St., ad. plen. nn. 9 e 10/2013. In senso contrario alla generalizzazione della facoltà di opposizione, in ragione dell'impossibilità della normativa codicistica, per i limiti della delega, di andare ad innovare sulla disciplina inerente alla fase interna del ricorso straordinario, si era in precedenza espresso G. PELLEGRINO, *Art. 48*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 464 e 466.

⁴¹ TAR Lazio, sez. I, n. 4104 del 16 marzo 2010, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 992 ss., con nota di 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*; e in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818 ss., con nota di F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del "nuovo" ricorso straordinario*. Secondo il TAR la riforma, che peraltro non avrebbe portata retroattiva, non avrebbe fatto venir meno la natura amministrativa del ricorso straordinario, per l'irrimediabile contrasto che altrimenti si produrrebbe con le due norme costituzionali citate nel testo: consegue da ciò l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni adottate in sede straordinaria. Si badi che questa sentenza, se è rilevante per la presa di posizione sulla natura del

Di opinione opposta sono però le Sezioni Unite – anche in questa parte, riprese dall’Adunanza Plenaria nelle pronunce nn. 9 e 10/2013 – le quali si sono espresse per la compatibilità con la Costituzione dell’assetto derivante dal nuovo inquadramento del ricorso straordinario.

In disparte i rilevi relativi alla garanzia del doppio grado di giurisdizione⁴², si è evidenziato come la costruzione ermeneutica elaborata a seguito delle riforme del 2009-2010 risulti compatibile con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali sancito dall’art. 102, comma 2, Cost.: secondo la Suprema Corte, infatti, anche precedentemente alle citate modifiche legislative vi sarebbe stata la decisione di un contenzioso, la quale, una volta depurato il relativo procedimento dagli aspetti non compatibili con il riconoscimento allo stesso della natura giurisdizionale, rientrerebbe a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell’art. 103, comma 1, Cost., che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa⁴³.

Rimarrebbero, ammette la Corte, ulteriori profili di dubbia legittimità, in particolar modo concernenti l’istruttoria, ma questi ben possono essere superati attraverso l’azione interpretativa della giurisprudenza e l’eventuale percorso riformatore del legislatore.

Successive pronunce delle Sezioni semplici hanno poi avuto modo di condurre le considerazioni appena richiamate alle loro naturali conseguenze, in relazione, in particolare, all’attitudine della decisione emanata in sede straordinaria a costituire cosa giudicata⁴⁴. Ciò, infatti, pur se non affermato *expressis verbis* nella pronuncia n. 23464/2012, costituirebbe, secondo la III Sezione della Cassazione, una conseguenza della giurisdizionalizzazione, cosicché la pronuncia sul ricorso, in quanto ‘giurisdizionale’ in maniera non dissimile da

ricorso al Capo dello Stato, lo è meno per quanto concerne l’esperibilità dell’ottemperanza, atteso che essa, sebbene successiva alla riforma del 2009, è però anteriore al Codice del processo amministrativo e, quindi, all’introduzione della norma di cui all’art. 112 dello stesso: il che non permetteva ai giudici del TAR di andare oltre l’alternativa natura giurisdizionale/ammissibilità del giudizio di ottemperanza, natura amministrativa/inammissibilità dell’ottemperanza.

⁴² A tal proposito, si è affermato che il disposto dell’art. 125, comma 2, Cost., relativo all’istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado, non può dirsi violato, in quanto – anche a non considerare che la riserva elaborata dalla giurisprudenza costituzionale abbia in realtà lo scopo di impedire l’attribuzione ai tribunali amministrativi regionali di competenze giurisdizionali in unico grado (cfr. *ex multis* Corte cost., sent. n. 108 del 9 aprile 2009; ord. n. 395 del 31 marzo 1988) – la garanzia del doppio grado di giurisdizione sarebbe in ogni caso pienamente assicurata dalla circostanza che sono le stesse parti ad optare per il procedimento speciale, con il conseguente accesso *per saltum* al giudice di secondo grado.

⁴³ La Corte, a tal fine, ha effettuato un parallelismo tra la vicenda in esame e quella che ha interessato le Commissioni tributarie negli anni ’70 del secolo scorso: cfr. *infra* in nota.

⁴⁴ Cass., sez. III, n. 19531 del 26 agosto 2013; sez. III, n. 20054 del 2 settembre 2013.

quella assunta dall'ordinario giudice amministrativo, sarebbe idonea a passare in giudicato secondo le logiche proprie del giudizio amministrativo; il che a sua volta escluderebbe che essa possa assumere la natura di atto amministrativo disapplicabile dal giudice ordinario ai sensi della legge n. 2248/1865, All. E.

Conclusioni, queste, che paiono riecheggiare quelle di oltre un secolo fa sulla natura giurisdizionale della IV Sezione.

5. La pronuncia della Corte costituzionale

Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità dell'art. 7, co. 8, c.p.a., il quale, limitando l'esperibilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, ha innovato sulla prassi giurisprudenziale fino ad allora prevalente, secondo cui il rimedio in esame andava ammesso anche in quei casi ove la giurisdizione apparteneva al giudice ordinario⁴⁵.

La disposizione censurata sarebbe incorsa, a detta del giudice rimettente⁴⁶, nella violazione della norma di delega di cui all'art. 44, l. n. 69/2009: quest'ultima, infatti, aveva ad oggetto unicamente il riassetto della disciplina del processo amministrativo, a cui il ricorso straordinario, quale rimedio di carattere amministrativo, sarebbe estraneo.

Per rispondere al quesito sollevato, la Corte doveva esprimersi, necessariamente, anche su due questioni ulteriori, in merito alle quali, come riferito, la dottrina posteriore al Codice ha molto dibattuto: a dire, la costituzionalità dell'art. 69, co. 1, l. n. 69/2009, con il quale,

⁴⁵ Secondo il tradizionale indirizzo per cui il ricorso straordinario risultava proponibile in tutti i casi in cui si impugnava un atto amministrativo, a prescindere dalla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo: cfr., tra le altre, Cons. St., ad. gen., n. 45 del 29 aprile 1971, in *Cons. St.*, 1980, I, 108. Indirizzo successivamente ribadito da Cons. St., ad. gen., n. 72 del 29 maggio 1997, in *Cons. St.*, 1998, I, 1452; e da Cons. St., ad. gen., n. 9 del 10 giugno 1999, in *Foro amm.*, 1999, 2160 ss., con nota critica di *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di impiego pubblico privatizzato*, la quale, in relazione all'importante problematica concernente la materia del pubblico impiego privatizzato, ha ritenuto esperibile il rimedio in esame anche a fronte di atti solo soggettivamente amministrativi. Secondo questa giurisprudenza, poiché anche fuori dall'ambito della giurisdizione esclusiva esistono casi in cui, pur in presenza di un atto amministrativo, la tutela del diritto che si pretenda leso va domandata al giudice ordinario e non al giudice amministrativo, tale atto andava considerato impugnabile tramite ricorso straordinario, esperibile a tutela non solo di interessi legittimi ma anche di diritti. In quei limiti, il ricorso straordinario per l'annullamento dell'atto e l'azione civile per l'accertamento del diritto dovevano ritenersi rimedi concorrenti e non alternativi, ferma restando la possibilità per il giudice ordinario di disapplicare l'eventuale decisione del ricorso (cfr. *ex multis* Cass., n. 2368 del 25 febbraio 1978) e l'improcedibilità del ricorso stesso ove previamente si fosse formato il giudicato in sede civile (tra le altre, Cons. St., sez. I, n. 1218 del 17 gennaio 2001).

⁴⁶ Cons. St., sez. I, ord. n. 2986 del 20 maggio 2013.

modificandosi l'art. 13, co. 1, d.p.r. n. 1199/1971, si è riconosciuta in via legislativa la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva a sollevare un'incidente di costituzionalità⁴⁷; nonché la generale compatibilità a Costituzione del nuovo assetto del ricorso straordinario, così come si è venuto configurando a seguito delle riforme del 2009-2010.

Il giudice delle leggi, con una succinta ma incisiva motivazione, ha risposto positivamente alle prime due questioni, ammettendo quindi, sia pure in maniera implicita, la perdurante costituzionalità dell'istituto.

Secondo la Corte, in particolare, le innovazioni intervenute con la l. n. 69/2009, e in special modo l'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che ha assunto in tal modo carattere di decisione, avrebbero modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale sostanzialmente assimilabile ad un giudizio ai fini della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità. Senza entrare nel merito della questione del riconoscimento di tale legittimazione con norma di legge ordinaria, che pure aveva destato perplessità⁴⁸, la Consulta supera quindi il suo precedente indirizzo restrittivo⁴⁹, basato appunto sulla non riconducibilità del ricorso straordinario ad un giudizio in senso proprio, in ragione, in particolare, della possibilità per il Ministro di discostarsi dal parere.

Allo stesso modo – sempre, cioè, in considerazione del fatto che l'istituto ha perduto, con la riforma del 2009, la sua connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo – viene reputato costituzionalmente legittimo il disposto dell'art. 7, co. 8, c.p.a.

⁴⁷ Dubbi in proposito erano stati sollevati, tra gli altri, L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. app.*, 2009, 1289. Dubbi peraltro condivisi anche da alcuni di coloro che hanno sostenuto l'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso al Capo dello Stato: così N. PIGNATELLI, *Sulla natura del ricorso straordinario*, cit., ha ritenuto che il potere di riconoscere la sussistenza di un giudice e di un giudizio spetti comunque alla Corte costituzionale, la cui valutazione non può essere sostituita da quella del legislatore ordinario neppure nei casi in cui i requisiti di giurisdizionalità siano effettivamente presenti. Cfr. in proposito i rilievi dello stesso L. BERTONAZZI, *op. loc. ult. cit.*, n. 27, secondo cui in altri casi in cui la legge ordinaria ha riconosciuto ad un organo la legittimazione a sollevare q.l.c. la Corte costituzionale ha comunque provveduto ad autonoma valutazione sull'effettiva sussistenza dei relativi requisiti.

⁴⁸ Cfr. quanto detto alla nota precedente.

⁴⁹ Invero, già Corte cost., n. 265 del 13 novembre 2013, aveva riconosciuto al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede di ricorso straordinario al Presidente della Regione, la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in forza del nuovo testo dell'art. 13, d.p.r. n. 1199/1971, ma la Corte, in quella occasione, non si era espressa in modo esplicito sulla costituzionalità della disposizione.

Tale norma, infatti, essendo intesa a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di applicazione di un rimedio giustiziale "attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche", non potrebbe considerarsi al di fuori dell'oggetto della delega sul riassetto del processo amministrativo, la quale include, fra l'altro, il riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni. La disposizione contestata ha, dunque, "una evidente finalità di ricomposizione sistematica", in quanto evita che l'esperibilità del ricorso al Presidente della Repubblica anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario – che avviene in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, secondo la tradizione interpretativa consolidatasi *praeter legem* nel presupposto della natura amministrativa del rimedio, in virtù della quale al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – si trasformi, nel nuovo contesto, "in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo".

6. Il ricorso straordinario quale rimedio "giustiziale"

L'aspetto di maggiore rilevanza della sentenza in commento è l'aver ritenuto che, a seguito della riforma del 2009, il ricorso al Capo dello Stato avrebbe assunto la qualità di "rimedio giustiziale amministrativo", in quanto la vincolatività del parere espresso dalle Sezioni consultive permetterebbe di escluderne la natura amministrativa.

Occorre ora valutare se l'espressione "rimedio giustiziale" possa ritenersi equivalente a quella di rimedio "formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale" utilizzata dalle Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria; se, in altri termini, la presa di posizione della Consulta possa considerarsi compatibile con la tesi, fatta propria dai due supremi consessi, ordinario e amministrativo, della "sostanziale" giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario⁵⁰. Come sopra già accennato, infatti, secondo Cassazione e Consiglio di Stato si sarebbe assistito, in ragione delle modifiche intervenute – più che ad una radicale

⁵⁰ In questo senso i primi commenti alla sentenza: cfr. L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 715 ss.

trasformazione dell'istituto, come sostenuto da una parte della dottrina⁵¹ – ad una sua (tardiva) revisione ai sensi della VI disposizione transitoria e finale della Costituzione⁵², che ne avrebbe confermato la sostanziale natura giurisdizionale, al pari di quanto a suo tempo avvenuto per le Commissioni tributarie⁵³ (ciò che permette, come detto, di evitare ogni contrasto con l'art. 102 Cost., che vieta l'istituzione di nuovi giudici straordinari o speciali).

Chi scrive aveva già avuto modo di sostenere, nel commentare le pronunce gemelle della Plenaria, che l'impostazione da queste affermata dava adito a più di una perplessità (anche per la stessa ambiguità della formula “formalmente amministrativo e sostanzialmente giurisdizionale”, di cui si dirà) e che una diversa interpretazione della riforma poteva essere sostenuta appunto sulla base della natura giustiziale del ricorso straordinario⁵⁴. Ora, come è evidente, tale tesi risulta di molto rafforzata dalle conclusioni della Corte costituzionale.

Si tenga presente, a tal proposito, come le difficoltà di inquadramento del ricorso straordinario – secondo quanto agevolmente riscontrabile nel quadro sinteticamente delineato alle pagine precedenti – derivino dalla costante commistione tra i due diversi caratteri che connotano l'istituto in esame, ossia quello amministrativo e quello giurisdizionale, l'uno concernente la provenienza soggettiva, nonché la natura, dell'atto,

⁵¹ Secondo quanto prospettato da N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, l. 69/2009)*, cit.

⁵² Cfr., sul punto, Cass., sez. un., n. 23464/2012, già analizzata *supra*. In dottrina, L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 285.

⁵³ Con la sentenza Corte cost., n. 287 del 27 dicembre 1974, il giudice delle leggi ha infatti ritenuto che il legislatore, attraverso la riforma delle commissioni tributarie, “abbia inteso esercitare il potere di revisione che la VI disp. trans. Cost. prevede proprio per gli organi speciali di giurisdizione già esistenti nell'ordinamento al momento dell'entrata in vigore della Costituzione”, aggiungendo inoltre, come “la nuova legislazione – imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni – esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa. Non si può disconoscere che, di fronte al ricordato contrasto giurisprudenziale in ordine a quel problema, il legislatore avesse il potere di rimuovere ogni incertezza: e per le cose dette è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie. Di ciò la Corte costituzionale non può non prendere atto e concludere in conseguenza per la non fondatezza delle proposte questioni di costituzionalità”, così in sostanza dando riscontro del superamento, in via legislativa, della precedente impostazione fatta propria dalla stessa Corte (sentt. n. 6 del 29 gennaio 1969 e n. 10 del 30 gennaio 1969) sulla natura amministrativa delle Commissioni tributarie.

⁵⁴ Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 236 ss.

Alla medesima impostazione sembra peraltro fare riferimento anche F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2378, il quale, sempre in sede di commento della Plenaria n. 9/2013, rileva come la formula “sostanzialmente giurisdizionale” non ha ragion d'essere, per come è intesa dal Consiglio di Stato, in un ordinamento come il nostro, che si basa su una concezione formale della giurisdizione.

l'altro relativo all'aspetto funzionale e procedurale. Anche le riforme da ultimo intervenute non hanno permesso a dottrina e giurisprudenza di guardare al rimedio come completamente giurisdizionale, giacché a ciò vi si è opposta l'incontrovertibilità del dato strutturale di una decisione contenuta in un atto amministrativo. Di qui la formula di strumento "formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale" che viene attribuita al 'nuovo' (ma a ben vedere era stata attribuita anche al 'vecchio') ricorso straordinario.

Senonché questa espressione si presta a più di un equivoco, perché essa, di per sé, non sottintende necessariamente la giurisdizionalizzazione prospettata da Cassazione e Consiglio di Stato, giacché nel bilanciamento dei due elementi, formale e sostanziale, si delinea, a ben vedere, anche lo stesso assetto dei rimedi di tipo giustiziale. Tale ambiguità si prospetta in tutta la sua rilevanza proprio nel ricorso straordinario, ove, a differenza degli altri ricorsi amministrativi, è dato riscontrare un'attività contenziosa pura, non invece un'attività contenziosa mista a quella di amministrazione attiva⁵⁵; ciò che è da ricondurre alla sopravvivenza dell'istituto all'abolizione del contenzioso amministrativo e alla sua mancata assimilazione agli altri rimedi previsti dall'art. 3 dell'All. E l. 2248/1865.

Il punto è allora valutare se le modifiche legislative intervenute alla fine dello scorso decennio abbiano completamente svuotato l'aspetto amministrativo del rimedio, fino a trasformarlo nel mero involucro di uno strumento giurisdizionale (secondo l'interpretazione di chi rinviene in esse un intervento di revisione ai sensi della VI disp. trans. fin. Cost., interpretazione alla quale pare meglio attagliarsi la diversa formulazione del ricorso al Capo dello Stato quale "rimedio *apparentemente* amministrativo, ma *effettivamente* giurisdizionale"), ovvero se, proprio sulla base della natura puramente contenziosa dell'istituto, non si possa leggere in questa riforma, più che un'assimilazione del ricorso straordinario alla giurisdizione amministrativa, una sua completa valorizzazione nel contesto dell'amministrazione giustiziale⁵⁶; se, in altre parole, la sostanza che si definisce "giurisdizionale" nient'altro rappresenti se non la piena affermazione del contenuto contenzioso del rimedio in esame.

A questa seconda soluzione sembra a nostro avviso riconducibile l'impostazione fatta

⁵⁵ Così M. NIGRO, *Sul controllo di legittimità da parte della Corte dei Conti degli atti di decisione di ricorsi straordinari*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 465-466. Analogamente E. CANNADA-BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 269-270.

⁵⁶ Di quest'ultimo avviso sono A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009*, cit., 1040, e G. MARTINI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *Giustamm.it*, 2010.

propria dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che le modifiche apportate dalla l. n. 69/2009 hanno trasformato l'antico rimedio amministrativo in un rimedio giustiziale amministrativo, senza tuttavia fare riferimento ad una sua presunta "giurisdizionalizzazione", ma anzi sottolineando come tale rimedio giustiziale sarebbe assimilabile alla giurisdizione amministrativa "solo" sotto "alcuni tratti strutturali e funzionali"⁵⁷.

In altri termini, nella tensione tra l'aspetto contenzioso e l'aspetto amministrativo del rimedio, il primo, una volta venuta meno la possibilità di discostarsi dal parere, si sarebbe pienamente affermato, ma ciò, lungi dal risolversi in una giurisdizionalizzazione dell'istituto, può spiegarsi nelle logiche della natura puramente contenziosa del ricorso straordinario, come tale diverso dagli altri rimedi amministrativi; natura che, secondo la Consulta, può dirsi pienamente affermata solo a seguito del più volte richiamato intervento legislativo.

Il problema è più ampio e riguarda in generale lo stesso concetto di amministrazione giustiziale quale attività amministrativa contenziosa⁵⁸, che a sua volta risulta

⁵⁷ Si noti inoltre come, a differenza dell'Adunanza Plenaria, sentt. nn. 9-10/2013, e delle Sezioni Unite, sent. n. 23464/2012, che hanno utilizzato le espressioni "decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale" o "decisione di giustizia inquadrabile nel sistema della giurisdizione amministrativa", la Corte costituzionale, nella sentenza in commento, faccia riferimento a "l'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione", il quale "ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio *giustiziale*, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", *quantomeno* ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953" (corsivo aggiunto).

⁵⁸ E' noto e non necessita particolari approfondimenti che l'individuazione di una funzione propriamente giustiziale attribuita alla P.A. ha incontrato importanti ostacoli, anche di carattere teorico (su cui ci si limita a richiamare le considerazioni di A. TRAVI, *Decisioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 526-527; ID., *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 383-384), tanto che l'attività di decisione sui ricorsi amministrativi è stata ascritta, secondo le varie interpretazioni, all'attività di controllo (E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 99 ss.), a quella di riesame (M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, cit., 42 ss.), ovvero di autotutela decisoria (F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 547-548), quale funzione amministrativa esercitata in forme processuali (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 137 ss.). A tali aspetti, che meriterebbero ben altro approfondimento, devono aggiungersi le problematiche relative al rapporto funzionale dell'attività giustiziale con quella di amministrazione attiva e con quella giurisdizionale: da un lato, infatti, fino all'entrata in vigore della l. n. 1034/1971, i ricorsi amministrativi risultavano in parte attratti nell'ambito di quest'ultima, in quanto condizione di esperibilità dell'azione dinnanzi al giudice amministrativo (si vedano in proposito i rilievi di S. CASSARINO, *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1975, II, 100-102); dall'altro, la successiva adozione della l. n. 241/1990 ha spostato l'ambito di emersione del contrasto degli interessi al momento procedimentale (pur non potendosi ritenere che ciò comporti l'inutilità di una funzione giustiziale, diversa essendo la contrapposizione degli interessi che ha luogo nel procedimento: cfr. in merito, tra gli altri, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 224 ss.; ID.,

tradizionalmente legato all'identificazione della nozione di decisione amministrativa⁵⁹. Intesa in senso rigoroso, questa categoria è stata riferita ai ricorsi amministrativi⁶⁰, ma, sulla base delle ulteriori riflessioni sul tema, che hanno valorizzato in particolar modo la funzione contenziosa dei rimedi giustiziali e la conseguente necessaria indipendenza dell'organo

Procedimento "efficace" e funzione amministrativa giustiziale, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, 1992, 324 ss.; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, 1994, 565). In generale sui ricorsi amministrativi e sulla funzione giustiziale dell'Amministrazione cfr. anche, oltre agli scritti citati diffusamente in nota, A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, cit., 381 ss., spec. 383-384; L. ARCIDIACONO, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1991, 1 ss., spec. 5 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 875 ss., spec. 977-978; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 2000, 1 ss. Rileva condivisibilmente M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 599, che il limite principale del ricorso amministrativo risiede nella circostanza che questo è rimasto attratto dentro l'orbita "attiva" dell'amministrazione, quando (p. 601) la fase attiva dell'esercizio del potere, con le sue garanzie procedurali, è però "in grado di anticipare il conflitto tra le parti in maniera soltanto astratta"; lo spazio giustiziale, invece, "non è esercizio di potere amministrativo, né tanto meno di potere giurisdizionale, ma ha qualcosa dell'uno e dell'altro": ciò tuttavia non costituisce un'ambiguità, la quale è solo "apparente e figlia di un'impostazione culturale e giuridica che (...) vede con estrema difficoltà l'attribuzione all'amministrazione del potere di dispensare giustizia".

⁵⁹ Non è questa la sede per riportare il dibattito avvenuto intorno alla nozione di decisione amministrativa e al suo rapporto con i rimedi amministrativi di natura giustiziale. Ci si limita a ricordare come questa categoria – elaborata originariamente in Germania allo scopo di estendere la forza e gli effetti della cosa giudicata all'atto amministrativo, e introdotta nel nostro ordinamento da C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. it.*, 1906, IV, c. 213; ID., *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, ivi, 1924, IV, cc. 97 ss. – è stata oggetto di diverse interpretazioni da parte della dottrina: da quelle volte a considerare la decisione amministrativa quale espressione di un'attività di autotutela (F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., 541 ss.), a quelle volte in sostanza a negarne una loro autonomia concettuale rispetto alla nozione di provvedimento amministrativo (E. CANNADA-BARTOLI, *Decisione amministrativa*, cit., 269 ss.), a quelle ancora per cui la decisione rappresenterebbe una manifestazione di volontà che risolve un conflitto di interessi tra l'Amministrazione e l'amministrato (M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose* in *Foro amm.*, 1949, ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, 39; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti*, III, cit., 553 ss., spec. 572 ss.), a quelle infine che hanno identificato la decisione con l'atto inerente ad una controversia nell'ambito di un procedimento contenzioso, pur intendendo tali caratteristiche in senso ampio (M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, *passim*; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 810 ss.). Nella sua evoluzione, ad ogni modo, la decisione amministrativa ha finito per corrispondere all'atto finale dell'attività espressione della funzione giustiziale della P.A., a sua volta ricondotta all'ambito dei ricorsi amministrativi: cfr. F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss., nonché A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit., 524 ss., il quale, reputando eccessivamente generiche le classificazioni proposte dalla dottrina tradizionale, afferma che di decisione amministrativa potrebbe parlarsi soltanto nei casi in cui si sia in presenza di una controversia e di un procedimento contenzioso in senso stretto. In sostanza, risultando la categoria delle decisioni amministrative accomunata a quella dell'attività giustiziale della P.A., si tratta di delimitare l'ambito di questa e la sua estensione quale attività amministrativa contenziosa: cfr. sul punto A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, cit., 7.

⁶⁰ A. TRAVI, *op. loc. ult. cit.*; F. MERUSI, G. TOSCANO, *op. loc. ult. cit.*

decidente, tale corrispondenza non ha più trovato pacifica affermazione⁶¹. Per quel che ci interessa, non sembra potersi negare che, anche seguendo quest'ultima distinzione, tra i rimedi propriamente giustiziali possa essere ricompreso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁶², ove, come appena ricordato, non vi sarebbe commistione tra attività di

⁶¹ La definizione dei rimedi giustiziali quali espressione di una funzione giustiziale in senso proprio, caratterizzati dalla neutralità dell'organo decidente (su cui d'obbligo è il richiamo di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, 264-266) e dall'assenza di elementi propri della funzione di amministrazione attiva, nel cui ambito i ricorsi amministrativi non sarebbero quindi necessariamente ricompresi, ha riscontrato particolare interesse a seguito dell'istituzione di Autorità indipendenti con funzioni anche di tipo contenzioso: cfr. in proposito M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione*, cit., 546; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, cit., 1 ss.; ID., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 67 ss. e 69 ss. In merito alla rispondenza dei ricorsi amministrativi ai requisiti appena riportati si vedano ora M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, *passim*, spec. 127 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Milano, 2012, *passim*, spec. capp. I e II.

In questo quadro, si tratta di a) identificare con precisione la funzione giustiziale della P.A. e i requisiti per la riconducibilità di un particolare rimedio nel suo ambito, con speciale riguardo a ricorsi amministrativi; b) più in generale, valutare il ruolo dell'amministrazione giustiziale nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie; c) considerare la categoria di decisione amministrativa come atto espressione di questa funzione, a dire come 'decisione giustiziale', nel senso appena descritto, e valutarne le conseguenti implicazioni.

In disparte le questioni *sub a)* e *c)*, su cui si è già detto in questa e alle note precedenti, per quanto concerne il problema *sub b)*, concernente il ruolo dei rimedi giustiziali nell'ambito dei mezzi di risoluzione alternativa delle controversie (c.dd. *ADR*), si aderisce qui all'impostazione secondo cui, nei rapporti tra i privati e la P.A., la funzione giustiziale, e con essa i ricorsi amministrativi alla stessa riconducibili, è ascrivibile alle *ADR* c.dd. aggiudicative, cioè caratterizzate da un'attività 'quasi-giurisdizionale', come tali differenti da quelle non aggiudicative, aventi ad oggetto procedure di tipo conciliativo o similari. E' da dire, però, come differenti ricostruzioni sono state proposte in dottrina, le quali rendono dubbia la stessa estensione dei rimedi di tipo giustiziale: cfr. M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, cit., 1 ss.; ID., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 107 ss.; di M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 49 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, cit., 61 ss.; L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2014, 655 ss.

⁶² In proposito, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, cit., 98 ss. non ritiene che il ricorso straordinario possa essere considerato rimedio giustiziale in senso proprio in ragione di taluni profili che ancora lo caratterizzano (ad es., le modalità dell'istruttoria), profili in merito ai quali l'A. auspica un ulteriore intervento legislativo, non ai fini di un completamento della giurisdizionalizzazione dell'istituto, ma per la piena valorizzazione della sua funzione giustiziale (p. 124). Diversa invece l'opinione di M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 162 ss., secondo cui il problema non è se il ricorso straordinario possieda i requisiti minimi per poter essere collocato nell'ambito della tutela giustiziale, atteso che esso, tra i diversi rimedi amministrativi, è quello che meglio risponde ad una classificazione in questi termini, quanto piuttosto se non oltrepassi tali requisiti per collocarsi nell'ambito della tutela giurisdizionale.

amministrazione attiva e attività contenziosa.

Proprio sulla base di tale ragionamento può allora spiegarsi la contrapposizione, affermata dalla Corte costituzionale, tra *ricorso amministrativo* e *rimedio giustiziale amministrativo*, a cui il ricorso straordinario può essere ascritto una volta venuto meno quell'elemento riconducibile ad un'attività amministrativa attiva che prima lo caratterizzava, a dire la mancanza di vincolatività del parere: tale contrapposizione implica, infatti, l'accettazione di una più rigorosa distinzione tra i tradizionali ricorsi amministrativi e i rimedi giustiziali in senso stretto, caratterizzati da un'attività puramente contenziosa (non riconducibile, neppure latamente, a quella di amministrazione attiva), ma alternativi e distinti dalle forme di tutela giurisdizionale. E' in quest'ottica, dunque, che il ricorso straordinario assume il ruolo di *rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale amministrativo*.

Ci sembra coerente con questa interpretazione il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea, della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare, in sede consultiva, questione pregiudiziale, atteso che ciò, come già visto, prescinde dalla qualificazione di giurisdizione propria dell'ordinamento nazionale, e a ben vedere può atteggiarsi, ricorrendone i presupposti, anche ad un rimedio di tipo giustiziale. Stessa conclusione, *mutatis mutandis*, potrebbe valere anche in relazione alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale, tuttavia, continua a non considerare il ricorso straordinario quale rimedio coperto dalle garanzie di cui all'art. 6 CEDU⁶³.

Né l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, considerata l'ampiezza delle situazioni ricomprese nel nuovo art. 112 c.p.a., contrasta con tale impostazione, sempreché, si intende, si riconduca il decreto presidenziale alle fattispecie previste alla lett. d) della disposizione, così affermandone la differenza rispetto ad una sentenza del giudice amministrativo⁶⁴; del

⁶³ Cfr. in particolare CEDU, sez. XIII, 28 settembre 1999, *Nardella c. Italia*, cit., nonché, più di recente CEDU, sez. II, 2 aprile 2013, *Tarantino c. Italia*, in *Foro it.*, 2013, IV, cc. 449 ss., con nota critica di M. ALLENA.

⁶⁴ Secondo quanto già era stato prospettato da L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 704, a detta del quale ben sarebbe stato possibile estendere in via legislativa il rimedio dell'ottemperanza alla decisione adottata in sede di ricorso straordinario, non opponendovisi ostacoli di ordine costituzionale, purché ciò fosse avvenuto annoverando tra i presupposti per il giudizio di ottemperanza non soltanto "una sentenza passata in giudicato, ma" anche "soltanto una pronuncia giustiziale non eseguita". Ciò che sarebbe appunto avvenuto attraverso l'art. 112, lett. d), c.p.a. (in senso contrario, tuttavia, G. D'ANGELO, *La "giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., secondo cui "nel codice presupposto del giudizio d'ottemperanza è sempre una pronuncia giurisdizionale e il riferimento ad "altri provvedimenti", tanto nella lettera b) che nella lettera d) dell'art. 112, comma 2, riguarda sempre provvedimenti giurisdizionali, ancorché diversi

resto, apparirebbe quantomeno discutibile assimilare la pronuncia emanata nell'ambito di un "rimedio giustiziale amministrativo alternativo a quello giurisdizionale amministrativo", come definito dalla Corte, alle "sentenze esecutive e agli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo" contemplati dalla lett. b) dell'art. 112.

Ma, a ben guardare, risulta compatibile con la tesi in esame anche la nuova formulazione dell'art. 13 del d.p.r. n. 1199/1971, che ammette la possibilità di sollevare in sede straordinaria questione di legittimità costituzionale, e di cui il giudice delle leggi ha reputato infondato il dubbio di costituzionalità. Si deve infatti ricordare che la stessa Corte costituzionale aveva considerato la qualità giudice *a quo* nel giudizio di legittimità costituzionale in termini piuttosto estensivi, tanto da ricondurvi, oltre che le Sezioni di controllo della Corte dei conti, seppure per ragioni di opportunità, anche organi, quali gli arbitri nell'ambito dell'arbitrato rituale⁶⁵, soggettivamente estranei all'organizzazione pubblica, di cui è discussa la natura giurisdizionale, e di cui peraltro la Corte di giustizia non reputa ammissibile il rinvio pregiudiziale; ciò che aveva fatto dubitare, anche precedentemente alle riforme da ultimo intervenute, della coerenza tra la posizione assunta dal giudice delle leggi in merito al ricorso straordinario e la sua stessa giurisprudenza⁶⁶.

Ma il dato fondamentale, che permette di mantenere valida la distinzione tra un rimedio giustiziale amministrativo e un rimedio 'sostanzialmente' giurisdizionale (nel senso in cui quest'ultima accezione è stata utilizzata dalle Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria⁶⁷), è a nostro avviso da ricercarsi, oltre che in taluni elementi strutturali del giudizio, nella circostanza che il ricorso viene deciso dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, e risulta quindi espressione, come rilevato da parte della dottrina, di una funzione consultiva di quest'organo, a cui la nostra Costituzione non permette di guardare in termini di unitarietà con la funzione giurisdizionale⁶⁸. Sotto tale profilo, la pronuncia in commento sembra anzi

dalle sentenze").

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 376 del 22 novembre 2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*. Cfr. ora art. 819 bis, n. 3, c.p.c., come modificato dal d. lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006.

⁶⁶ Cfr. N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, cit., 782; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, cit., 655-656.

⁶⁷ Ché, altrimenti, come detto, l'eccessiva genericità di tale espressione non permetterebbe di delineare con precisione la natura dell'istituto e la sua contrapposizione con un rimedio di tipo giustiziale.

⁶⁸ In tal senso si vedano, tra gli altri, L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, 307 ss.; F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione*, cit., 219 ss.;

avvalorare quell'orientamento secondo cui l'art. 100 Cost., nel prendere in considerazione la "tutela della giustizia nell'amministrazione", farebbe riferimento ad una funzione propriamente *giustiziale*, distinta tanto da quella meramente consultiva di cui al medesimo art. 100, che da quella giurisdizionale di cui all'art. 103 Cost.⁶⁹; impostazione che – rispetto al riferimento alla generale funzione consultiva come contrapposta a quella giurisdizionale – permette di superare l'obiezione della vincolatività del parere⁷⁰ e quindi della sostanziale estraneità dell'autorità ministeriale alla formazione della decisione (aspetti che potrebbero apparire non del tutto coerenti con un'attività meramente consultiva).

Tali considerazioni non consentono quindi di aderire alla tesi – sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione nei loro ultimi arresti sul punto, e fatta propria dall'Adunanza Plenaria nelle pronunce nn. 9 e 10/2013, di cui si è detto – secondo cui il legislatore del 2009 avrebbe provveduto al completamento di una altrimenti difettosa funzione giurisdizionale attraverso un intervento di revisione, similmente a quanto a suo tempo avvenuto per le Commissioni tributarie. Ciò non potrebbe infatti verificarsi per il ricorso straordinario, attribuito alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato e, come tale, ricondotto alla funzione (consultiva, o, più propriamente) *giustiziale* dello stesso, in ragione dell'insuperabile distinzione che la Costituzione impone tra questa e la funzione giurisdizionale⁷¹.

G. D'ANGELO, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., i quali, sulla base dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, aderiscono all'interpretazione maggioritaria (V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 40-41; V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1991, 323; M. DE ROSA, B.G. MATTARELLA, *Art. 100*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, II, Milano, 2006, 1944) che legge l'art. 100 Cost. – nella parte in cui fa riferimento al Consiglio di Stato quale organo di tutela della giustizia nell'amministrazione – come norma distinta dagli artt. 103 e 113 Cost., relativi alla giurisdizione amministrativa.

⁶⁹ Cfr. L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 311, secondo, una volta che si è aderito alla tesi di cui alla nota precedente, si debba valutare se il termine "*giustizia nell'amministrazione*" sia meramente reiterativo dell'altra locuzione utilizzata dall'art. 100 Cost., a dire la "*consulenza giuridico-amministrativa*", ovvero se, come l'A. ritiene, esso faccia invece riferimento ad una funzione *giustiziale* distinta tanto da quella meramente consultiva che da quella giurisdizionale, funzione che, proprio per tale motivo, risulterebbe costituzionalmente necessitata. Sul punto cfr. anche A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 464-465.

⁷⁰ Che, ad ogni modo, parere è e parere rimane, anche se vincolante: in questo senso appare importante quanto sostenuto nel parere Cons. St., sez. riun. I e II, n. 2131 del 7 maggio 2012, secondo cui, anche dopo la riforma intervenuta, non potrebbe comunque "escludersi che il Capo dello Stato, per motivi di illegittimità (ad es., attinenti all'esistenza di vizi revocatori) ne chiedi il riesame, restituendo il decreto al Ministero".

⁷¹ Non appare pertanto condivisibile la tesi di L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 729-730, secondo cui l'evoluzione del ricorso straordinario conduce ad una sua concezione quale ricorso *per saltum* al Consiglio di Stato.

7. Rimedio giustiziale e ricorribilità in Cassazione

Come si è detto, la concezione del ricorso straordinario quale “rimedio giustiziale amministrativo”, a cui fa riferimento la Corte costituzionale, permette, a nostro avviso, di giustificare le modifiche intervenute con le riforme del 2009-2010 – vincolatività del parere, possibilità di rimettere alla Corte una q.l.c., ottemperabilità delle decisioni (purché basata sull’art. 112, lett. d), c.p.a.) – nonché gli aspetti che, già precedentemente, potevano destare perplessità – legittimazione a sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell’Unione Europea – senza per questo dover accogliere la tesi della giurisdizionalizzazione dell’istituto, come invece prospettato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Rimane tuttavia da esaminare un’ulteriore problematica, che riveste un’importanza fondamentale in relazione al tema qui affrontato. Si fa riferimento all’ammissibilità, per l’impostazione che aderisce alla sostanziale giurisdizionalizzazione del ricorso al Presidente della Repubblica, del ricorso per cassazione contro le decisioni adottate in sede straordinaria ai sensi dell’art. 362 c.p.c. (quindi, per i soli motivi attinenti alla giurisdizione).

In generale, va in primo luogo valutato il rapporto tra tale rimedio e i mezzi di impugnazione già previsti per il ricorso straordinario laddove si ammetta la giurisdizionalizzazione di quest’ultimo. Come è noto, in relazione all’istituto in esame l’art. 15, d.p.r. n. 1199/1971 espressamente contempla la revocazione delle decisioni adottate con decreto presidenziale per i casi previsti dall’art. 395 c.p.c., da proporsi nelle stesse forme prescritte per il ricorso al Capo dello Stato. In forza dell’art. 10, co. 3, d.p.r. n. 1199/1971, inoltre, è possibile

Il vero è che la stessa attribuzione della decisione sul ricorso straordinario al Consiglio di Stato, pur se in sede consultiva, costituisce un elemento idoneo ad influenzare l’interprete nella valutazione relativa alla giurisdizionalizzazione del rimedio in esame, atteso che, nell’ambito di quest’ultimo, ci si viene a trovare comunque dinnanzi ad un organo dell’apparato giurisdizionale amministrativo. Si consideri tuttavia questo scenario: ammettiamo – per assurdo, e ai soli fini della dimostrazione della tesi da noi accolta – che intervenga una riforma costituzionale la quale, senza toccare l’istituto del ricorso straordinario, sottragga al Consiglio di Stato le sue funzioni giurisdizionali e le attribuisca ad un ipotetico tribunale superiore di giustizia amministrativa, il quale andrebbe così ad assumere il ruolo di giudice di appello sulle sentenze dei TAR. Ora, appare chiaro che in questa ipotesi, il Consiglio di Stato, del quale residuerebbero soltanto le Sezioni consultive, non esplicherebbe, nella decisione del ricorso, alcuna funzione giurisdizionale ascrivibile alla giurisdizione amministrativa (non potrebbe, cioè, ravvisarsi nella sua decisione una sentenza esecutiva del giudice amministrativo ai sensi della lett. b) dell’art. 112 c.p.a., come invece ritenuto dalle Sezioni Unite della Cassazione e dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato): il ricorso straordinario al Capo dello Stato dovrebbe quindi configurarsi necessariamente come rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale. Ma, se così è, tale soluzione deve valere anche nel nostro ordinamento positivo, atteso che invariato risulta il ruolo delle Sezioni consultive e del ricorso straordinario nell’una e nell’altra ipotesi.

impugnare la medesima decisione in sede giurisdizionale, ma, per le parti del giudizio, unicamente per vizi di forma o di procedimento relativi alla fase successiva all'emanazione del parere, in ragione del principio di alternatività che governa l'istituto (e della conseguente possibilità di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale durante il procedimento); per i controinteressati a cui il ricorso non è stato notificato, in ragione dei medesimi motivi, è invece possibile contestare anche gli errori di giudizio della decisione⁷².

In disparte il rimedio della revocazione, che non crea particolari problemi, la possibilità di impugnazione del decreto ministeriale dinnanzi al giudice amministrativo in sede giurisdizionale è idonea a provocare un eventuale parallelismo con il ricorso in cassazione.

Ora, ciò non pare rivestire particolare rilevanza per l'impugnazione del controinteressato pretermesso, la quale, a ben vedere, in nient'altro consisterebbe che in un'opposizione di terzo avverso un provvedimento sostanzialmente giurisdizionale, i cui rapporti con il ricorso per cassazione si atteggiavano nei modi ordinari. Rimarrebbe piuttosto da spiegare per quale motivo questa particolare forma di opposizione vada proposta nell'ordinaria sede giurisdizionale amministrativa, e non invece dinnanzi alle stesse Sezioni consultive, come pure avviene per la revocazione *ex art. 15, d.p.r. n. 1199/1971*.

Più complesso il caso relativo all'impugnazione, per vizi formali e procedurali, da parte di chi aveva partecipato al giudizio in sede straordinaria. Qui infatti – mancando gli elementi per configurare, come nell'ipotesi precedente, uno specifico mezzo di impugnazione – si dovrebbe ammettere la possibilità di esperire, da un lato, il ricorso per cassazione *ex art. 362 c.p.c.* sul presupposto della giurisdizionalità sostanziale della decisione e, dall'altro, l'impugnazione davanti al giudice amministrativo sulla base della natura formalmente amministrativa della stessa; rimedi che, proprio in ragione del diverso fondamento da cui muovono, andrebbero considerati tra loro autonomi e, se del caso, congiuntamente esperibili. Ciò crea però un evidente discrasia con le regole concernenti il passaggio in giudicato di una decisione giurisdizionale (cui pure la pronuncia in sede straordinaria sarebbe idonea, secondo la ricordata giurisprudenza della Cassazione), giacché, nell'ipotesi in cui non sia promosso ricorso per cassazione, la decisione passata in giudicato potrebbe venire meno per l'accoglimento, da parte del giudice amministrativo, di censure relative alla forma e al procedimento di adozione del decreto. A tal proposito potrebbe forse invocarsi un'analogia con l'*actio nullitatis* esperibile avverso le sentenze inesistenti di cui all'*art. 161, co. 2, c.p.c.*

⁷² Cfr. *ex multis* Cons. St., ad. plen., n. 9 del 27 giugno 2006.

(le quali, come tali, sono inidonee a passare in giudicato), il cui giudizio si svolgerebbe però nelle forme (e nei termini) dell'ordinario ricorso avverso un provvedimento amministrativo in ragione della natura formalmente amministrativa della decisione impugnata: interpretazione che, ancorché suscettibile di obiezioni, avrebbe il pregio di rendere il ricorso di cui all'art. 10, co. 3, d.p.r. n. 1199/1971 coerente con l'impugnazione *ex art.* 362 c.p.c.

Ad ogni modo, se si ritiene che la natura di "rimedio giustiziale amministrativo", affermata dalla Consulta, non implichi, ma anzi escluda, la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, le perplessità evidenziate non avrebbero ragion d'essere, perché una decisione soltanto "giustiziale" non potrebbe essere oggetto di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., difettando dei relativi requisiti. In altri termini, la decisione, proprio in quanto giustiziale, in quanto, cioè, atto che definisce una controversia nell'ambito di un rimedio giustiziale amministrativo, alternativo alla giurisdizione, non dovrebbe ritenersi suscettibile, da un lato, di essere qualificata come cosa giudicata in senso tecnico, ed è sottoposta, dall'altro, all'impugnazione giurisdizionale nei limiti di cui all'art. 10, co. 3, d.p.r. n. 1199/1971 appunto in forza del suo essere espressione di una funzione giustiziale alternativa a quella giurisdizionale. Proprio questa è, a ben vedere, la conseguenza di maggior rilievo che scaturisce dall'adesione alla tesi del rimedio giustiziale quale contrapposto ad un rimedio di tipo giurisdizionale.

Sorge tuttavia un diverso problema, determinato appunto dalla circostanza che l'art. 7, co. 8, c.p.a. limita l'esperibilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Non reputandosi ammissibile, per la natura giustiziale della decisione, il ricorso per cassazione, l'ultima parola in merito sulla giurisdizione spetterebbe infatti alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato deputata ad adottare il parere. Ciò che, pur risultando del tutto coerente con la natura di rimedio giustiziale amministrativo, alternativo e distinto da quello giurisdizionale, potrebbe portare a risultati pratici non del tutto soddisfacenti, soprattutto in quelle ipotesi ove si registra un contrasto tra la giurisprudenza della Cassazione e quella del giudice amministrativo.

8. Profili di perplessità nell'impostazione della Corte

Tanto considerato, si deve pure rilevare come vi siano, nella pronuncia in commento, taluni profili che possono destare perplessità in ordine al quadro ricostruttivo da noi delineato.

In primo luogo, si tenga presente come la Corte costituzionale abbia ritenuto che l'acquisita

natura vincolante del parere del Consiglio di Stato ha “modificato l’antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale”. In questo modo, si presuppone un’assimilazione del ‘vecchio’ ricorso straordinario agli altri ricorsi amministrativi, ove l’aspetto contenzioso risulta connesso con quello di amministrazione attiva.

Ora, seppur non può negarsi come la (per lo più ipotetica) possibilità, per il Ministro, di discostarsi dal parere, rappresentasse un sicuro elemento di ancoraggio alla funzione amministrativa, neppure può dimenticarsi la tradizionale contrapposizione del ricorso straordinario agli altri ricorsi amministrativi, che, anche in ragione della diversa origine di tale istituti, sopra ricordata, si basava (e si basa) sulla natura puramente contenziosa del primo, pur indubbiamente temperata (fino alle modifiche da ultimo intervenute) dalla non vincolatività del parere. Ciò che del resto trova preciso riscontro nella regola dell’alternatività, propria soltanto del rimedio da noi esaminato.

La riforma del 2009, dunque, più che ad una trasformazione dell’istituto in esame, avrebbe portato ad una completa valorizzazione della sua natura giustiziale, attraverso la piena affermazione del contenuto contenzioso del rimedio. Il particolare rigore con il quale la Corte individua il carattere di rimedio giustiziale è probabilmente da ricercarsi nella necessità, per il giudice delle leggi, di segnare un preciso distacco con il suo precedente indirizzo, che, proprio in ragione della possibilità, per il Ministro, di discostarsi dal parere, non ammetteva la legittimazione delle Sezioni consultive a sollevare questione di legittimità costituzionale. Non a caso, come detto, parte della dottrina, già prima dell’intervento della l. n. 69/2009, aveva considerato il Consiglio di Stato in sede consultiva quale giudice *a quo* ai sensi dell’art. 23 della l. n. 87 dell’11 marzo 1953 appunto in ragione della natura contenziosa del rimedio straordinario, coerentemente con quanto sostenuto dalla Corte in relazione ad altre tipologie di giudizi, pur non giurisdizionali in senso proprio, in cui era stato ammesso lo scrutinio di costituzionalità.

In disparte tale precisazione, pur doverosa, maggiore rilevanza assumono i presupposti in base ai quali la Corte costituzionale ha reputato di non dichiarare illegittima la limitazione del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa per la non contrarietà dell’art. 7, co. 8, c.p.a., ove tale statuizione è contenuta, con i principi propri della delega di cui all’art. 44, l. n. 69/2009.

A tal proposito, si noti come, secondo la difesa erariale, la norma oggetto di censura costituisca una logica conseguenza della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario,

atteso che se questo, una volta divenuto rimedio giurisdizionale, fosse esperibile anche nelle controversie devolute al giudice ordinario, occorrerebbe ritenere l'autorità giurisdizionale ordinaria vincolata al contenuto della decisione (giurisdizionale) del ricorso straordinario, determinando una situazione di inammissibile interferenza tra le giurisdizioni.

Su presupposti parzialmente diversi sembra invece basarsi la pronuncia in commento, la quale, secondo quanto più volte ripetuto, non pare aver accettato la tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario.

Secondo la Corte, infatti, il rimedio giustiziale del ricorso al Capo dello Stato, in quanto mezzo alternativo a quello giurisdizionale amministrativo, risulta attratto, per alcuni profili, nell'orbita di tale giurisdizione. La sua esperibilità anche nei confronti di controversie appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario avveniva in regime di concorrenza, e non di alternatività, in ragione della possibilità, per tale giudice, di disapplicare la decisione adottata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, sul presupposto, evidente, della natura amministrativa del ricorso straordinario. Venuto meno tale presupposto, e affermata la natura di rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale dell'istituto in esame, tale regime non sarebbe più stato ammissibile, cosicché correttamente il legislatore avrebbe adottato la soluzione di cui all'art. 7, co. 8, c.p.a.

Tale impostazione, come è evidente, ribadisce la rigorosa contrapposizione, sopra descritta⁷³, tra funzione amministrativa e rimedi propriamente giustiziali, alternativi a quelli giurisdizionali, che interessa anche gli effetti concernenti i relativi atti. Tuttavia, è da dire che la soluzione fatta propria dalla Corte, ancorché accoglibile sotto un profilo sostanziale, desta qualche perplessità se messa a confronto con l'oggetto della delega, che fungeva da parametro interposto nella valutazione di legittimità costituzionale. Ed in effetti, potrebbe apparire quantomeno dubbio che una norma, quale il citato art. 44, concernente il riassetto del processo amministrativo, pur se inclusiva del potere di riordinare "le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni" (co. 2, lett. b), n. 1), potesse andare ad incidere sull'ambito di applicazione di un rimedio giustiziale, il quale ha sì, come affermato dalla Corte, caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo, ma pure si pone, sempre a detta della Corte, come rimedio alternativo a questo stesso processo.

L'impressione è che la Consulta abbia salvato dalla declaratoria di incostituzionalità la

⁷³ Cfr. *supra*, nel testo e in nota.

disposizione oggetto di rimessione in ragione del fatto che l'intervento di codificazione avrebbe rappresentato soltanto l'occasione per il recepimento di una soluzione che, a suo dire, sarebbe già stata ricavabile in via interpretativa a seguito delle modifiche intervenute con la l. n. 69/2009. Il che però presuppone, necessariamente, l'applicabilità della regola contemplata dall'art. 7, co. 8, c.p.a. sin dalla data di entrata in vigore della stessa l. n. 69, da considerarsi quale momento di innovazione dell'assetto del ricorso straordinario⁷⁴ (pur in un'ottica di piena affermazione della natura giustiziale del rimedio, e non di una sua giurisdizionalizzazione).

9. Ulteriori profili problematici dell'istituto. Ottemperanza e domande proponibili

Vi è poi un ulteriore aspetto, da noi già esaminato in sede di annotazione delle pronunce gemelle della Plenaria, che, pur se sostanzialmente estraneo dalla pronuncia in commento, merita di essere affrontato in relazione al ricorso straordinario, a dire l'ammissibilità in seno allo stesso di domande diverse da quella di annullamento.

Sotto tale profilo, è affermazione comune che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica abbia carattere prettamente impugnatorio-demolitorio e in tal senso si differenzerebbe dal ricorso giurisdizionale, che è andato invece assumendo una struttura

⁷⁴ Interpretazione condivisa, ancorché facendo riferimento alla giurisdizionalizzazione dell'istituto, da L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 725 ss. In giurisprudenza, tuttavia, l'art. 7, co. 8, c.p.a. è stato sinora ritenuto applicabile soltanto ai ricorsi proposti dopo l'entrata in vigore del Codice: cfr. Cons. St., ad. gen., 22 febbraio 2011 n. 808, secondo cui la disposizione in esame ha contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata come norma di interpretazione autentica, con la conseguenza che ad essa non può attribuirsi una valenza retroattiva.

In generale, il problema del diritto intertemporale applicabile in relazione alle modifiche intervenute sul ricorso straordinario è stato affrontato anche da Cass., n. 20054/2013, cit. *supra*, la quale, con riferimento all'attitudine della decisione resa in sede straordinaria a dar luogo a cosa giudicata, ha escluso che ciò potesse verificarsi "già in forza della novità legislativa introdotta dalla L. n. 69 del 2009, art. 69, giacché le Sezioni Unite [n. 23464/2012] hanno considerato l'argomento da esso desumibile soltanto come un tassello normativo utile e finalizzato all'approdo definitivo al versante giurisdizionale, ma non determinativo di esso, che s'è realizzato soltanto con il citato Codice. Il 16 settembre 2010 può, dunque, dirsi la data in cui, secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite, la discussa natura del procedimento di ricorso straordinario davanti al Capo dello Stato si è trasformata, almeno sul piano dell'esegesi della legge ordinaria (...), in processo giurisdizionale equipollente a quello amministrativo ordinario". In disparte il riferimento alla natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione, appare ad ogni modo chiaro che considerare il percorso innovativo compiuto dal legislatore già concluso con la modifica apportata dalla l. n. 69/2009 ha rilievo fondamentale per affermare la costituzionalità dell'art. 7, co. 8, c.p.a., la quale non potrebbe essere evidentemente sostenuta laddove si riconducesse proprio alla disposizione da ultimo richiamata il mutamento dell'assetto del ricorso al Presidente della Repubblica.

modellata sulla pluralità delle azioni proponibili⁷⁵. A questa impostazione si deve ritenere aderisca anche, seppur implicitamente, la Corte costituzionale, quando fa riferimento alle differenze strutturali tra rimedio giustiziale e rimedio giurisdizionale.

Si rileva in proposito che anche laddove vi siano state delle aperture verso l'esperibilità di domande diverse da quelle costitutive, ciò è avvenuto sempre attraverso il prisma del giudizio impugnatorio⁷⁶, sia in relazione all'accertamento di un diritto soggettivo⁷⁷, sia per quanto concerne il silenzio della P.A., che passa attraverso l'ambiguità dell'impugnazione di un atto fittizio⁷⁸; mentre l'azione risarcitoria, nonostante alcune pronunce in senso contrario⁷⁹, continua ad essere considerata inammissibile di fronte alle Sezioni consultive⁸⁰.

Un'impostazione, quella appena descritta, che è stata ribadita anche successivamente agli interventi legislativi del biennio 2009-2010⁸¹.

Delle pronunce passate in rassegna nei paragrafi precedenti, solo l'Adunanza Plenaria, nelle sentenze nn. 9 e 10/2013, sembra aver preso posizione sul punto, pur se in maniera piuttosto ambigua: da un lato, infatti, il Supremo consesso amministrativo ha affermato che il limitato perimetro delle azioni proponibili è riconducibile a quelle peculiarità proprie di un rimedio giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato sul sostanziale assenso delle parti; dall'altro ha però anche aggiunto che spetta all'azione della giurisprudenza individuare il punto di equilibrio tra l'esigenza di attuazione dei canoni costituzionali ed europei in materia

⁷⁵ Cfr. sul punto A. TRAVI, *Alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 128.

⁷⁶ Attraverso la riproposizione di "vecchie e superate tesi sulla nozione di atto amministrativo", come rileva S. TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 3157.

⁷⁷ *Ex multis* Cons. St., sez. III, n. 480 del 7 aprile 2009, secondo cui presupposto indefettibile per la proposizione del ricorso straordinario è sempre "l'esistenza di un atto definitivo, o in mancanza di esso di quel surrogato di atto definitivo che è il silenzio-rifiuto": di talché risulta inammissibile un'azione volta all'accertamento della pretesa del ricorrente a percepire gli arretrati sull'indennità di amministrazione, laddove questa non passi per l'impugnazione di un atto.

⁷⁸ Cons. St., sez. III, n. 1240 del 26 ottobre 2010, in relazione ad una DIA, ritiene il ricorso ammissibile perché rivolto all'impugnazione del silenzio-rifiuto. Analogamente, il ricorso è ritenuto inammissibile in assenza della diffida, per la mancanza del silenzio-rifiuto da impugnare, da Cons. St., sez. III, n. 995 del 5 maggio 2009.

⁷⁹ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 623 del 16 aprile 2007.

⁸⁰ Cons. St., sez. III, n. 3255 del 10 marzo 2010, con nota di G. COCOZZA, *Proponibilità dell'azione di risarcimento del danno in sede di ricorso straordinario*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 1701 ss.; Cons. St., sez. II, n. 1218 del 16 novembre 2009; sez. I, n. 3731 del 19 novembre 2008.

⁸¹ Secondo Cons. St., sez. riun. I e II, n. 2131 del 7 maggio 2012, infatti, "il ricorso straordinario rimane un giudizio di tipo impugnatorio a carattere demolitorio nel cui ambito non sono proponibili azioni di mero accertamento, come quelle previste dal c.p.a. in tema di rito per l'accesso agli atti amministrativi o contro il silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione".

di effettività della tutela e la preservazione dei profili di specialità che connotano questo rito speciale, così lasciando, pur in maniera implicita, uno spazio a possibili aperture.

Al riguardo, è da dire che, a nostro avviso, una volta aderitosi alla tesi della natura di rimedio giustiziale del ricorso straordinario, come tale assimilato al ricorso giurisdizionale solo per alcuni aspetti, si deve necessariamente anche affermare la struttura prettamente demolitoria dell'istituto, atteso che ciò si ricava dal dato testuale delle norme di cui al d.p.r. n. 1199/1971, sotto questo aspetto rimaste inalterate. Non sarebbe infatti possibile accedere a soluzione diversa in via interpretativa, non essendosi di fronte ad un mezzo di tutela giurisdizionale al quale poter applicare il principio di atipicità delle azioni (soluzione che, peraltro, potrebbe comunque prestarsi ad obiezioni, atteso che, anche opinando per la sua giurisdizionalizzazione, il ricorso straordinario rimarrebbe rimedio speciale, parallelo a quello generale della giurisdizione amministrativa).

Tuttavia, ciò non ci può esimere dal rilevare come due elementi sembrano contrastare con una siffatta soluzione.

In primo luogo, in relazione all'azione risarcitoria, non pare potersi negare che la generalizzazione dei soggetti a cui è consentito fare opposizione⁸² elimini, in definitiva, una delle maggiori obiezioni all'esperibilità del rimedio⁸³, che quindi potrebbe ora trovare più facilmente cittadinanza di fronte alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato⁸⁴.

In secondo luogo, la stessa ammissibilità del giudizio di ottemperanza, qualsiasi sia la base legislativa su cui la si fonda, sembra fornire importanti argomenti a favore dell'introduzione di nuove azioni.

E' noto infatti, e si è del resto avuto modo di rilevare più volte in altre sedi, come sia stato proprio questo strumento processuale a permettere al processo amministrativo di

⁸² In forza dell'art. 48 c.p.a., secondo l'interpretazione datane dalle Sezioni Unite, sent n. 23464/2012, e dalla Plenaria, sentt. nn. 9 e 10/2014, di cui si è detto.

⁸³ Rilevava infatti S. TORRICELLI, *op. ult. cit.*, 3163 ss., come l'apertura del ricorso straordinario al risarcimento del danno non poteva considerarsi ammissibile anche in ragione della (allora) impossibilità, per l'Amministrazione statale resistente, di proporre opposizione; ciò che, di fatto, precludeva ad essa di essere a tutti gli effetti parte del giudizio (come solo può avvenire in sede giurisdizionale). Tale esclusione, se discutibile anche in un processo di tipo impugnatorio (cfr. L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 165-168), risultava del tutto inconciliabile con un giudizio risarcitorio, ove le pretese del privato e dell'Amministrazione si pongono su un piano paritario.

⁸⁴ Favorevoli ad una siffatta soluzione, a seguito della riforma del 2009, sono, tra gli altri, G. COCOZZA, *Proponibilità dell'azione di risarcimento del danno in sede di ricorso straordinario*, cit., 1701 ss.; A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, cit., § 3.

abbandonare la sua struttura tradizionale, prettamente impugnatoria, per aprirsi alla funzionalizzazione della domanda giudiziale alla pretesa sostanziale del ricorrente, che ha poi condotto, da ultimo, all'introduzione, in via legislativa o pretoria, di altre e diverse categorie di azioni, tra cui in particolare l'azione di accertamento e quella di adempimento⁸⁵. Proprio per tale motivo, non è quindi da escludere che anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica possa seguire, seppur attraverso un percorso parallelo e in parte autonomo, questa via: superata la *fictio* del giudizio sull'inerzia della P.A., l'ottemperanza permetterebbe infatti di ancorare direttamente la domanda proposta all'esecuzione della

⁸⁵ Sia consentito in proposito rinviare a quanto considerato in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

In particolare, può ricordarsi che l'azione di adempimento era stata disciplinata dal testo approvato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione del Codice del processo amministrativo (artt. 40 e 45, comma 1, lett. c), e comma 2, del testo definitivo licenziato dalla Commissione), ma era stata successivamente espunta, in sede di approvazione del decreto delegato, da parte del Consiglio dei Ministri. Pur mancando nel Codice una disposizione espressa, tale azione è stata tuttavia ammessa da parte di Cons. St., ad. plen., n. 3 del 23 marzo 2011 e n. 15 del 29 luglio 2011, nonché, tra le altre, da TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, con note di L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187 ss., e di A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1499 ss.; TAR Lazio, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472 (poi tuttavia riformata da Cons. St., sez. IV, n. 3858 del 27 giugno 2011, annotata da D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714 ss.); TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807; Cons. St., sez. V, n. 6002 del 27 novembre 2012, con nota di A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 864 ss. Tale indirizzo ha trovato riscontro nel d. lgs. n. 160 del 14 settembre 2012 (c.d. Secondo Correttivo al Codice del processo amministrativo), il quale ha aggiunto all'art. 34, lett. c), c.p.a. la seguente proposizione: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Per maggiori approfondimenti, si vedano, in particolare, M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI convegno di Varenna*, Milano, 2011, 90 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 457 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573 ss.; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 481 ss.; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, *ivi*, 511 ss.; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 328 ss.; R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 41 ss.; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385 ss.; M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2013, 710 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

decisione⁸⁶.

Poco giustificabile apparirebbe allora una disparità strutturale tra i due ricorsi laddove analogo risulti l'oggetto della domanda; ciò che emerge in particolar modo nel caso in cui vi sia trasposizione del giudizio in sede giurisdizionale, ove difficilmente potrebbe negarsi al giudice amministrativo il potere di qualificare l'azione proposta – sussistendone i presupposti ai sensi dell'art. 32, co. 2, c.p.a. – come domanda di accertamento o di condanna ad un *facere*, così rivelando la reale sostanza di una pretesa solo artificialmente contenuta in una domanda di annullamento.

10. Conclusioni

Le molte ombre che hanno circondato il nuovo assetto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sembrano, quindi, poter essere dissipate dai principi enunciati nella pronuncia in commento che, nel considerare l'attuale assetto del ricorso straordinario conforme alla Costituzione, non pare aver aderito alla tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, ma ne ha invece affermato il ruolo – tramite il riconoscimento della sua natura prettamente giustiziale – di rimedio alternativo alla giurisdizione, vero e proprio strumento, quindi, di *alternative dispute resolution*, secondo un'impostazione che ha più volte trovato riscontro in dottrina⁸⁷. Ciò che implica, come detto, l'inammissibilità del ricorso per cassazione *ex art. 362 c.p.c.* e l'ottemperabilità delle decisioni ai sensi della lett. d) dell'art. 112 c.p.a.

Si era del resto già avuto modo di sostenere come tale ricorso in tanto manterrebbe la propria ragion d'essere in quanto possa ascrivarsi alla categoria dei rimedi di carattere giustiziale, giacché poco senso avrebbe un istituto consistente in una versione 'depotenziata' del giudizio davanti al giudice amministrativo. Se infatti una maggiore tutela vuole essere offerta al cittadino, questa non può essere certo ricercata in un rimedio giurisdizionale ulteriore dalle potenzialità ridotte, attivabile anche una volta scaduto il termine per quello ordinario – quasi che il grado unico di giudizio, le rilevate limitazioni concernenti

⁸⁶ Invero è da dire che proprio la scelta di fondare l'esperibilità del giudizio di ottemperanza sulla lett. d) dell'art. 112 c.p.a., basandosi sulla non riconducibilità del decreto presidenziale alle sentenze del g.a., potrebbe giustificare una differente ampiezza e contenuto dell'attività esecutiva del giudice amministrativo, così permettendo di pervenire ad una soluzione diversa da quella da noi prospettata nel testo. Del resto, diversità nelle modalità di ottemperanza si hanno anche tra sentenze passate in giudicato e sentenze soltanto esecutive, proprio in ragione dei differenti presupposti da cui muovono.

⁸⁷ Cfr. *supra* in nota.

l'istruttoria e il contraddittorio, la limitazione in ordine a talune tipologie di controversie, l'assenza di azioni diverse da quella di annullamento costituiscano, più che peculiarità proprie dell'istituto, il necessario contemperamento per la mancata attivazione della tutela giurisdizionale nei termini ordinari – ma deve invece trovare riscontro in un rimedio alternativo a quello giurisdizionale, che sia, quindi, esplicativo di una funzione diversa, e, come tale, garantisca in modo differente (ma non necessariamente deteriore) la soddisfazione delle pretese del privato.

Ora, secondo l'interpretazione che in questa sede si è data alla pronuncia della Corte costituzionale, tale impostazione può essere sostenuta proprio in ragione della natura puramente contenziosa del ricorso al Capo dello Stato, che dalle recenti riforme è stata particolarmente valorizzata.

Il compito dell'interprete, una volta risolte le questioni che per lungo tempo avevano in questo ambito impegnato la dottrina, dovrebbe essere allora quello di contemperare nell'ambito della tradizionale struttura dell'istituto la nuova disciplina positiva, cosicché la snellezza del rimedio possa risultare sintomatica della funzione giustiziale, di rimedio alternativo alla giurisdizione, da questo svolta, e non rappresentare, invece, l'indice di un'incompleta giurisdizionalizzazione. Una funzione che, a sua volta, risulta costituzionalmente necessitata in ragione dell'attribuzione del ricorso straordinario alle Sezioni consultive, e che rimane, inoltre, l'unica giustificazione alla permanenza dell'istituto in esame nel nostro ordinamento, la cui ragion d'essere, fortemente menomata dalla soppressione della monarchia, è riuscita a conservarsi, pur tra molteplici perplessità, fino ai tempi attuali.