

Diritto processuale amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXXV - FASCICOLO I - MARZO 2017

1/2017

Di particolare interesse in questo numero:

L'azione di adempimento

Revocazione e sentenze CEDU



GIUFFRÈ EDITORE

Diritto processuale amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXXV - FASCICOLO I - MARZO 2017

1/2017

Di particolare interesse in questo numero:

L'azione di adempimento

Revocazione e sentenze CEDU



GIUFFRÈ EDITORE

indice

DOTTRINA

	pag.
PASQUALE CERBO, <i>L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini</i>	1
ANGELO GIUSEPPE OROFINO, <i>Translatio iudicii e modifica della domanda innanzi al giudice amministrativo</i>	44
GRAZIANA URBANO, <i>Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato</i>	90
SIMONE CASTROVINCI ZENNA, <i>Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo</i>	146

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Cons. Stato, Ad. Plen., 4 marzo 2015, n. 2 - Cons. Stato, Sez. IV, 17 novembre 2016, n. 4765 con nota di ELISA GRILLO, <i>Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo?</i>	184
Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22 con nota di GIACOMO LATTANZI, <i>Concessioni di servizi e cd. rito appalti: un dubbio che non aveva ragione di porsi</i>	246

RASSEGNE - RECENSIONI - NOTIZIE

GIUSEPPE ROMEO, <i>La giustizia amministrativa: passato, presente e futuro</i>	271
LUCA BERTONAZZI, <i>Un anno di giurisprudenza: rassegna</i>	286
PAOLO STELLA RICHTER, <i>Il nuovo codice dei contratti pubblici</i>	374

GRAZIANA URBANO

RIFLESSIONI SULL'IMPUGNAZIONE PER CASSAZIONE DELLA DECISIONE RESA SU RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

SOMMARIO: 1. I recenti arresti giurisprudenziali sul ricorso straordinario al Capo dello Stato. — 2. *Excursus* normativo sul ricorso straordinario al Capo dello Stato. Dalla natura amministrativa... — 3. ... alla natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione presidenziale. — 4. L'approdo della giurisprudenza sulla ammissibilità del ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. — 5. La ricostruzione della Cassazione sui motivi inerenti alla giurisdizione. — 6. Questioni aperte sui limiti alla giurisdizione: il parere del Consiglio di Stato. — 7. Il ruolo del Consiglio di Stato. — 8. I motivi inerenti alla giurisdizione. — 8.1. La distinzione tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale: i profili processuali. — 9. Riflessioni conclusive.

1. Negli ultimi anni, la disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato ha subito importanti cambiamenti e, per alcuni versi, è stata completamente riordinata, nonostante le perplessità, sollevate da una parte della dottrina amministrativistica, legate all'utilità applicativa di questo antico strumento di tutela, manifestate addirittura già nei lavori dell'Assemblea Costituente.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, però, non intende andare in “soffitta”; anzi, l'istituto acquista nuova linfa vitale grazie a recenti pronunce della Corte di Cassazione (1) che hanno collocato un nuovo tassello nel complesso edificio disciplinare, tali da offrire un'ulteriore opportu-

(1) Da ultimo, Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786.

nità per affrontare alcuni profili dell'istituto, ancora poco chiari.

La particolarità del ricorso straordinario al Capo dello Stato consiste nella molteplicità di profili di carattere sostanziale e processuale coinvolti nella disciplina dettata dal D.P.R. n. 1199 del 1971, dall'art. 8 all'art. 15. Il carattere della straordinarietà che connota il ricorso come tale si è sempre distinto nella relazione con gli altri ricorsi amministrativi gerarchici cd., per l'appunto, ordinari (2).

Non rientrando più così nettamente tra questi ultimi per la spiccata natura sostanzialmente giurisdizionale, sostenuta dai recenti approdi giurisprudenziali e interventi legislativi, la straordinarietà andrebbe, invero, rintracciata soprattutto e soltanto rispetto al ricorso giurisdizionale, ossia nei tratti essenziali che tracciano il singolare *iter* procedurale iniziato con il ricorso, su cui la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate e continuano a dare il loro essenziale contributo.

Le questioni di cui queste ultime si sono occupate maggiormente sono state quella relativa alla natura giuridica del ricorso, *rectius* del decreto presidenziale, e, stabilita questa, le relative connessioni in termini di effettività di tutela, soprattutto in ordine al regime esecutivo del decreto medesimo.

Gli orientamenti giurisprudenziali che hanno affrontato i suddetti profili e che, come spesso accade, hanno anticipato, condizionandoli, i successivi interventi legislativi, hanno visto coinvolti ogni organo giurisdizionale dell'ordinamento italiano, ossia la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, il Consiglio di Stato, ma anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, a evidenziare le varie sfaccettature di un ricorso che ha retto i colpi del tempo, dall'originario ricorso al Re ad attuale strumento di tutela.

Da ultimo, a conferma di siffatto "pluralismo giurisdizio-

(2) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 5 della motivazione afferma che il ricorso straordinario al Re poteva essere proposto solo dopo aver esperito i rimedi ordinari.

nale”, si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 73 del 2014, l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze “gemelle” nn. 9 e 10 del 2013, la Corte di Cassazione a sezioni unite con la recentissima pronuncia n. 19786 del 5 ottobre 2015.

Nel tentativo, di certo non esaustivo, di riassumere l’*excur-sus* di un percorso legislativo e giurisprudenziale così temporalmente lungo, le linee interpretative essenziali da tracciare sono sostanzialmente due: la prima, legata a una visione tradizionale del ricorso straordinario fortemente ancorata alla sua genesi reale, sosteneva (e, in minima parte, ancora sostiene) la natura amministrativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato; la seconda, relativamente più recente, largamente condivisa dalla dottrina amministrativistica e dagli ultimi approdi giurisprudenziali, ritiene il ricorso avente natura sostanzialmente giurisdizionale.

Il *discrimen* tra le due posizioni è segnato dalle modifiche apportate dalla legge n. 69 del 2009 alla disciplina dettata dal D.P.R. n. 1199 del 1971 e dall’entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

A seconda che si segua il primo o il secondo orientamento, segue “a cascata” l’inammissibilità o l’ammissibilità dell’esecuzione in sede di ottemperanza del decreto del Presidente della Repubblica: in altri termini, l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza sarebbe (chiaramente) un corollario della natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

È proprio su questi ultimi punti (natura giuridica e ammissibilità del giudizio di ottemperanza) che si sono espresse le sentenze gemelle dell’adunanza plenaria, stabilendo (non in maniera espressa (3)) che il decreto del Presidente della Repubblica ha natura sostanzialmente giurisdizionale e che l’ese-

(3) Sia consentito rinviare a G. URBANO, *L’ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), Milano, 2015, 411 ss.

cuzione del medesimo decreto avviene con giudizio di ottemperanza, in unico grado, dinanzi al Consiglio di Stato.

Il contributo chiarificatore del supremo consesso amministrativo non è di poco peso, perché ha finalmente messo un punto su una questione, quella del giudice competente a eseguire il decreto presidenziale che, per quanto già affrontata dalla giurisprudenza, non trovava uniformità di vedute. Ma le pronunce rilevano soprattutto perché la successiva giurisprudenza (anche non amministrativa) si è prontamente adeguata e allineata, in conformità a quella che sembrerebbe essere la *ratio* del comma 3 dell'art. 99 c.p.a. che ha assegnato un nuovo ruolo al Consiglio di Stato nella individuazione di principi di diritto che lasciano pochi margini di manovra all'interprete o alle decisioni della giurisprudenza successiva, fungendo, anzi, per essi come parametro *paranormativo* o, meglio, come fonte (culturale) del diritto (4).

Gli strumenti di tutela effettiva nel caso del decreto presidenziale si completano ora, con la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 19786 del 2015 che, a stretto giro, ha contribuito a rifinire un quadro già iniziato e disegnato dalla giurisprudenza amministrativa. La recente sentenza, infatti, ha ritenuto ammissibile il ricorso in Cassazione a sezioni unite avverso le decisioni rese su ricorso straordinario al Capo dello

(4) Cfr. E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Milano, 2015, 35 ss.; ID., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1, 17 ss.; ID., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, Relazione al Convegno "La rilevanza del ruolo del giudice amministrativo a 150 anni dalla L.A.C.", Università degli Studi Niccolò Cusano, Roma, 14 maggio 2015, in www.giustamm.it, 2015; ID., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2011 e in questa *Rivista*, 2012, 4, 1237 ss.; A. BARONE, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, cit., 1 ss.; ID., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, *passim*; S. OGGIANU, *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (art. 99, co.3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (ad. pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 4, 1043 ss.

Stato, per i soli motivi attinenti alla giurisdizione: profilo che era stato ostinatamente negato dalla dottrina tradizionale ancorata alla natura meramente amministrativa del ricorso *de quo*.

L'ammissibilità del ricorso in Cassazione è, probabilmente, l'ultimo tassello che occorre a completamento del mosaico costruito intorno alla disciplina del rimedio in esame, ormai ritenuto a tutti gli effetti, sostanzialmente giurisdizionale.

2. Come spesso accade per le decisioni giurisdizionali che affrontano il ricorso straordinario al Capo dello Stato, anche la sentenza della Corte di Cassazione n. 19786 del 2015 procede a una doviziosa ricostruzione storico-legislativa dell'istituto al fine di evidenziare il passaggio dalla natura amministrativa a quella giurisdizionale. Questa è, in realtà, una premessa necessaria, in quanto la configurazione della natura giurisdizionale o amministrativa è una *condicio sine qua non* per delineare l'impianto delle tutele, ossia, nel caso di specie, per poter ritenere ammissibile o meno il ricorso per Cassazione contro il decreto presidenziale che decide sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Sicuramente, come rileva la Cassazione e come in parte già sottolineato, il ricorso straordinario al Capo dello Stato nonostante abbia una nascita remota come ricorso al Re, è sopravvissuto fino ai giorni nostri, reggendo ai numerosi mutamenti legislativi subiti dall'ordinamento amministrativo che l'hanno coinvolto direttamente o indirettamente (5).

I primi passaggi essenziali attengono alla legge di unificazione amministrativa del Regno, la legge n. 2248 del 1865, allegato D); alla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato del 1889, la n. 5992, e quella successiva del 1907, la n.

(5) S. MORELLI, *L'impugnabilità in Cassazione del decreto sul ricorso al Capo dello Stato ne consacra il definitivo approdo all'aera della giurisdizionalità*, in *Urb. e app.*, 2013, 4, 400 ss. afferma, sul punto, che la storia dell'istituto in esame è assai risalente per cui ben può dirsi che la sua evoluzione ha attraversato l'intera storia d'Italia.

62, istitutiva della V Sezione del Consiglio di Stato; all'entrata in vigore della Costituzione; alla legge n. 1018 del 21 dicembre 1950 che modificò il testo unico del Consiglio di Stato; al D.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971 che disciplina sia il ricorso straordinario al Capo dello Stato sia i ricorsi amministrativi.

Il contesto normativo antecedente agli anni Duemila propendeva, senza dubbio, a qualificare il decreto del Presidente della Repubblica che decide sul ricorso straordinario come un provvedimento amministrativo, allineandosi all'orientamento della maggior parte della dottrina (6) e della giurisprudenza ordinaria (7) e amministrativa (8).

L'orientamento tradizionale, condizionato dalla risalente distinzione tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, intendeva il ricorso straordinario come un rimedio contenzioso, ma di natura sostanzialmente amministrativa. Esso si fondava essenzialmente sulla nascita del ricorso prevista dalla legge del Regno di Sardegna del 1859 e sulle modifiche apportate (durante il Governo Rattazzi — tra le quattro leggi di riordino del contenzioso amministrativo) dalla legge n. 3707 del 30 ottobre

(6) Cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 91; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza - I presupposti*, Milano, 1984, 1319 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 1265; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. del dir.*, Roma, 1989, XL, 684 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 421 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, 103 ss.; T. AUTIERI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in T. AUTIERI - M. DE PAOLIS - R. E. MARCHESE - V. MASCELLO - N. PAOLANTONIO - S. ROSSI - G. SCETTINO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Padova, 2006, 385 ss.

(7) Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978. Precedentemente, Cass., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Riv. amm.*, 1954, 244; Cass., sez. un., 28 settembre 1968, n. 2992; Cass., sez. un., 29 marzo 1971, n. 903, in *Foro It.*, 1971, I, 1208.

(8) Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 dicembre 2002, n. 604; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5393; Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104.

1859 (9), che prevede l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato (si ricordi, allora organo della Corona) sul ricorso straordinario al Re (10). Il ricorso al Re era, quindi, l'unico strumento di tutela alle istanze in via di giustizia e di grazia avverso provvedimenti sia giudiziari sia amministrativi, una volta acquisito il parere di quello che era il Consiglio dei memoriali, fusi, successivamente, nel Consiglio di Stato (11).

Siffatta disciplina venne riprodotta quasi fedelmente all'indomani dell'unificazione del Regno d'Italia. La legge n. 2248 del 20 marzo 1865 che si occupò, come noto, della unificazione amministrativa del Regno (12), all'allegato D) sul Consiglio di Stato aggiunse solamente un ulteriore obbligo consistente nella deliberazione del Consiglio dei Ministri, nel solo caso, però, di adozione di un provvedimento decisorio del ricorso difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato (13).

Il ricorso straordinario sopravvisse anche alle successive leggi fondamentali nella costruzione del sistema di giustizia amministrativa: la legge 31 marzo 1889, n. 5992 e la legge 7 marzo 1907, n. 62.

La prima (la legge 31 marzo 1889, n. 5992) segna la nascita del sistema di giustizia amministrativa, istituendo la IV sezione

(9) Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553, che ricostruisce l'istituto in esame.

(10) Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1901.

(11) Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553.

(12) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. I, 42 ss. descrive il percorso di unificazione amministrativa delle varie province dopo la proclamazione del Regno d'Italia, realizzatosi o mediante l'estensione ai nuovi territori di alcuni "ordinamenti propri del Piemonte" oppure mediante la promulgazione di alcune nuove leggi. Tra queste vi rientra la legge 20 marzo 1865 n. 2248, intitolata "Sull'unificazione amministrativa del Regno" che, secondo l'A., "costituì un vero codice di diritto amministrativo", comprensivo di sei leggi fondamentali, alcune delle quali hanno resistito alle successive riforme. Aggiunge l'A. che, nonostante il tentativo, l'unificazione amministrativa non può dirsi sia stata completa, poiché in alcune materie continuarono a trovare applicazione le leggi degli antichi Stati.

(13) Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

del Consiglio di Stato. L'art. 7 (14) regolava il rapporto tra ricorso straordinario e ricorso alla neocostituita IV Sezione (la cui natura giurisdizionale fu chiarita successivamente), stabilendo il principio della alternatività, ossia l'inammissibilità di quest'ultimo, laddove contro il provvedimento definitivo fosse stato promosso ricorso al Re in sede amministrativa (15). In sostanza, la legge individuò nel ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato un ulteriore canale di tutela, alternativo, invero, al tradizionale ricorso al Sovrano (16).

La seconda (la legge 7 marzo 1907, n. 62) istituì la V sezione del Consiglio di Stato con funzione precipuamente giurisdizionale e, in ordine al ricorso straordinario, stabilì all'art. 2 (17), il termine perentorio (prima assente) di 180 giorni per la proposizione e l'obbligo della notificazione; mentre, prevede, all'art.

(14) L'art. 7 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, prevedeva che "Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso alla sezione quarta non è ammesso se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica.

Tale ricorso non è più ammesso quando, contro il provvedimento definitivo, si sia presentato ricorso al Re in sede amministrativa, secondo la legge vigente".

(15) Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 che precisa che la disposizione fu riportata con la medesima formulazione nell'art. 28, comma 2, del R.D. n. 6166 del 2 giugno 1889. Aggiunge che nel regio decreto il ricorso straordinario era menzionato nell'art. 12 del Titolo II concernente la funzione consultiva del Consiglio di Stato e non nel Titolo III attinente la funzione giurisdizionale.

(16) Cfr. P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 12 ss.

(17) L'art. 2 della legge 7 marzo 1907, n. 62 andava a modificare l'art. 12 della legge sul Consiglio di Stato (testo unico approvato con R. D. 2 giugno 1889, n. 6166) e prevedeva che "L'art. 12, nn. 3 o 4, primo capoverso, della legge 2 giugno 1889, n. 6166 (serie 3^a) o l'art. 23 della legge stessa sono rispettivamente modificatiti con la sostituzione delle disposizioni che seguono: Art. 12, n. 3. - Sulla esecuzione delle provisioni ecclesiastiche, per lo quali occorre il decreto Reale.

N. 4, primo capoverso. - Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi, sui quali siano esaurite o non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica.

Tali ricorsi non saranno più ammessi dopo 180 giorni da quello, in cui il ricorrente ebbe comunicazione del provvedimento; e saranno notificati all'autorità che abbia emesso il provvedimento e a chi vi abbia interesse diretto nei modi stabiliti dal regolamento".

4 (18), la possibilità da parte degli altri interessati alla decisione di proporre opposizione al fine di proseguire il giudizio in sede giurisdizionale (19).

Siffatta specifica disciplina influenzò, per un breve periodo, una parte della giurisprudenza amministrativa che, per prima e un po' in sordina, si spinse a ritenere il ricorso come un vero e proprio rimedio giurisdizionale (20). Ma fu subito abbandonata, anche in virtù del contesto normativo dell'epoca che sosteneva la natura amministrativa del ricorso straordinario. Quest'ultimo era inteso, infatti, come un rimedio generale di legittimità avverso provvedimenti definitivi, frutto di un procedimento amministrativo che si conclude con un atto amministrativo di giustizia avente la forma del decreto reale, adottato sul parere espresso dal Consiglio di Stato, obbligatorio e non vincolante (21).

L'entrata in vigore della Costituzione non incise significativamente sull'istituto; nonostante essa attribuisse formale ed esplicito riconoscimento al ruolo del Presidente della Repubblica, non faceva alcuno espresso riferimento al ricorso straor-

(18) L'art. 4 della legge 7 marzo 1907, n. 62 prevedeva che "Dopo l'art. 28, comma 2, della legge svenunciata [legge 2 giugno 1889, n. 6166], è aggiunto il seguente capoverso:

Tuttavia quando il provvedimento si riferisce direttamente ad altri interessati, il ricorso al Re non può essere proposto se non siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale; ovvero quando nessuno degli interessati abbia dichiarato entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso al Re di fare opposizione. In caso contrario il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale".

(19) Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 che individua i medesimi caratteri sostanziali nei successivi R.D. 17 agosto 1097, agli artt. 12 e 16, e R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, agli artt. 16 e 34.

(20) Cons. Stato, ad. gen., 1 aprile 1909, n. 243, in *Riv. amm.*, 1909, richiamata da L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. offre un'attenta e approfondita ricostruzione storica del ricorso straordinario.

(21) Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 che precisa che la natura amministrativa del ricorso emerge bene dalle leggi richiamate, ossia la legge del 1865 e la legge del 1859, che trattano sia l'attività giurisdizionale sia quella amministrativa del Consiglio di Stato.

dinario. Dubbi, pertanto, sorsero sulla compatibilità del ricorso con il dettato costituzionale, in particolare con quanto previsto dall'art. 113 della Costituzione, ma a fugarli del tutto ci pensarono sia la giurisprudenza (22) sia il legislatore, con l'art. 7 della legge 21 dicembre 1950 n. 1018 (23), che modificò il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, con l'art. 23, comma 3, dello Statuto della regione Sicilia (chiaramente relativamente al ricorso straordinario al Presidente della Regione) (24) e con il D.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971, rubricato “*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*”, che

(22) Cfr. C. cost., 1 febbraio 1964, n. 1 e C. cost., 2 luglio 1966, n. 78, in *www.giurcost.org*; C. cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in *Le Regioni*, 1986, 510; C. cost., ordinanza, 13 marzo 2001, n. 56; C. cost., ordinanza, 25 luglio 2001, n. 301. In particolare, C. cost., 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723 che, pur precisando la natura amministrativa del rimedio e la presenza di identità di oggetto rispetto al ricorso giurisdizionale, non rileva profili di contrasto con l'art. 113 Cost., in ragione dell'operante principio di alternatività. In tal senso, anche Cons. Stato, ad. gen., 26 agosto 1950, n. 291 e Cons. Stato, ad. gen., 19 febbraio 1951, n. 94, in *Riv. amm.*, 1951, 721.

(23) L'art. 7 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 prevedeva che “Per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e per il ricorso principale o la domanda incidentale di sospensione al Consiglio di Stato è istituita una tassa fissa di L. 2000.

La tassa è introitata dall'Ufficio del registro unitamente alle tasse di bollo dovute in modo virtuale per gli atti predetti, a norma delle disposizioni di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3268, e successive modificazioni. Il deposito per il ricorso per revocazione di decisioni del Consiglio di Stato, previsto dall'art. 84 del regolamento approvato con regio decreto 17 agosto 1907, numero 642, è elevato a lire 6000.

Le disposizioni di questo articolo entrano in vigore il sessantesimo giorno dalla data della pubblicazione della presente legge”.

(24) L'art. 23 del Regio decreto legislativo, 15 maggio 1946, n. 455 prevedeva che “Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione.

Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgeranno altresì le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile.

I magistrati della Corte dei conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione.

I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente regionale, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato”. Successivamente, cfr. la conversione in legge costituzionale, 26 febbraio 1948, n. 2, dello Statuto della Regione siciliana, approvato col decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455.

disciplina analiticamente dall'art. 8 all'art. 15 il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La disposizione del 1971 fu pensata proprio per superare le incertezze sorte sulla sopravvivenza dell'istituto in esame, assecondando la volontà politica del Governo di allora non solo di conservarlo come mezzo di tutela alternativo al ricorso giurisdizionale, ma anche di rimuovere "ogni incertezza sulla natura meramente amministrativa del ricorso straordinario" (25).

Il 1971 è un anno importante che segnò un'ulteriore tappa nel sistema della giustizia amministrativa, avendo, da una parte, consolidato la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo con la creazione dei Tribunali amministrativi regionali (con legge 6 dicembre 1971, n. 1034) e, dall'altra (anche in virtù di siffatto rafforzamento), confermato il rimedio giustiziale del ricorso straordinario come strumento di tutela alternativo rispetto alla giurisdizione amministrativa (26) e concorrente con la giurisdizione ordinaria.

Chiaramente il legislatore degli anni Settanta coordinò i due strumenti di tutela per evitare il cd. *ne bis in idem*, ossia un eventuale contrasto di giudizi sul medesimo provvedimento impugnato (27); soprattutto per scongiurare l'ulteriore rischio che su una medesima controversia si esprimesse due volte il medesimo giudice, ossia il Consiglio di Stato in diversa veste (nel ricorso straordinario con il parere, fulcro dell'*iter* decisorio promosso con il ricorso medesimo; nel ricorso giurisdizionale, con una sentenza, se adito, chiaramente, in secondo grado).

(25) G. LANDI, *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali. L'ordinamento - il personale - la funzione consultiva del Consiglio di Stato*, Milano, 1986, 290 che richiama V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.

(26) Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.3. del considerato in diritto.

(27) Tar Campania, Salerno, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 872 secondo cui "il giudice deve necessariamente pronunciarsi, con il rischio che la sua decisione si ponga in conflitto con la pronuncia del Consiglio di Stato, in sede consultiva". In tal senso anche Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2003, n. 1681; Tar Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2003, n. 1858; Cons. Stato, sez. III, 16 maggio 2002, n. 726.

A coordinamento dei due ricorsi, il meccanismo individuato dal legislatore è stato quello dell'alternatività: l'art. 8, comma 2, del D.P.R. n. 1199 del 1971 (28) e l'art. 20, comma 4, della legge Tar (29), prevedevano che *electa una via non datur recursus ad alteram*, ossia che una volta promosso il ricorso giurisdizionale, non potesse più essere esperito quello straordinario e viceversa.

L'assetto legislativo descritto tendeva, dunque, a qualificare il ricorso al Presidente della Repubblica come un rimedio amministrativo e la decisione presidenziale come un provvedimento amministrativo, anche, e soprattutto, in considerazione dell'*iter* procedimentale che conduceva alla decisione, laddove spettava all'organo politico (il Ministro competente per materia), svolta l'istruttoria, il potere di accogliere o rigettare il ricorso proposto, rilegando il Capo dello Stato a un ruolo marginale e prevalentemente formale (30).

In sostanza, a rilevare era principalmente la natura amministrativa dell'organo "decidente" (31), il Presidente della Repubblica, che conclude la procedura giustiziale, nella quale il

(28) L'art. 8, comma 2, del D.P.R. n. 1199 del 1971 prevede che "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato".

(29) L'art. 20, comma 4, della legge n. 1034 del 1971 stabilisce che "Quando sia stato promosso ricorso al tribunale amministrativo regionale è escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica".

(30) Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131. Cons. Stato, sez. I, parere del 31 luglio 2014, n. 2553 che evidenzia bene l'*iter* procedimentale: il Ministro era competente per l'istruzione e la decisione; la garanzia era data dal parere, pur non vincolante del Consiglio di Stato, organo di tutela della giustizia nell'amministrazione, ai sensi dell'art. 100 Cost.; la forma era quella del decreto del Presidente della Repubblica.

(31) Cfr. C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 11 ss.

Più di recente, G. D'ANGELO, *Consiglio di Stato e "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, in *Foro It.*, 2012, III, 532 ss.; Id., *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *www.giustamm.it*, 2013; G. MARTINI, *Il "ricorso straordinario" al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2010; F. MANGANARO - A. MAZZA LABOCCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, in *Giur. It.*, 2014, 3, 669 ss.

Governo poteva anche discostarsi dal parere espresso dal Consiglio di Stato, disattendendo, così, i principi di terzietà e di imparzialità che guidano, invece, lo *spatium deliberandi* di un organo giurisdizionale.

In quanto tale, la decisione presidenziale non era ricorribile in Cassazione, *ex art. 111 Cost.* (32), ed era inidonea ad acquisire l'efficacia formale e sostanziale di giudicato (33), avverso cui procedere per ottenerne l'ottemperanza (34), *ex art. 27, T.U. Consiglio di Stato e art. 37, legge Tar* (35).

Pertanto, avverso il comportamento inerte dell'amministrazione a dare esecuzione al decreto presidenziale, l'unica forma di tutela prevista era il giudizio per il silenzio-rifiuto (36) al fine di ottenere, eventualmente, un ordine, imposto dal giudice alla p.a., di dare esecuzione al decreto. Secondo questo schema processuale, sarebbe stato, poi (e sempre eventualmente) quest'ultimo (l'ordine) a essere oggetto del giudizio di ottemperanza (37).

D'altra parte, trattandosi di un provvedimento amministrativo, per la particolare posizione di supremazia dell'organo emittente, il Capo dello Stato, la decisione aveva comunque

(32) Cass., sez. un., 17 gennaio 2005, n. 734; Cass., sez. un., 29 marzo 1971, n. 903, in *Foro It.*, 1971, I, 1208; Cass., sez. un., 11 novembre 1988, n. 6075, in *Gius. civ. Mass.* 1988, 1459 ss.

(33) Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, ricostruisce l'istituto nel punto 1. del considerato in diritto e Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2320.

(34) Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, 229 ss. con nota di I. CACCIAVILLANI, *L'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario: una negazione ingiustificata*.

(35) Cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 111; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza - I presupposti*, cit., 1354 ss.

(36) Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1440 sostiene lo strumento apprestato dall'art. 21-bis della legge n. 241 del 1990 ai fini di declaratoria di illegittimità del silenzio rifiuto con comminatoria dell'ordine di esecuzione.

(37) Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.5. del considerato in diritto.

efficacia coattiva autonoma, circoscritta alla sfera dell'amministrazione coinvolta con il ricorso straordinario (38).

Non era neanche ammissibile sollevare, da parte del Consiglio di Stato, questioni di legittimità costituzionale, perché non gli si riconosceva natura giurisdizionale quando interveniva, con un parere, nel procedimento per la decisione del ricorso straordinario (39).

Né si riteneva applicabile l'art. 6 della CEDU, per le caratteristiche precipue del ricorso straordinario (il perimetro delle azioni esperibili, le forme di esplicazione del contraddittorio, la modalità di svolgimento dell'istruttoria e il novero dei mezzi di prova acquisibili), tra cui, non ultima, l'eventualità dell'impugnazione del decreto dinanzi al Tar (40).

In sostanza, la qualifica di rimedio giustiziale dal carattere generale (41), diverso e distinto dal ricorso giurisdizionale, si basava fundamentalmente sulla disciplina dettata dal D.P.R. n. 1199 del 1971, prima, chiaramente, delle recenti modifiche.

Elemento imprescindibile che corroborava la tesi della

(38) Cass., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141, richiamata dalla Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.6. del considerato in diritto. Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 59.

(39) C. cost., 21 luglio 2004, n. 254. In tal senso anche C. cost., 15 luglio 2005, n. 282; C. cost., 17 dicembre 2004, n. 392; C. cost., 25 novembre 2004, n. 357; C. cost., 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723; C. cost., 2 luglio 1966, n. 78, in *Giur. cost.*, 1966, 1013 ss.

Ad avviso della Corte, la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale, in virtù di quanto dettato nell'art. 14, comma 1, D.P.R. n. 1199/1971, secondo cui la decisione del ricorso è adottata sempre con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente, il quale, però, se intende proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri: in sostanza, la disposizione confermerebbe la natura amministrativa dell'organo decidente, attesa la natura evidentemente non giurisdizionale del provvedimento per la natura dell'organo emittente.

(40) C. eur. Dir. Uomo, 28 settembre 1999, caso Nardella.

(41) Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 52 e L. MAZZAROLLI, in *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 426 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, 527 ss.

natura amministrativa, era il *locus* in cui si svolgeva la controversia: il contesto nel quale si proponeva il ricorso straordinario era sostanzialmente tutto interno all'amministrazione (42), a differenza del ricorso giurisdizionale che esce dall'ambito amministrativo per svilupparsi in un diverso contesto che è quello processuale dinanzi a un collegio giudicante.

Non meno rilevante, a sostegno della natura amministrativa, era, poi, la soggezione, come tutti i decreti presidenziali, alla registrazione e al controllo di legittimità della Corte dei Conti (43).

3. Il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, segnato da un graduale rafforzamento del ruolo del Consiglio di Stato nel procedimento iniziato sul ricorso medesimo, inizia con gli interventi legislativi del nuovo Millennio, sebbene verso la natura giurisdizionale della decisione presidenziale si stesse orientando anche la giurisprudenza comunitaria (44).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è tra le prime a mettere in dubbio, incidentalmente, la natura amministrativa del ricorso *de quo*, partendo dall'esame della procedura che conduce alla decisione presidenziale e, in particolare, del ruolo del Consiglio di Stato. Secondo la Corte comunitaria, poiché il

(42) M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 622, che richiama Cons. Stato, ad. gen., 29 maggio 1997, n. 72, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1452.

(43) Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 58.

(44) C. giust. CE, sez. V, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Cons. Stato*, 1997, II, 86. Secondo la Corte, se sussiste l'esercizio della funzione giurisdizionale di un organo interno allo Stato membro, allorché quest'ultimo sia idoneo a sollevare questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato è da ritenersi organo giurisdizionale anche nella procedura sul ricorso straordinario al Capo dello Stato. Ad avviso della giurisprudenza comunitaria, sono molteplici gli elementi che accomunano l'organo decidente (individuato nel Consiglio di Stato) sul ricorso straordinario all'organo giurisdizionale: tra tutti si pensi alle condizioni di esperibilità del ricorso, al *petitum* e ai motivi di doglianza, al rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e del principio di imparzialità dell'organo giudicante.

Consiglio di Stato è un giudice (nazionale) abilitato ad adire la Corte di Giustizia su questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 234 del Trattato sull'Unione Europea, conserva la funzione giurisdizionale anche quando emette il parere nel corso del procedimento su ricorso straordinario. La pronuncia, tuttavia, non ha avuto largo seguito.

I più recenti interventi legislativi sono, invece, la legge n. 205 del 21 luglio 2000 sulla giustizia amministrativa; la legge n. 69 del 2009 che è andata a modificare alcune disposizioni contenute nel D.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971; e, chiaramente, il codice del processo amministrativo del 2010.

La prima tappa legislativa del percorso di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario è rappresentata dalla legge n. 205 del 21 luglio 2000, il cui art. 3, comma 4, in materia di tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo, aveva previsto che anche nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, potesse essere concessa, a richiesta del ricorrente, la sospensione dell'atto lesivo, disposta con atto del Ministro competente, su parere conforme del Consiglio di Stato (45).

La seconda tappa è rappresentata dalle modifiche apportate dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009 sulla disciplina del ricorso straordinario dettata dal D.P.R. n. 1199 del 1971 che attenuano gradualmente le differenze tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale, soprattutto in relazione alla qualificazione e ai poteri dell'organo decidente (46). Esse riguardano principalmente la natura del parere espresso dal Consiglio di Stato nell'*iter* decisionale iniziato sul ricorso straordinario che diviene non solo obbligatorio ma anche vincolante e, in secondo luogo, la possibilità per il Consiglio di Stato, chiamato ad adottare il parere, di sospenderne l'emanazione per solle-

(45) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 11 della motivazione.

(46) Cass., sez. un., 11-28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11. del considerato in diritto. Cfr. C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in F. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, XLII, 2014, 1406 ss.

vare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale (47).

Il legislatore del 2009 adegua a siffatte previsioni innovative anche le facoltà rimesse al Ministero competente, altro soggetto coinvolto nell'*iter* decisorio promosso con il ricorso straordinario. Esso prevede, da una parte, che la decisione del ricorso straordinario sia sempre adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente che deve conformarsi al parere del Consiglio di Stato e, dall'altra, sopprime la possibilità, attribuita al Ministero, di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, previa sottoposizione dell'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri. La soppressione di siffatta possibilità avrebbe un peso notevole, secondo la giurisprudenza, perché attribuirebbe al provvedimento finale conclusivo del procedimento natura meramente dichiarativa di un giudizio (48); pur non incidendo sulla natura dell'organo emittente e sulla forma del decreto presidenziale, esso sarebbe sostanzialmente condizionato nei contenuti dal giudizio del Consiglio di Stato.

Più incisive sono state, infine, le disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo.

Pur non disciplinando espressamente l'istituto con un articolo *ad hoc*, il codice del processo amministrativo se ne occupa in più disposizioni: il dettato dell'art. 7 c.p.a. che attiene alla giurisdizione amministrativa, prescrive al comma 8 un limite alla proponibilità del ricorso straordinario, stabilendo che esso è ammesso unicamente per le controversie devolute al giudice

(47) C. cost., 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, adunanza del 17 aprile 2012, parere n. 1124/2001, che, in sede di decisione di un ricorso straordinario, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale; Cons. Stato, sez. I, 19 maggio 1999, parere n. 650, in *Cons. Stato*, 2000, I, 179.

In quest'ottica, al pari di quanto previsto dall'art. 23 della legge 87 del 1953 per la procedura incidentale dinanzi al giudice *a quo* che rimette la questione di legittimità alla Corte, sospendendo il giudizio in corso, anche al Consiglio di Stato (quando emette il parere) è rimessa medesima facoltà, così da potersi attribuire ad esso natura giurisdizionale anche in questo segmento processuale.

(48) Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131.

amministrativo, mentre prima era ammesso anche per le controversie attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario.

In quest'ottica, è ridotto l'ambito di applicazione del ricorso straordinario alle sole controversie in cui sussiste la giurisdizione amministrativa che diviene, quindi, un generale presupposto di ammissibilità per proporre il ricorso straordinario (49).

I limiti alla proponibilità del ricorso straordinario previsti nella disposizione generale sulla giurisdizione amministrativa dettata dall'art. 7 c.p.a. è rilevante ai fini della sistematica del ricorso in esame, perché è un indice dell'attrazione dell'istituto nell'area della giurisdizione amministrativa.

Ne consegue che i due procedimenti, quello ordinario dinanzi al giudice amministrativo e quello straordinario dinanzi al Capo dello Stato, rientrano entrambi nel sistema della giurisdizione amministrativa come articolazioni diverse, alternative, ma comunque interne (50). In altri termini, il ricorso straordinario rientra nel sistema della giurisdizione amministrativa, come forma speciale e semplificata (51).

Seguendo questa direttrice, la straordinarietà che connota il ricorso al Capo dello Stato andrebbe ora rintracciata nella relazione con l'ordinario ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

L'art. 48 c.p.a. prevede il meccanismo di alternatività tra i due richiamati rimedi (quello su ricorso straordinario e quello giurisdizionale), innanzi illustrato, e — qui sta la portata innovativa della disposizione — generalizza la facoltà di opposizione, mediante la cd. trasposizione, attribuendola a qualsiasi parte (allo Stato, oltre che alle altre pubbliche amministrazioni, ai contointessati e ai cointeressati) nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, ammessa, nella previgente

(49) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 14 della motivazione e C. cost., 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73.

(50) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 34 della motivazione.

(51) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.1. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.1. della parte in diritto.

normativa dettata all'art. 10 D.P.R. n. 1199 del 1971, per i soli controinteressati (52).

La generalizzata facoltà di opposizione è rilevante perché garantisce non solo il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, consacrato negli artt. 24 Cost. e 1 c.p.a., ma anche il principio del giusto processo e del giudice precostituito per legge, a tenore dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (53). L'accordo sostanziale tra le parti a utilizzare siffatto rimedio è alla base dell'unicità del grado e della particolare istruttoria dell'*iter* procedurale sul ricorso straordinario, connotata da una singolare snellezza.

Una volta trasposto, l'art. 48 c.p.a. prevede che il giudizio segua dinanzi al giudice amministrativo, mentre se l'opposizione è ritenuta inammissibile, il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che il giudice amministrativo disponga la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria.

In altri termini, la disposizione processuale prevede una vera e propria *translatio iudicii* tra giudizio dinanzi al giudice amministrativo e giudizio in sede straordinaria; la formulazione legislativa, quindi, confermerebbe la natura giurisdizionale del ricorso straordinario tanto da considerarlo la naturale continuazione di un medesimo giudizio incardinato con il ricorso giurisdizionale.

Assicurando la conversione, cambia il rito, ma non la natura (54), a garanzia della linearità, univocità e non contraddizione tra i due rimedi (55).

Ulteriore previsione codicistica rilevante a costruire la disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato è quella

(52) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 14 della motivazione.

(53) Di recente, Cons. Stato, sez. I, parere 18 dicembre 2015, n. 3496.

(54) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.1. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.1. della parte in diritto.

(55) Cfr. C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1415.

dettata in ordine al giudizio di ottemperanza, agli artt. 112 e 113 c.p.a., nonostante non venga assolutamente indicato il decreto presidenziale tra gli atti avverso cui è proponibile l'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione.

Tuttavia, il carattere di definitività nel *decisum* della decisione sul ricorso straordinario che conclude una procedura incardinata in un unico grado, con il consenso delle parti coinvolte, si caratterizza per il connotato della intagibilità, proprio del giudicato (56), per cui la decisione rientrerebbe nei provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato (57), di cui può domandarsi l'ottemperanza, in caso di inadempimento.

A ciò aggiungasi che l'ampiezza della formulazione prevista dall'art. 112 c.p.a. permette, senza particolari problemi, che si adisca il giudice dell'ottemperanza per ottenere l'esecuzione di un decreto sul ricorso straordinario, rimasto inadempito.

La questione su cui, però, si è dibattuta la giurisprudenza era relativa alla collocazione delle decisioni presidenziali nella lettera *b*) o *d*) del secondo comma dell'art. 112 c.p.a., nonostante, secondo parte della dottrina (58), la *ratio* dell'istituto esecutivo sia la medesima per entrambe le previsioni, ossia la garanzia dell'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi a decisioni immodificabili, per cui diventa irrilevante l'individuazione della collocazione all'interno della disposizione.

L'indirizzo giurisprudenziale (59) maggioritario, seguito an-

(56) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1. della parte in diritto.

(57) Cfr. P. GOTTI, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 9, 2592 e ss.

(58) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato (nota alla sent. Cons. di Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9)*, in *Giur. It.*, 2013, 11, 2378 ss.

(59) Cfr. Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, punto 2.11.1. del considerato in diritto; Cass., sez. un., 10 marzo 2011, n. 5684; Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 9447; Cass., sez. un., 19 luglio 2011, n. 15765; Cass., sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21056; Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28345; Cass., sez. un., 28 dicembre 2011,

che dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ritiene che la decisione adottata in sede di ricorso straordinario trovi la sua collocazione sistemica nel dettato della lettera *b*) dell'art. 112, comma 2, c.p.a. (che prevede l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, tra cui vi rientrerebbero anche le decisioni del Capo dello Stato), in combinato disposto con l'art. 113, comma 1, c.p.a., in virtù del quale il giudice competente a decidere sull'ottemperanza delle decisioni *de quibus* sarebbe il Consiglio di Stato, in unico grado, come giudice che ha emesso il provvedimento di cui si chiede l'attuazione (60).

Questa interpretazione è conforme, altresì, al principio costituzionale del doppio grado di giudizio, giacché l'affermazione della competenza del Consiglio di Stato, in unico grado, rispetta la *voluntas* del legislatore di prevedere un rito speciale e semplificato, scelto dalle parti, idoneo a una più celere e snella definizione della controversia (61).

La lettura delle recenti disposizioni, soprattutto processuali, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario (62), supportano, quindi, la tesi della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, nell'ottica di un sistematico parallelismo con il ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

Le norme processuali hanno consentito, quindi, il supera-

n. 29099 e Cons. Stato, ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2649; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in questa *Rivista*, 2001, 800 e ss. con nota di F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*.

(60) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.2.1. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.2.1. della parte in diritto.

(61) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.4. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.4. della parte in diritto.

(62) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cass., sez. un., 14 maggio 2014, n. 14014; Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2013, n. 5162; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3439.

mento della teoria che connotava il decreto presidenziale come una decisione di giustizia, non espressiva della funzione giurisdizionale, per riconoscervi natura giurisdizionale, riscontrabile nel parere del Consiglio di Stato che assurge a motivazione della decisione e nella legittimazione di quest'ultimo a sollevare questione di legittimità costituzionale. In questo modo, viene salvaguardata la garanzia costituzionale prevista dall'art. 103 Cost., che fa salvi il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa come giudici speciali (63).

D'altra parte, in tal senso, sembrava già orientato il legislatore, se si tiene conto dell'istituto della revocazione del decreto presidenziale, nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c., stabilita dall'art. 15 del D.P.R. n. 1199 del 1971. L'ammissibilità della revocazione anche per la decisione presidenziale in sede di ricorso straordinario confermerebbe, in sostanza, la natura sostanzialmente giurisdizionale, dal momento che la revocazione è il rimedio tipico degli atti giurisdizionali (64). Se, poi, si tiene conto delle disposizioni concernenti la materia del contributo unificato (65), il t.u. sulle spese di giustizia, che hanno inserito l'istituto *de quo* nel complessivo sistema giudiziario (66), la meta della configurazione giurisdizionale del ricorso straordinario era già segnata.

La decisione presidenziale, quindi, non sarebbe altro che l'estrinsecazione sostanziale della funzione giurisdizionale espressa nel parere del Consiglio di Stato che, invero, acquisirebbe la paternità effettiva della decisione sulla legittimità dell'atto impugnato, in posizione di terzietà e indipendenza e nel pieno rispetto del contraddittorio.

(63) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2. della parte in diritto.

(64) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464, punto 10 della motivazione.

(65) L'art. 37, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111 che, in sede di modifica dell'art. 13, comma 6 bis, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115.

(66) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2. della parte in diritto.

La dottrina (67), soprattutto quella più recente, ha condiviso e rinforzato il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario iniziato dalla giurisprudenza.

A fronte di una prima ricostruzione dottrinale, sicuramente maggioritaria (68), che ritiene il rimedio come giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo (69) o tutt'al più un ibrido tra i due rimedi (secondo una tesi cd. intermedia), ve n'è una seconda che sulla scorta della giurisprudenza costituzionale (70), ritiene il ricorso un rimedio giustiziale amministrativo.

Il primo orientamento, costruitosi per lo più a partire dalle disposizioni processuali amministrative, parte dalla considerazione che sussista equiparazione tra i due rimedi tale che il ricorso straordinario sia un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa, dove

(67) Cfr. L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in S. CASESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, V, 4445 ss.

(68) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 228 ss.; A. DAPAS - L. VIOLA, *L'ottemperanza delle decisioni dei ricorsi straordinaria spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2013, 780 ss.; S. MORELLI, *L'Adunanza Plenaria conferma la "sostanza giurisdizionale" del ricorso straordinario: l'ottemperanza compete al Consiglio di Stato*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 4, 3 ss.; I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, 7, 803 ss.

(69) Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che ritiene il rimedio tendenzialmente giurisdizionale. Cfr. anche C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1408 ss. che richiama A. POZZI, *Riflessioni sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm*, 2013; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009.

(70) C. cost., 2 aprile 2014, n. 73. Cfr. S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1176 ss. che legge la definizione offerta dalla Corte Costituzionale come un istituto ibrido, insieme giurisdizionale ed amministrativo; un ircocervo giuridico, ambiguo e ambivalente.

la specialità attiene al suo espletarsi in un unico grado per una libera scelta delle parti del giudizio. Tutto ciò trova conferma nel contenuto del parere espresso dal Consiglio di Stato, divenuto vincolante, come manifestazione dell'esercizio di un potere giurisdizionale.

La tesi dottrinale cd. intermedia (71) ritiene che il ricorso straordinario sia un istituto parallelo al ricorso giurisdizionale collocabile in una zona mediana tra il rimedio giustiziale (ormai superato) e la tutela giurisdizionale vera e propria.

Il secondo orientamento dottrinale, invece, qualifica il ricorso in esame come rimedio giustiziale amministrativo (72) con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo e lo costruisce sempre sulle disposizioni del codice del processo amministrativo, oltre che sulla disciplina dettata dal D.P.R. n. 1199 del 1971, come modificata nel 2009.

Secondo questa ricostruzione dottrinale, i più recenti interventi legislativi (73) si sono orientati nel solo senso di riordinare e sistematizzare la disciplina sul ricorso straordinario, senza esprimersi sulla natura del ricorso medesimo (74). Le previsioni legislative di cui alla legge del 2009 e del codice del processo amministrativo del 2010, pertanto, non escludono la qualificazione del ricorso *de quo* come un rimedio amministra-

(71) Cfr. F. FRENI, *Tanto tuonò... Impressioni a prima lettura a margine di SS. UU. 28 gennaio 2011, n. 2065*, in *www.giustamm.it*, 2011; *Id.*, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in questa *Rivista*, 2010, 224 e ss.

(72) Cfr. C. cost., 2 aprile 2014, n. 73, punto 3.1. del considerato in diritto.

(73) F.G. SCOCA, *La Corte Costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 1476 ss. che esamina nello specifico l'art. 7, comma 8, c.p.a. che ha ridotto l'ambito di ammissibilità del ricorso, sostenendo che la riduzione potesse essere stabilita anche senza le modifiche introdotte dalla legge del 2009.

(74) Cfr. F.G. SCOCA, *op. loc. cit.* e M.T. SEMPREVIVA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.*, 2014, 6, 636 ss. Seguendo questa linea interpretativa della dottrina, il legislatore non avrebbe volutamente colto l'occasione di definire la natura del ricorso straordinario, quasi a voler confermare quella fino ad allora riconosciuta, ossia quella di rimedio amministrativo.

tivo giustiziale come, anche, non stabiliscono espressamente la natura giurisdizionale (o sostanzialmente giurisdizionale) del medesimo. In quest'ottica, l'acquisita vincolatività del parere espresso dal Consiglio di Stato non avrebbe tutta questa portata innovativa (75) sulla natura del ricorso in esame, soprattutto se si considera che esso non era, neanche prima delle modifiche, un mero atto istruttorio, ma conservava in sé la decisione della controversia: in tal senso, rimane immutata la natura decisoria del parere ricostruibile come un giudizio, secondo la definizione della giurisprudenza innanzi esposta; a mutare è solo la sua efficacia divenendo assolutamente vincolante (76).

Al di là delle costruzioni dottrinali che fugano alcuni dubbi ma sono fonte di ulteriori suggestioni, non può negarsi che si stia consolidando l'orientamento giurisprudenziale, condiviso dalla recente sentenza della Cassazione, che ritiene il procedimento iniziato sul ricorso straordinario di natura giurisdizionale con una "marcata connotazione di specialità" (77), contraddistinto, in sostanza, da un rito speciale e semplificato, scelto dalle parti, idoneo a una più celere e snella definizione della controversia (78).

4. Il naturale precipitato logico della posizione che sostiene la natura (sostanzialmente) giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato è quello che verte sulla possibilità di adire la Cassazione, a Sezioni Unite, contro la decisione assunta dal Presidente della Repubblica, resa sul medesimo ricorso.

(75) P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.federalismi.it, 2014, 5 che si sofferma, invece, sul carattere interpretativo e non innovativo dell'art. 7, comma 8, c.p.a. rispetto alla disciplina dettata dal D.P.R. 1119 del 1971 modificato dal legislatore del 2009.

(76) Cfr. F.G. SCOCA, *La Corte Costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1476 ss.

(77) Cass., sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414.

(78) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 5.4. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 5.4. della parte in diritto.

Gli ultimi approdi della giurisprudenza muovono, infatti, in questa direzione, aprendo le porte anche al ricorso per Cassazione, risolvendo, altresì, il dubbio che ha interessato la giurisprudenza circa il suo inquadramento normativo all'interno dell'art. 111 della Costituzione. In sostanza, le posizioni giurisprudenziali sono due: una prima, minoritaria, che riconduce il ricorso per Cassazione contro il decreto del Capo dello Stato nel comma 7 dell'art. 111 della Costituzione, secondo cui "contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge"; un secondo orientamento ritiene inquadrabile il ricorso per Cassazione contro le decisioni del Capo dello Stato all'interno del comma 8 dell'art. 111 della Costituzione, secondo cui "contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione". Ulteriore questione, poi, strettamente connessa a siffatto inquadramento sistematico, è quella relativa alla configurazione dei limiti legati alla proposizione di tale mezzo di impugnazione.

Le recenti sezioni unite della Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 19786 del 5 ottobre 2015, hanno aderito al secondo orientamento (79), senza tuttavia dilungarsi troppo sugli aspetti a esso connessi, preferendo approfondire la questione, sicuramente più controversa, dei motivi e dei limiti per i quali può essere impugnata in Cassazione tale decisione.

(79) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464 enuncia, ai sensi dell'art. 384, primo comma, c.p.c., il seguente principio di diritto: "In caso di ricorso straordinario proposto ai sensi dell'art. 8 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, avverso atti amministrativi definitivi per motivi di legittimità, da parte di chi vi abbia interesse, ricorso ammissibile (ex art. 7, comma 8, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo) unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario in conformità del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato (ex art. 14 d.P.R. n. 1199/1971, come novellato dall'art. 69, secondo comma, legge 18 giugno 2009, n. 69), è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c. solo per motivi attinenti alla giurisdizione".

La sentenza, infatti, affermando chiaramente che il decreto presidenziale rientra nell'ambito di applicazione del comma 8 dell'art. 111 della Costituzione, si avvale delle argomentazioni innanzi esposte circa la natura giurisdizionale del ricorso straordinario e, in particolare, circa la natura vincolante del parere del Consiglio di Stato come elemento essenziale della decisione presidenziale, tale da configurarsi come una sua mera riproduzione.

Il mutamento apportato dal legislatore del 2009 al parere reso dal Consiglio di Stato, infatti, è stato radicale: non si assiste solo alla trasformazione del parere da obbligatorio, secondo la precedente normativa, a vincolante, ma si assiste a una vera e propria torsione ontologica della sua natura: il parere è, infatti, la decisione del ricorso straordinario (80).

Ne consegue, ad avviso del giudice di legittimità, che i motivi per i quali si può adire la Cassazione nei confronti di un decreto presidenziale, reso su ricorso straordinario, sono gli stessi per i quali si può ricorrere in Cassazione contro un'ordinaria decisione del Consiglio di Stato; *sic rebus stantibus*, il ricorso per Cassazione è proponibile ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, nelle forme previste dall'art. 362 c.p.c. e dall'art. 110 c.p.a (81).

5. Più complesso è, invece, cogliere quali siano i motivi *inerenti alla giurisdizione*, per usare la formulazione lessicale del legislatore costituzionale e del codice del processo amministrativo (82).

In relazione alle perplessità sorte sui motivi inerenti alla giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità disegna una mappa concettuale che consente all'operatore del diritto di orien-

(80) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss.

(81) Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2014, n. 4024 e Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cass., sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414; Cass., sez. lav., 16 luglio 2013, n. 17375; Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786.

(82) Il codice di procedura civile, agli articoli 362 e 360, 1 comma, n.1, invece, usa altra formulazione: motivi "attinenti alla giurisdizione".

tarsi in una direzione che non è sempre stata univoca, almeno sino alla pronuncia n. 19786 del 2015.

Il motivo inerente alla giurisdizione rientra come forma speciale nell'ambito della violazione delle disposizioni di legge che disegnano il quadro dell'esercizio della funzione giurisdizionale, disciplinandone anche i cd. limiti esterni della giurisdizione (83).

Secondo i concetti della tradizione giuridica tedesca, richiamati dalla sentenza n. 19786 del 5 ottobre 2015, occorre distinguere il *Rechtsprechung*, ossia il potere di giudicare, dal *Gerichtbarkeit*, ossia la competenza giurisdizionale. Traslandoli nell'ordinamento italiano, i concetti richiamano la distinzione tra il potere giurisdizionale rispetto alla funzione giurisdizionale e tutti e due rientrano tra i motivi per i quali sussiste la violazione di legge attinente alla giurisdizione e, per questo, ricorribili dinanzi alla Corte di Cassazione.

In sostanza, è possibile ricondurre a tre i casi attinenti alla giurisdizione: il primo (o limite esterno) concerne la funzione giurisdizionale e fa riferimento al confine tra il potere attribuito dalla legge agli organi giurisdizionali, ben distinto dagli altri due poteri dello Stato, quello legislativo e quello esecutivo (o amministrativo), conferito ad altri organi dello Stato, secondo il tradizionale principio della separazione dei poteri di montesquiana memoria, nel termine della tripartizione (84).

Il primo motivo inerente alla giurisdizione si basa su un criterio distintivo dei poteri e, quindi, concerne segnatamente le relazioni e i limiti tra i vari poteri dello Stato, al fine di evitare forme di ingerenza illegittime: si pensi, in particolare, al rapporto tra il Consiglio di Stato (organo giurisdizionale) rispetto alla sfera di potere esercitato dall'organo legislativo o

(83) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 50.

(84) Sulla tripartizione delle funzioni o dei poteri, che intende esprimere solo un principio politico, cfr. S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1970, XIX, 223.

quello esercitato dalla amministrazione, ad esempio di tipo discrezionale (85).

In queste ipotesi di ingerenza tra poteri e, in particolare, del potere giudiziario sugli altri tipi di potere, sussiste una violazione di legge che attiene alla giurisdizione e, in quanto tale, ricorribile con un ricorso per Cassazione; nella ipotesi rientra anche il caso in cui, al contrario (o in negativo), il giudice, ad esempio il Consiglio di Stato, neghi la sua giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto di esercizio del suo potere giurisdizionale (86).

Il secondo caso che rientra nei limiti cd. esterni concerne l'essenza della funzione giurisdizionale e attiene alla distinzione tra le diverse giurisdizioni, ossia ai poteri attribuiti ai diversi organi giurisdizionali, all'interno dell'ordinamento giudiziario nazionale (87), ossia al potere attribuito all'autorità giudiziaria ordinaria rispetto al giudice amministrativo e agli altri giudici speciali e viceversa. In sostanza, il secondo criterio distintivo verte sui confini e i limiti tra le distinte sfere interne della giurisdizione, la cui violazione legittima la proposizione di un ricorso per Cassazione sia nel caso (positivo) di ingerenza da parte del giudice amministrativo nella sfera di giurisdizione attribuita al giudice ordinario o a un giudice speciale, sia, al contrario, in negativo, nel caso in cui il giudice amministrativo si spogli della sua giurisdizione perché convinto appartenga ad altro giudice (88).

Il terzo caso inerente alla giurisdizione che rientra, sempre, nei limiti cd. esterni (89), riguarda l'articolazione della giurisdizione

(85) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786 che richiama Cass., sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784.

Cfr. V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 871 ss., la quale si sofferma principalmente sul caso dell'eccesso di potere giurisdizionale.

(86) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 51.

(87) Cfr. S. SATTÀ, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., 224 ss.

(88) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 52 e 53.

(89) Cfr. S. GATTAMELATA, *Il ricorso in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 1043 ss.

zione amministrativa, nelle tre tipologie nelle quali si spiega la giurisdizione del giudice amministrativo, cioè quella generale di legittimità e le due giurisdizioni speciali (e aggiuntive), ossia quella esclusiva e quella di merito.

Anche in questa ipotesi sussiste una violazione di legge per motivi attinenti alla giurisdizione e, in quanto tale, ricorribile dinanzi alla Cassazione, se si consideri il caso, non infrequente, in cui il giudice amministrativo travalichi i limiti tra le sue giurisdizioni interne (90), disattendendo le prescrizioni legislative dettate dall'art. 7 e dagli artt. 133 e 134 del codice del processo amministrativo.

Ora, il quadro si completa con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la cui decisione può essere oggetto di ricorso per Cassazione per le ipotesi innanzi delineate.

Non può più trascurarsi che all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa, accanto e in alternativa al processo ordinario (giurisdizionale in senso stretto) promosso con il ricorso al giudice amministrativo, sussista un ulteriore e diverso procedimento che è quello proposto al Capo dello Stato che assottiglia sempre più il confine tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario e, soprattutto, tra decisione giurisdizionale e decisione presidenziale.

Ne consegue che come per la prima è ammissibile il ricorso per Cassazione, così lo sarà per la seconda.

In particolare, atteso l'esercizio della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato quando adotta un parere nell'*iter* iniziato su un ricorso straordinario, i motivi inerenti alla giurisdizione, *ex art.* 111, comma 8, della Costituzione, attengono alla giurisdizione in unico grado del Consiglio di Stato che si manifesta nel suddetto parere, riprodotto nel decreto presidenziale. Essi ben si conciliano, poi, con i limiti dettati dall'art. 7, comma 8, c.p.a., a tenore del quale il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

(90) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 54, che richiama Cass., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403.

In sostanza, quindi, dalla natura del decreto presidenziale intesa quale decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, ne consegue necessariamente l'ammissibilità del sindacato ultimo delle Sezioni Unite, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, 8 comma, Cost., in quanto riferibile in un unico grado (per il contenuto recato nella decisione stessa) al Consiglio di Stato (91).

Ne deriva che i tre casi innanzi illustrati di motivi inerenti alla giurisdizione per i quali è possibile adire la Cassazione, valgono anche laddove venga adottata una decisione presidenziale in sede di ricorso straordinario.

Pertanto, il principio generale secondo il quale il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato sia limitato all'accertamento di un eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione oppure alla sussistenza di vizi che riguardano l'essenza di tale funzione giurisdizionale e non il suo modo di esercizio, sussiste anche per le decisioni rese sul ricorso straordinario.

Estranee, infatti, alla mappa concettuale sui motivi inerenti alla giurisdizione e, quindi, non ricorribili in Cassazione, sono tutte le ipotesi rientranti nei cd. limiti interni (92), ossia relativi ai modi di esercizio dell'attività giurisdizionale da parte del giudice quando ne ha la giurisdizione (93). In esse si profila un cattivo esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo che integra una scorretta applicazione di norme di legge (94), senza che venga travalicato l'ambito di cognizione assegnatogli. Il giudice amministrativo, infatti, in queste

(91) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464.

(92) Cfr. V. FANTI, *La "rivoluzione" operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 1, 145 ss.

(93) Cfr. E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, relazione al Convegno "Eccesso di potere giurisdizionale e labili confini del merito amministrativo - La Corte di Cassazione "ingabbia" il Consiglio di Stato, tenutosi a Bari l'11 aprile 2014, in www.giustamm.it.

(94) Cfr. R. CICHESE, *Ricorribilità in Cassazione del decreto decisorio su*

ipotesi, esercita legittimamente il potere giurisdizionale, per cui l'eventuale vizio attiene alle modalità di esercizio del potere medesimo, per esempio nel caso di violazione nell'interpretazione di norme di legge o di falsa applicazione delle stesse o nel caso del merito delle valutazioni addotte dal giudice nel suo percorso decisionale (95). In sostanza, quando i vizi attengono a mere ipotesi di violazione di legge, gli stessi non sono riconducibili ai motivi inerenti alla giurisdizione o alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per cui non è ammessa l'impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione, non potendo formare oggetto di giudizio dinanzi alle Sezioni Unite (96).

Nel caso del ricorso straordinario, resta escluso, quindi, ogni sindacato della Corte di Cassazione sui limiti interni di tale forma di giurisdizione, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, anche se relativi a segmenti procedurali successivi all'emanazione del parere da parte del Consiglio di

ricorso straordinario, in *Corriere Merito*, 2013, 3 ss. a commento della sentenza della Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464.

(95) Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, punto 54, che richiama Cass., sez. un., 29 aprile 2005 n. 8882; Cass., sez. un., 29 marzo 2013, n. 7929; Cass., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403.

Di recente, Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3729 che ribadisce che “il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale riguarda esclusivamente il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo e non può estendersi alla censure volte a far valere un “*error in iudicando*”, in quanto il vizio lamentato, ove sussistente, atterrebbe all'esplicazione interna del potere giurisdizionale riservato al giudice amministrativo”.

(96) R. CICCHESI, *Ricorribilità in Cassazione del decreto decisivo su ricorso straordinario*, cit., 3 ss., la quale commenta la Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464 che ha rigettato il ricorso sottoposto al suo esame, in quanto la pronuncia del Consiglio di Stato “ha operato su un piano (procedimento di dispensa) diverso da quello dell'oggetto del giudizio delle Sezioni Unite adite con ricorso avverso la sentenza della sezione disciplinare, e il parere ha affermato l'inidoneità dell'applicazione della sanzione disciplinare ad interferire con l'accertamento di una diversa causa di cessazione del servizio il cui presupposto si era verificato prima dell'adozione del provvedimento disciplinare”. Pertanto, la contestazione attiene solo alla corretta applicazione delle norme di legge la cui valutazione non rientra nei poteri della Cassazione a Sezioni Unite, secondo la previsione dettata dall'art. 362 c.p.c.

Stato (97). Per questi ultimi vizi, infatti, il decreto presidenziale è impugnabile in sede giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo che può conoscere soli di questi profili procedurali, essendogli precluso un sindacato su aspetti strettamente contenziosi, già risolti dal decreto medesimo (98).

6. I recenti arresti giurisprudenziali sui motivi inerenti alla giurisdizione aprono a nuove e diverse suggestioni, se si sposta il punto di osservazione: il campo di indagine su cui soffermarsi non è più la natura del ricorso straordinario e della decisione presidenziale, sulla quale ancora si nutrono dubbi e perplessità (99), ma attiene alle questioni, più pregnanti, relative alla natura del parere reso dal Consiglio di Stato, quando “decide” su un ricorso straordinario, e, soprattutto, alla funzione esercitata dal Consiglio di Stato quando adotta il medesimo parere, anche in relazione al decreto del Presidente della Repubblica.

L'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite che, in maniera generica, afferma l'ammissibilità del ricorso in Cassazione anche per le decisioni presidenziali, ritenendole di natura giurisdizionale, non si sofferma sulle ricadute e sui dubbi che una simile affermazione crea sull'istituto in esame e, soprattutto, sulle dinamiche tra giurisdizioni, ma anzi apre la strada a perplessità e nodi irrisolti.

(97) Cfr. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 641.

(98) A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2015, 1, 54 e ss. che ricorda, sul punto che “In forza dell'art. 10, co. 3, d.p.r. n. 1199/1971, inoltre, è possibile 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); mentre, ai controinteressati a cui il ricorso non è stato notificato, in ragione dei medesimi motivi, è possibile contestare anche gli errori di giudizio della decisione”. L'A. approfondisce il rapporto tra il ricorso per Cassazione, ex art. 362 c.p.c. e l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, per vizi formali e procedurali.

(99) Cfr. G. URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 411 ss.

In sostanza, se fosse limpido il ruolo svolto dal Consiglio di Stato nell'*iter* promosso con un ricorso straordinario e soprattutto se fosse chiara la natura del parere da esso emanato (anche mediante il supporto del legislatore), non vi sarebbero dubbi sulla possibilità di adire la Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione; ma così non è.

L'ordinamento italiano e, in particolare, la giurisprudenza avvertono forte l'esigenza di dare attuazione ai canoni costituzionali ed europei che ispirano anche l'art. 1 c.p.a. in tema di effettività della tutela giurisdizionale; per tali ragioni, la ricostruzione che si intende offrire non può sottrarsi da una lettura costituzionalmente orientata della disciplina sul ricorso straordinario al Capo dello Stato che tenga conto di uno dei principi baluardo dello Stato di diritto, ossia quello di separazione dei poteri.

Il punto di vista metodologico con cui ci si appresta a esaminare le questioni cambia nel senso di non soffermarsi più sulla tradizionale relazione tra il ricorso straordinario rispetto al ricorso giurisdizionale, ma di concentrarsi sulle dinamiche che legano la decisione del Presidente della Repubblica agli altri organi coinvolti nell'*iter* procedimentale, tra cui, in particolare, il Consiglio di Stato.

La graduale assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale e la progressiva attrazione della disciplina dettata sul medesimo all'interno delle forme di tutela giurisdizionale (che le recenti sentenze stanno rinforzando), non fuga il dubbio circa il rischio di un mascherato riconoscimento (e di una conseguente ammissibilità) di una forma indiretta di esercizio del potere giudiziario da parte del Presidente della Repubblica quando adotta il decreto finale, anche se inteso solo quale mera riproduzione di una decisione di giustizia assunta dal Consiglio di Stato nel suo parere.

Il parere reso dal Consiglio di Stato e la decisione presidenziale assurgono, invero, a due segmenti nell'*iter* decisorio davanti al Presidente della Repubblica e a due tipologie di atti non facilmente assimilabili o identificabili, come la dottrina e la

giurisprudenza più recente inducono a far credere. Il parere è, tradizionalmente, un atto di decisione (100) endoprocedimentale, strumentale e funzionale alla decisione del Capo dello Stato; esso spiega i suoi effetti, vincolanti, all'interno del procedimento nei soli confronti del Presidente della Repubblica e del Ministro competente all'istruttoria e, anzi, come tale, necessita proprio del decreto presidenziale, quindi di un ulteriore atto, per produrre effetti all'esterno nei confronti del destinatario del decreto medesimo.

In sostanza, il decreto presidenziale è la naturale prosecuzione dell'attività decisoria esercitata dal Consiglio di Stato in un atto endoprocedimentale qual è il parere.

La strumentalità e vincolatività (101) del parere, infatti, è determinata, soltanto, dall'assenza di competenze del Capo dello Stato a conoscere della legittimità degli atti amministrativi, per cui non può che rimettersi a quanto deciso dal Consiglio di Stato, per quanto residui una facoltà, rimessa al Presidente della Repubblica, di richiedere il riesame del parere per motivi di legittimità, restituendo il decreto al Ministero competente.

In quest'ottica, diviene particolarmente rilevante configurare la natura del parere, anche per individuarne le ricadute e gli effetti nel percorso decisionale che si svolge dinanzi al Capo dello Stato; a meno che non si rintracci la creazione di una nuova forma di parere *giurisdizionale* o di atti *formalmente presidenziali*, ma *sostanzialmente giurisdizionali* (102), in cui

(100) Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1988, 565.

(101) Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 232 ss.

(102) A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri "decisori". La deconstituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2, 1481 ss., il quale parla di atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente amministrativo, sull'assunto che si tratta di un decreto proposto dal ministro ed emanato dal Presidente della Repubblica impugnabile in primo grado davanti al Tar come provvedimento amministrativo. N. LONGHI, *Il nuovo giurisdizionalizzato ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.giustamm.it*, 16, fa riferimento al decreto presidenziale come atto formalmente presidenziale e governativo, ma sostanzialmente consiliare, riferibile cioè al Consiglio di Stato, dove "il Ministro, con la sua

sia il Consiglio di Stato a definirne il contenuto con il parere, mentre il Presidente della Repubblica si limiti ad emanarlo e a controllarne la aderenza alla Costituzione, sulla falsa riga degli atti formalmente presidenziali, ma sostanzialmente governativi.

Ne consegue che vacilla il primo pilastro (natura giurisdizionale *tout court* del parere) su cui la giurisprudenza di legittimità ha costruito l'ammissibilità del ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione anche per i decreti che decidono il ricorso straordinario.

7. Strettamente connessa è la seconda questione, anch'essa piuttosto evanescente, circa la funzione svolta dal Consiglio di Stato nel procedimento promosso su un ricorso straordinario (103).

La legittimazione del Consiglio di Stato ad adottare un parere, al di là della natura del medesimo, farebbe intendere che esso svolga una mera funzione consultiva. D'altro canto, non vi è alcuna disposizione a livello costituzionale che attribuisca una funzione decisoria di tipo giurisdizionale al Consiglio di Stato nell'*iter* che conduce alla decisione presidenziale sul ricorso straordinario, se non a livello legislativo, ai sensi dell'art. 13, comma 1, del D.P.R. n. 1199 del 1971 (come modificato nel 2009) che attribuisce alla sezione del Consiglio di Stato, chiamata ad adottare il parere, la facoltà di sospendere l'emanazione e di rimettere la questione alla Corte Costituzionale al fine di risolvere l'incidente di costituzionalità (104).

controfirma, ne assume la responsabilità politica e giuridica (art. 89 Cost.), pur non avendo, di fatto (fatta eccezione per i poteri istruttori dell'apparato amministrativo al quale è preposto), alcuna voce in capitolo nella decisione".

(103) A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri "decisori". La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, cit., 1481 ss.

(104) C. cost., 26 marzo-2 aprile 2014, n. 73. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, adunanza del 17 aprile 2012, parere n. 1124/2001, che, in sede di decisione di un ricorso straordinario, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale; Cons. Stato, sez. I, 19 maggio 1999, parere n. 650/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 179.

La previsione di siffatta facoltà, assente prima del 2009, è il supporto normativo attorno a cui si costruisce l'esercizio di una funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato anche in questa sede, nonostante non ci sia una espressa previsione legislativa in merito (105). *Sic rebus stantibus*, come suggerito (106), si finirebbe per sostenere che l'attività consultiva del Consiglio di Stato, quando si traduce in un parere vincolante, equivalga ad attività decisoria.

Tuttavia, il Consiglio di Stato esercita la funzione giurisdizionale solo ed esclusivamente in secondo grado, in appello, avverso le decisioni dell'organo di primo grado, che è il Tar. In questa veste, il Consiglio di Stato è giudice e si pone in un piano ben distinto rispetto all'amministrazione, che è una delle parti della controversia oggetto del suo giudizio.

I due piani e i due ruoli — quello del Consiglio di Stato, da una parte e quello dell'amministrazione, dall'altra — non possono confondersi perché il loro rapporto è ben distinto e scisso: il primo è giudice, la seconda è parte processuale. Allo stesso modo, non può confondersi il ruolo ricoperto dal Consiglio di Stato quando è giudice di secondo grado rispetto a quello in cui è consulente in materia giuridico-amministrativa del Governo e, soprattutto, organo di tutela interna all'amministrazione nell'ipotesi del ricorso straordinario, secondo il dettato dell'art. 100 della Costituzione.

Il ricorso straordinario è, senza dubbio, l'unica forma di giustizia interna all'amministrazione in cui è coinvolto il Consiglio di Stato nell'esercizio della sua funzione di organo di tutela giustiziale amministrativa, non già di organo strettamente giurisdizionale, nel pieno rispetto dei precetti costituzionali (artt. 100 e 102 Cost.).

(105) A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri "decisori"*, cit., 1481 ss., il quale, a commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 73 del 2014, ritiene che "nel ragionamento della Corte, stante l'avvenuta conversione (o assimilazione) del ricorso straordinario in rimedio giurisdizionale, le sezioni consultive sarebbero state 'giudice' ex art. 1 l. cost. n. 1/1948 anche in assenza della previsione legislativa".

(106) A. MANGIA, *op. loc. cit.*

In definitiva, il ricorso verrebbe deciso dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, espressione della funzione di consulenza ben distinta dalla funzione giurisdizionale che in questa sede non eserciterebbe (107), sull'assunto — non meno rilevante — che in forza del divieto imposto dall'art. 102 Cost. (e della sesta disposizione transitoria) né il legislatore ordinario, né ancor meno gli organi giudiziari, possano creare un nuovo giudice (108).

Il particolare ruolo svolto dal Consiglio di Stato, quando adotta il parere, farebbe tutt'al più ipotizzare una funzione *paragiurisdizionale*, ossia una funzione *formalmente* consultiva, nelle modalità di svolgimento interne all'*iter* procedimentale, ma *sostanzialmente* giurisdizionale, per l'assetto degli effetti che spiega.

L'individuazione del tipo di funzione esercitata dal Consiglio di Stato sul procedimento promosso su ricorso straordinario è un presupposto ineludibile per ammettere la proposizione del ricorso per Cassazione, ai sensi degli artt. 362 c.p.c. e 110 c.p.a.; in sostanza, se si ritiene che esso eserciti la funzione giurisdizionale, il mezzo di impugnazione è esperibile, altrimenti no.

La tematica insiste sul terreno scivoloso della specifica e puntuale individuazione della disciplina delle questioni di giurisdizione (109) conoscibili dalla Corte di Cassazione che, come suggerito (110), non trova una precisa ed appagante definizione

(107) Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 235.

(108) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2374 ss. e F.G. ROMANO, *Il ricorso straordinario e il dilemma irrisolto: ricorso amministrativo o giurisdizionale?*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2014, 4, 1085.

(109) C. CACCIAVILLANI, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 441, la quale precisa che le questioni di giurisdizione rappresentano il modo in cui rileva nel processo giurisdizionale il problema (di diritto sostanziale) della sussistenza e della consistenza delle situazioni giuridiche soggettive.

(110) Cfr. V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, cit., 871.

nelle disposizioni *ex art.* 48 T.U. Consiglio di Stato, art. 362 c.p.c., art. 36 l. n. 1034/1971, art. 111 Cost. e art. 110 c.p.a. Queste disposizioni legislative, d'altro canto, non fanno alcuna menzione dell'ipotesi di ricorso straordinario al Capo dello Stato, come anche manca il riferimento nella disciplina del difetto di giurisdizione dettata dall'art. 9 c.p.a.

Alla confusione legislativa vi ha sopperito la giurisprudenza della Cassazione, coadiuvata dalla dottrina, che ha delimitato i confini dei motivi attinenti alla giurisdizione per i quali ricorrere in Cassazione, elaborando, come innanzi esposto, i concetti di limiti interni ed esterni della giurisdizione.

8. L'indagine impone una riflessione sui tre casi di limiti esterni, il cui sconfinamento è suscettibile di sindacato da parte della Cassazione, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, in riferimento alla decisione su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il primo caso (o limite esterno) attiene al confine tra il potere attribuito dalla legge agli organi giurisdizionali e il potere legislativo e, soprattutto, quello amministrativo. Nel caso del ricorso straordinario, la dubbia tipologia della funzione esercitata dal Consiglio di Stato e, soprattutto, le perplessità da cui è avvolta la natura della decisione presidenziale, non consentono di asserire con assoluta certezza che ci si trovi nell'area del primo limite esterno, né che si profilino ingerenze tra poteri dello Stato.

In sostanza, perché questi ultimi si configurino, occorre la presenza di due presupposti, ossia della sussistenza di un organo giurisdizionale e di una decisione giudiziaria, che sembrano mancare o, tutt'al più, essere connotati da profili evanescenti nel procedimento promosso con il ricorso straordinario.

In questa direzione, la mancata previsione da parte del legislatore ordinario della natura del ricorso straordinario e della sua collocazione nella disciplina delle questioni inerenti alla giurisdizione, farebbe intendere la sua volontà a non mutare la sua primigenia natura di rimedio giustiziale ammini-

strativo nella naturale evoluzione di quello che era il ricorso al Re. In quest'ottica, non si configurerebbe nessun limite esterno, vertendo tutte nell'area dell'amministrazione (quella giurisdizionale, da una parte, quella attiva, dall'altra), senza che si profilino sconfinamenti tra potere esecutivo e potere giurisdizionale.

Tutt'al più, potrebbe configurarsi il primo limite nell'ipotesi in cui sia il Consiglio di Stato, in sede consultiva, a ingerirsi nella sfera di potere attribuito al Presidente della Repubblica su aspetti contenziosi decisi con il decreto presidenziale oppure al Ministro, competente all'istruttoria, nell'*iter* iniziato sul ricorso *de quo*.

Residuerrebbe esclusivamente l'ipotesi — più teorica che reale — dello sconfinamento nel potere legislativo.

Il secondo caso, sempre rientrante nei limiti cd. esterni, attiene ai poteri attribuiti all'autorità giudiziaria ordinaria rispetto al giudice amministrativo e agli altri giudici speciali e viceversa, individuati in base al noto criterio di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario che verte sulla situazione giuridica soggettiva lesa (se interesse legittimo o diritto soggettivo) o in base alla materia oggetto della controversia (si pensi alla Corte dei conti o alla giurisdizione esclusiva) (111).

Anche la sussistenza di questo secondo limite traballa, atteso il dubbio che circonda sia la funzione giurisdizionale piena del Consiglio di Stato, quando esprime il parere, sia la decisione giudiziaria, resa dal Presidente della Repubblica.

Lo sconfinamento difficilmente avviene perché trattasi di due rimedi (quello del ricorso straordinario e quello del ricorso giurisdizionale) che non hanno la stessa natura giurisdizionale "pura", secondo le argomentazioni innanzi esposte.

Il dato positivo è rappresentato, in questo caso, dall'art. 7, comma 8, c.p.a. che in una diversa lettura rispetto a quella innanzi descritta (secondo cui il ricorso straordinario rientre-

(111) V. FANTI, *op. loc. cit.*

rebbe nel sistema della giurisdizione amministrativa come forma speciale e semplificata (112)), da un lato, non crea nessun parallelismo tra i due rimedi (ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario) e, dall'altro, aggiunge, anzi, un elemento di forte distinzione rispetto all'autorità giudiziaria ordinaria e al relativo ricorso.

La disposizione procedurale disciplina l'ambito di operatività del ricorso straordinario, riducendolo alle sole controversie per le quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo, ed eliminando, quindi, il regime di concorrenza, prima operante, rispetto alla giurisdizione ordinaria.

La previsione legislativa vorrebbe intendere che i due piani, quello del ricorso straordinario e quello del ricorso giurisdizionale (dinanzi al giudice ordinario) non possono assolutamente confondersi o fondersi (113), come, talvolta, ancora accade, invece, tra l'ambito della giurisdizione ordinaria e quello della giurisdizione amministrativa (114), in virtù del quale è stato individuato il secondo limite esterno, il cui sconfinamento è ricorribile dinanzi alla Cassazione.

In altri termini, la previsione normativa confermerebbe la difficoltà del legislatore a equiparare il ricorso straordinario a quello al giudice ordinario, a differenza di quanto invece avviene, in alcune materie, tra ricorso al giudice amministrativo e ricorso al giudice ordinario; pertanto, se risultano frequenti e facilmente individuabili i casi di sconfinamento tra le due giurisdizioni (quella ordinaria e amministrativa), diventa problematico asserire lo stesso nelle dinamiche tra ricorso straordinario e ricorso al giudice ordinario.

(112) Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.1. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.1. della parte in diritto.

(113) C. cost. 2 aprile 2014, n. 73, punti 3.1 e 3.2., secondo cui "Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali".

(114) Sia consentito rinviare a G. URBANO, *Diritti fondamentali: problemi di tutela giurisdizionale*, Bari, 2010, *passim*.

D'altro canto, il punto d'arrivo cambia, laddove si attribuisca natura giurisdizionale al ricorso straordinario esperibile per la tutela dei soli interessi legittimi, secondo il dettato dell'art. 7 c.p.a., perché diverrebbe più semplice individuare ipotesi di sconfinamento con il giudice ordinario.

Prima delle recenti riforme, il ricorso straordinario era un rimedio di carattere generale, esperibile, ossia, nel caso di lesione di tutte le posizioni giuridiche soggettive, di diritti soggettivi e interessi legittimi, per cui non erano configurabili ipotesi di sconfinamento. Infatti, a prescindere dal giudice avente giurisdizione e indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva lesa, era sempre ammessa la proposizione del ricorso.

Ora, la riduzione dell'ambito di applicazione del ricorso straordinario prevista dall'art. 7 c.p.a. ha, da una parte, ristretto gli strumenti di tutela nel caso di lesione di diritti soggettivi, tradizionalmente offerta anche dal ricorso straordinario (115); dall'altro, consente il ricorso straordinario solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Ne consegue che possono più facilmente verificarsi ipotesi in cui si determinano sconfinamenti in ambiti devoluti alla giurisdizione ordinaria, tali da consentire il ricorso in Cassazione.

Questa è una tra le ragioni per cui diviene auspicabile una presa di posizione del legislatore sulla natura del ricorso straordinario, come rimedio giurisdizionale (rientrante nel sistema della giustizia amministrativa come forma speciale e semplificata) o meno.

D'altra parte, come suggerito (116), forme di tutela ridotta rimangono per le decisioni assunte dal giudice amministrativo nelle controversie sui diritti soggettivi riservate alla sua giuri-

(115) L. VIOLA, *La Corte Costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 2, 715 ss. il quale fa presente come il nuovo assetto del ricorso straordinario, portato dall'art. 7, comma 8, c.p.a. abbia abrogato uno strumento di tutela di diritti soggettivi, come ad esempio nelle controversie di pubblico impiego contrattualizzato.

(116) S. MORELLI, *L'impugnabilità in Cassazione del decreto sul ricorso al Capo dello Stato*, cit., 400 ss.

sdizione esclusiva: le pronunce del giudice inficiate da soli vizi di violazione di legge e, come tali, non sindacabili dalla Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, sono sottratte al controllo nomofilattico della Cassazione; in altri termini, ai diritti soggettivi verrebbe negata l'applicazione del principio di matrice costituzionale di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, *ex art. 3 della Costituzione*.

Lo stesso può dirsi se si considerino il principio del giusto processo consacrato nell'art. 111 della Costituzione e i connotati del sistema giurisdizionale disegnato dalla Costituzione, in particolare agli artt. 102, 103 e 113.

L'art. 102 della Costituzione impedisce, a chiare lettere, l'istituzione di nuovi giudici straordinari o speciali da parte del legislatore; allo stesso modo, la sesta disposizione transitoria imponeva (e impone tutt'ora) la revisione di organi speciali di giurisdizione esistenti al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione.

Il combinato disposto degli articoli 103 e 113 Cost., invece, prevede che per le controversie riguardanti interessi legittimi e, nelle particolari materie di giurisdizione esclusiva, anche diritti soggettivi, la giurisdizione appartenga al Tar, in primo grado, al Consiglio di Stato e al Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, in secondo grado.

Il quadro normativo costituzionale, in altri termini, non comprende un nuovo giudice amministrativo o speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa, come anche non include un organo che eserciti funzioni giurisdizionali o un rimedio di soluzione delle controversie, con natura giurisdizionale (117).

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza (118)

(117) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2376.

(118) Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464 che richiama la vicenda delle commissioni tributarie. Cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.2. della parte in diritto e Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.2. della parte in diritto.

che, pur nell'ambiguità dell'espressione utilizzata sulla natura del ricorso straordinario come "sostanzialmente giurisdizionale", ritiene che si assista più che altro alla revisione di uno strumento di giustizia previsto dall'ordinamento ancora prima della introduzione della Costituzione, ossia il ricorso straordinario al Re, poi divenuto al Capo dello Stato.

In quest'ottica, la giurisprudenza concorda non solo nella compiuta trasformazione del rimedio in giurisdizionale, ma anche nella creazione di un nuovo organo con funzione giurisdizionale rintracciabile nel Consiglio di Stato in sede consultiva (119); tale lettura consentirebbe, chiaramente, il rispetto del disposto dell'art. 103 della Costituzione sulla "specialità" del Tar e del Consiglio di Stato, nonché l'ammissibilità del ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione.

I dubbi, tuttavia, restano: esso non è mai stato equiparato e considerato un rimedio giurisdizionale, ma sempre uno strumento di giustizia di natura amministrativa o giustiziale, anche nell'arco della sua evoluzione *post* Costituzione, come gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali richiamati innanzi testimoniamo.

Sic rebus stantibus, il ricorso straordinario non rientrerebbe nel sistema giurisdizionale, neanche come strumento speciale di giurisdizione. Esso resterebbe un rimedio amministrativo, espressione dell'esercizio di una funzione amministrativa (120), tutt'al più di natura contenziosa, in quanto da esso origina un procedimento amministrativo che si conclude con una decisio-

(119) Cfr. F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 2377 ss.

(120) F.G. SCOCA, *op. loc. cit.* il quale richiamando la distinzione, presente in altri ordinamenti come quello francese, tra giurisdizione in senso sostanziale e giurisdizione in senso formale, ne esclude la operatività nell'ordinamento costituzionale italiano. Ne consegue che, pur sussistendo la possibilità che organi diversi da giudici siano preposti a risolvere controversie, non vuol dire che esercitino una funzione sostanzialmente giurisdizionale: questi organi se soggettivamente e formalmente sono amministrativi, anche la funzione è amministrativa, seppur accompagnata da garanzie simil-giurisdizionali. Rimane una funzione giustiziale, ossia di soluzione delle controversie in sede amministrativa. È questo il caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

ne presidenziale dirimente di una controversia. In questo connotato consiste la sua qualità di decisione di giustizia che esclude, però, il riconoscimento automatico di natura giurisdizionale solo perché annette il parere vincolante del Consiglio di Stato (121).

Pertanto, seguendo queste suggestioni, appare assai opinabile ammettervi il ricorso per Cassazione per i primi due motivi attinenti alla giurisdizione.

Quanto al terzo motivo inerente alla giurisdizione che riguarda l'articolazione della giurisdizione amministrativa, nelle tre tipologie, minori dubbi sorgono per quanto concerne la disciplina del ricorso straordinario. Non si trascuri che ritenere configurabile questo terzo limite cd. esterno anche nel caso del ricorso straordinario, sottenderebbe una piena assimilazione tra i casi in cui proporre ricorso straordinario e le ipotesi in cui esperire il ricorso giurisdizionale.

Ne consegue che anche i casi di sconfinamento sono i medesimi e, in quanto tali, ricorribili in Cassazione.

In altri termini, la linea, disegnata dal legislatore nell'art. 7 c.p.a., che circoscrive il campo di azione del ricorso straordinario implica che possano esserci casi di eventuale (ma pur sempre possibile) sconfinamento al vaglio della Corte di Cassazione.

Le perplessità rimangono legate non tanto al terzo motivo inerente alla giurisdizione che non sembra porre particolari problemi, quanto (ancora una volta) alla controversa assimilazione del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale che il legislatore, condizionato dalla giurisprudenza, tenta di realizzare, senza procedere, però, a considerare tutti i profili, soprattutto quelli di carattere strettamente processuale.

8.1. L'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 7, comma 8, c.p.a., non è, in realtà, totale, atteso che ci sono ipotesi, previste

(121) Cfr. F.G. SCOCA, *op. loc. cit.*

dal codice del processo amministrativo, nelle quali il ricorso straordinario non è proponibile, ossia in materia elettorale e in tema di contratti pubblici o nelle materie di competenza della Sezione autonoma di Bolzano del T.r.g.a.

In sostanza, quindi, la disciplina del ricorso straordinario non riguarda le stesse identiche controversie per le quali è possibile adire il giudice amministrativo; allo stesso modo manca in esso la caratteristica della territorialità, tipica, invece, della giurisdizione (122).

Come noto, però, i due rimedi convergono solo sul piano della tutela caducatoria; l'unica tutela garantita dal ricorso straordinario è quella demolitoria che trova, altresì, la sua piena realizzazione quando il giudice amministrativo esercita la sua giurisdizione in sede di legittimità.

La stretta comunanza tra il ricorso amministrativo e il ricorso giurisdizionale, infatti, si scorge solo sul piano della tutela demolitoria, tradizionalmente garantita da entrambi, ma si avverte dicotomia sul piano delle azioni di varia natura (123) proponibili dinanzi al giudice amministrativo, che non sono assolutamente esperibili mediante il ricorso straordinario.

Pertanto, i due rimedi sono sicuramente equiparabili solo nella ipotesi dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo; ne consegue che il ricorso straordinario non è in grado di garantire a pieno il rispetto dell'effettività della tutela, riconosciuto non solo dal diritto nazionale nella Costituzione e

(122) Cfr. F. MANGANARO - A. MAZZA LABOCETTA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnativa giurisdizionale degli atti consequenziali*, cit., 669 ss.

(123) Cfr. *ex multis*, E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010 e in *Dir. e Proc. Amm.*, 2011, 457 ss.; ID., *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 1, 7 ss.; ID., *Le azioni innanzi al giudice amministrativo*, in E. FOLLIERI - E. STICCHI DAMIANI - L. PERFETTI - A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale. Diritto e processo amministrativo*, Quaderni n. 18, Napoli, 2014, 11 ss.

nell'art. 1 c.p.a., ma anche nel diritto comunitario agli artt. 6 e 13 della CEDU (124).

La riflessione si allinea anche a quanto stabilito da una sentenza della Corte di Strasburgo (125) che non ritiene applicabile l'art. 6 della CEDU al ricorso straordinario, proprio per le sue caratteristiche (il perimetro delle azioni esperibili, le forme di esplicazione del contraddittorio, la modalità di svolgimento dell'istruttoria e il novero dei mezzi di prova acquisibili), tra cui, non ultima, l'eventualità dell'impugnazione del decreto sul ricorso *de quo* dinanzi al Tar.

In quest'ottica, sussistono perplessità circa il coordinamento tra il dettato dell'art. 7, comma 8, c.p.a. e l'art. 8 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, secondo cui è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contro gli atti amministrativi definitivi per motivi di legittimità.

La previsione dell'art. 7, comma 8, c.p.a. sembrerebbe non allinearsi alla disciplina del ricorso straordinario, perché ammetterebbe quest'ultimo anche per le controversie ricadenti nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo senza, però, fornire alla decisione presidenziale gli stessi effetti e le stesse forme di realizzazione della tutela della pronuncia del giudice.

In definitiva, sebbene le distinzioni tra i poteri del giudice amministrativo all'interno delle sue giurisdizioni si stiano gradualmente assottigliando (126), anche alla luce dei recenti indirizzi che spingono verso una giurisdizione piena e di carattere

(124) Cfr. E FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, intervento al Convegno nazionale di studi - *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Lecce 23-24 maggio 2014, Tavola rotonda del 24 maggio 2014 su *Ripensare la giustizia amministrativa nella prospettiva europea: tornanti angusti o percorsi agevoli nella carta?*, in questa *Rivista*, 2014, 685 e ss.

(125) C. eur. Dir. uomo, 28 settembre 1999, caso Nardella; C. eur. Dir. uomo, 31 maggio 2005, caso Naselli Rocca; C. eur. Dir. uomo, 2 aprile 2013, caso Tarantino.

(126) Si pensi all'ambito di esercizio della giurisdizione di legittimità e di merito, in cui l'unica differenza attiene solo ai poteri decisori del giudice, non già ai poteri cognitori o ai poteri istruttori; sul punto, cfr. V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, cit., 883 ss.

soggettivo sul rapporto, non già solo sull'atto (127), permangono ancora dubbi sulla possibilità di poter esperire con il ricorso straordinario le ulteriori azioni adesso previste dal codice del processo amministrativo, oltre quella di annullamento.

In particolare l'azione risarcitoria (128), non proponibile con il ricorso straordinario (129), imporrebbe al ricorrente, una volta ottenuto l'annullamento del provvedimento per vizi di legittimità con la decisione presidenziale, di ricorrere al giudice amministrativo per ottenere l'eventuale risarcimento del danno, con un meccanismo che ricorda la cd. pregiudizialità amministrativa (130), a cui il codice del processo amministrativo ha posto (quasi) fine.

Certo, sul punto, non può non darsi conto di una recente apertura verso l'ammissibilità dell'azione risarcitoria anche in sede straordinaria, atteso il termine coincidente di 120 giorni sia per la proposizione del ricorso straordinario sia per la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, ai sensi dell'art. 30 c.p.a. (131), ma i dubbi comunque persistono.

(127) Cfr. V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976, 14 e A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, *passim* e Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, *passim*.

(128) Cfr., sui principi di diritto dell'Adunanza plenaria sull'azione risarcitoria, G. GUANTARIO, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, cit., 593 ss. In generale, E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, *passim*.

(129) Cons. Stato, sez. II, 24 febbraio 2015, n. 8183; Cons. Stato, sez. I, 24 marzo 2014, n. 11690; Cons. Stato, sez. II, 5 febbraio 2014, n. 1141; Cons. Stato, sez. I, 28 giugno 2013, n. 7563; Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255; Cons. Stato, sez. II, 16 novembre 2009, n. 1218; Cons. Stato, sez. I, 19 novembre 2008, n. 3731; Cons. Stato, sez. I, 6 marzo 2002, n. 492. *Contra*, Cons. Stato, sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 febbraio 2008, n. 409.

(130) Sui meccanismi della cd. pregiudizialità amministrativa, cfr. V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, *passim*.

(131) A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come*

Si pensi anche alle ipotesi di giurisdizione estesa al merito e, tra queste, a quella per eccellenza relativa al giudizio di ottemperanza che, come noto, attiene alla possibilità di adire il giudice al fine di ottenere l'esecuzione di una sentenza da parte della p.a. rimasta inadempiente.

Il giudizio di ottemperanza ha ad oggetto una sentenza esecutiva o passata in giudicato, non già un provvedimento amministrativo definitivo e soprattutto il relativo ricorso deve essere proposto, a tenore dell'art. 113 c.p.a., al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta, non già al Presidente della Repubblica, cui non si ricorre nel caso del ricorso straordinario.

Il ricorso giurisdizionale conduce a una sentenza (o, tutt'al più a un'ordinanza sulla competenza (132)) quale tipica manifestazione dell'esercizio del potere da parte dell'organo giurisdizionale; il ricorso straordinario, invece, porta all'adozione di un decreto da parte del Presidente della Repubblica, assolutamente non assimilabile a una sentenza.

In altri termini, il giudizio di ottemperanza è un rimedio giuridico che presuppone necessariamente un giudicato che non è attribuibile al decreto presidenziale che decide su un ricorso straordinario: quest'ultimo, sebbene svolga una funzione *paragiurisdizionale*, resta pur sempre un provvedimento

rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione, cit., 54 ss. Sull'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno, P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 19 ss. e E. COLACCHI, *L'arena delle giurisdizioni nell'attuazione dei canoni del giusto processo amministrativo: il caso del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario*, in *Foro amm. Tar*, 2011, 11, 3749 ss.

(132) Cfr. *ex multis*, sulla competenza, G. BERGONZINI, *Competenza e regolamento di competenza nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 1, 79 ss.; S. LICCIARDELLO - S. ASTUTO, *Regime della competenza e "specialità" del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 2, 441 ss.; sui principi di diritto dell'Adunanza plenaria sulla competenza, R. DAGOSTINO, *Competenza e conflitti di competenza*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, 489 ss.

amministrativo inidoneo ad acquisire l'efficacia formale e sostanziale di giudicato (133).

Anche a voler condividere la tesi maggioritaria che ormai ritiene possa ammettersi il giudizio di ottemperanza, dinanzi al giudice amministrativo, nel caso di una decisione presidenziale rimasta inadempita, non può assolutamente ammettersi che si possa adire il Presidente della Repubblica con il ricorso straordinario per ottenerne l'adempimento.

In sostanza, il giudizio di ottemperanza si propone con un ricorso al giudice e non può proporsi con un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

In questa direzione, anche l'attuale ricostruzione che ammette la proponibilità del ricorso per Cassazione, ai sensi degli artt. 111 Cost., deve fare i conti con un soggetto, quale il Presidente della Repubblica, che non è un organo giurisdizionale, sicché appare evanescente anche rintracciare motivi che attengono alla giurisdizione quando un giudice e una giurisdizione non esistono.

In altri termini, sul piano squisitamente soggettivo (134), il Presidente della Repubblica non è un organo giurisdizionale e, come tale, non adotta una sentenza a conclusione dell'*iter* procedurale, ma un decreto.

O ancora, si considerino gli altri casi di giurisdizione di merito, in cui il giudice, nei limiti della domanda, può adottare un nuovo atto oppure modificare o riformare quello impugnato (135); medesimi effetti non sono attribuibili alla decisione presidenziale resa in sede di ricorso straordinario.

Anche l'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio della

(133) Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 18 maggio 2009, n. 415, ricostruisce l'istituto nel punto 1. del considerato in diritto e Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2320.

(134) Cfr. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, cit., 232 ss.

(135) E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 9, in relazione ai poteri cognitori e istruttori e ai mezzi istruttori tra la giurisdizione di legittimità e merito per i quali non sussiste alcuna differenza.

p.a. pone qualche perplessità (136): essa, come noto, mira a che il giudice, accertata l'inerzia della p.a., ordini all'amministrazione di provvedere entro un termine; sussistono dubbi circa la possibilità che si possa ottenere la stessa tutela con la proposizione di un ricorso straordinario che ha ad oggetto solo i provvedimenti amministrativi.

E così anche, ad esempio, nel caso della domanda rivolta al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, al fine di ottenere l'accertamento di un diritto (137) o in tema di diritto di accesso (138), o ancora nel caso delle misure cautelari, soprattutto atipiche, dettate dall'attuale codice del processo amministrativo, oltre a tutte le perplessità connesse alla mancanza di eventuali mezzi istruttori nel rito iniziato sul ricorso straordinario e di forme di estrinsecazione del principio del contraddittorio garantite, invece, nel processo.

Insomma, nonostante il nuovo ambito di applicazione del ricorso straordinario dettato dalle disposizioni del codice del processo amministrativo, secondo le intenzioni degli attuali orientamenti giurisprudenziali, la tutela che esso realizza non è ancora a trecentosessanta gradi: resta ristretto alla sola tutela demolitoria di un provvedimento inficiato da un vizio di legittimità.

Anche a voler sostenere che la pienezza della tutela può realizzarsi mediante l'integrazione tra l'azione di annullamento con altre azioni complementari, secondo il principio della concentrazione (139), come formula di garanzia della pienezza e della effettività delle tutela giurisdizionale, residuano limiti

(136) Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 1240 e Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2009, n. 995; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 6 novembre 2011, n. 2434.

(137) Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2014, n. 2436 e Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2009, n. 480.

(138) Cons. Stato, sez. II, 25 ottobre 2012, n. 4280; Cons. Stato, sez. I, 21 ottobre 2009, n. 3244; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 1670.

(139) N. LONGHI, *Il nuovo giurisdizionalizzato ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 25.

comunque sul piano istruttorio e del contraddittorio delle parti (140).

In questa prospettiva, il giudice amministrativo, quando conosce il contenuto del provvedimento amministrativo, esercita una cognizione sempre più piena, ossia deve poter apprendere tutto quello che occorre per decidere, "tutti i fatti e gli elementi necessari per approfondire la concreta fattispecie sottoposta al suo giudizio" (141). Siffatta cognizione è, altresì, consentita dalle disposizioni del codice del processo amministrativo che hanno ampliato i poteri e i mezzi istruttori di cui il giudice dispone, nonché le azioni proponibili, anche atipiche.

Una cognizione piena diviene, quindi, un requisito indispensabile per garantire una tutela concreta ed effettiva (142), ma essa sembra mancare nella disciplina dettata sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, ragion per cui diviene anche arduo farlo rientrare nel sistema di giustizia amministrativa.

Il ricorso straordinario non è ancora pronto, quindi, a divenire uno strumento di tutela (giurisdizionale) effettiva, se non per le caratteristiche che indiscutibilmente lo connotano, ossia esso introduce senza dubbio a un rito che ha tempi più snelli e celeri tipici del procedimento amministrativo (a differenza delle lungaggini di un processo) con un termine per ricorrere più lungo, che non necessita di un'assistenza legale e che ha costi più ragionevoli di "accesso alla giustizia", atteso la disciplina del contributo unificato anche per il ricorso straordinario non diversa da quella prevista per l'ipotesi-base del ricorso al giudice amministrativo (143).

(140) Cfr. E. COLACCHI, *L'arena delle giurisdizioni nell'attuazione dei canoni del giusto processo amministrativo*, cit., 3749 ss. e F.G. ROMANO, *Il ricorso straordinario e il dilemma irrisolto: ricorso amministrativo o giurisdizionale?*, cit., 1088 ss.

(141) E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 6.

(142) E. FOLLIERI, *op. loc. cit.*, il quale precisa che "il percorso del giudice amministrativo è all'insegna di una pienezza cognitoria per rendere effettiva, concreta e soddisfattiva la tutela".

(143) L. VIOLA, *La Corte Costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 715 ss.

9. Le suggestioni che la disciplina del ricorso straordinario e dei motivi inerenti alla giurisdizione offrono, invitano a qualche riflessione sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario che l'attuale *trend* giurisprudenziale sembra ostinatamente affermare.

Nell'incertezza ancora fortemente legata all'istituto in esame e nel caos normativo del quale si sono descritti solo alcuni profili, l'auspicio è diretto al legislatore a che intervenga, quanto prima, nel processo di revisione dell'istituto *de quo*, inaugurato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, al fine di mettervi ordine (144): o nel senso di aumentare il ventaglio delle azioni proponibili anche con il ricorso straordinario (145), realizzando quella assoluta assimilazione con il ricorso giurisdizionale, o nel senso di intervenire sull'art. 7, comma 8, c.p.a., rimodulandone l'ambito di applicazione.

A meno che il legislatore, mancando finora nell'inquadramento preciso del ricorso straordinario, non abbia voluto in realtà preservarlo per i suoi singolari connotati che, per quanto in parte plasmabili con la disciplina processuale e in parte con la disciplina giustiziale, non consentono, tuttavia, una collocazione in nessuna delle due discipline richiamate.

In questa direzione, il termine di paragone della straordinarietà del ricorso in esame tornerebbe ad essere la disciplina sui ricorsi amministrativi ordinari di cui esso, tradizionalmente, fa parte. In questo senso, la straordinarietà che connoterebbe il ricorso al Presidente della Repubblica andrebbe intesa, tradi-

(144) N. LONGHI, *Il nuovo giurisdizionalizzato ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 30 ss. che enuclea una serie di questioni lasciate aperte dalla trasformazione radicale dell'istituto.

(145) A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, cit., 54 ss., il quale sostiene che "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".

zionalmente, in relazione agli altri ricorsi gerarchici: esso avrebbe solamente un carattere giustiziale più accentuato rispetto agli altri ricorsi amministrativi che si manifesta, ad esempio, nella possibilità di adire la Corte Costituzionale per questioni incidentali di costituzionalità, riconosciuta alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato quando adotta il parere nell'*iter* procedurale originato dal ricorso straordinario.

Una precisa sistematizzazione e una completa disciplina dell'istituto all'interno della giurisdizione amministrativa, infatti, non solleverebbe più alcuna perplessità circa l'ammissibilità del ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, *ex art. 111 Cost.*, che invece la natura amministrativa o l'ambivalenza della sua natura (146) sembra ancora sollevare.

In quest'ottica, la disciplina dovrà anche regolare i rapporti e relativi confini di giurisdizione con l'autorità giudiziaria ordinaria e con i giudici speciali.

Il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite, come suggerito (147), è essenzialmente rivolto alla realizzazione del maggior grado possibile di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, ivi comprendendovi tutte le differenti forme di tutela attribuite ai diversi giudici perché venga *in toto* garantita la piena effettività.

Il legislatore deve, altresì, affrontare le conseguenze della qualificazione del ricorso straordinario come rimedio giurisdizionale, rientrante nel sistema della giustizia amministrativa come forma speciale e semplificata di mezzo di tutela (148), e della riaffermazione della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato quando adotta il parere sul ricorso *de quo*. Una per tutte, si pensi all'eventuale rimessione all'adunanza plenaria, ai

(146) Cfr. G. URBANO, *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 411 ss.

(147) V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, cit., 877 che richiama la sentenza della Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19048.

(148) Cfr. P. TANDA, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 9.

sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., nell'ipotesi di contrasto tra una decisione di una Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e un parere da quest'ultimo espresso su un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (149).

Solo così si renderebbe effettiva la tutela piena, intesa come "tensione verso la piena satisfattività della tutela giudiziale" (150), secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, che, come stabilito dall'art. 1 c.p.a., deve essere assicurata dalla giurisdizione amministrativa, ivi compreso, seguendo gli attuali approdi giurisprudenziali, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Questa appare l'unica strada percorribile per salvaguardare tale procedimento, nell'attesa di un intervento chiarificatore del legislatore volto a inquadrare sistematicamente un istituto che rimane ancora inserito nella materia dei ricorsi amministrativi dalla maggior parte della manualistica amministrativa, invece di essere collocato — come dovrebbe — nello studio del processo amministrativo, ad accogliere in pieno la sua natura giurisdizionale.

ABSTRACT: Le recenti pronunce giurisprudenziali, da ultimo la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 19786 del 5 ottobre 2015, ritengono ammissibile il ricorso in Cassazione a Sezioni Unite avverso le decisioni rese su ricorso straordinario al Capo dello Stato per i soli motivi attinenti alla giurisdizione.

Tale orientamento giurisprudenziale aggiunge un nuovo tassello sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ma residuano dubbi e perplessità, qualora si sposti il punto di osservazione sulla natura del parere reso dal Consiglio di Stato e sulla funzione da esso esercitata allorquando adotta il parere medesimo.

L'Autore, mediante una ricostruzione anche storica dell'istituto, si sofferma principalmente sulle ricadute che i recenti arresti giurisprudenziali creano sul ricorso straordinario e, soprattutto, sulle dinamiche tra le giurisdizioni. In

(149) C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 1413 che richiama Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 10 maggio 2013, nn. 462, 463, 464. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 10 maggio 2013, n. 464.

(150) V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, cit., 879.

particolare, approfondisce l'ambito dei tre motivi inerenti alla giurisdizione, i cd. limiti esterni, in relazione alla decisione presidenziale resa su ricorso straordinario, che va a intaccare la natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione che l'attuale *trend* giurisprudenziale sembra ostinatamente affermare.

Parole chiave: The appeal to the Supreme Court against the decisions about extraordinary appeal to the Head of State - Extraordinary appeal to the Head of State - Juridical nature of the extraordinary appeal to the Head of State.

Reflections on the appeal to the Supreme against the decisions about extraordinary appeal to the Head of State.

ABSTRACT: The recent judgment, n. 19786 of 5 October 2015 of Court of Cassation, consider admissible the appeal to the Supreme Court against the decisions about extraordinary appeal to the Head of State only on grounds of jurisdiction.

This juridical orientation adds a new block on the legal nature of the extraordinary appeal to the Head of State, but doubts remain if you move the observation point on the nature of the opinion delivered by the Council of State and on the function it exerts when adopting the opinion itself.

The Author focuses mainly on the effects that the latest judgments on the extraordinary appeal and especially the dynamics between the different jurisdictions. In particular, the Author examines the three grounds relating to jurisdiction and the effects on the nature "substantially jurisdictional" of the decision.