

DIRITTO E SOCIETÀ

1/2023

Francesco Volpe

IL RICORSO STRAORDINARIO
AL CAPO DELLO STATO NON È UN PROCESSO
(SE MAI È IL PROCESSO
A DOVER ESSERE ADEGUATO)

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI 2023

ISSN 0391-7428

Francesco Volpe

IL RICORSO STRAORDINARIO
AL CAPO DELLO STATO NON È UN PROCESSO
(SE MAI È IL PROCESSO
A DOVER ESSERE ADEGUATO)

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2023, n. 63. – 2. Uno spunto per riconsiderare il problema della c.d. *giurisdizionalizzazione* del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 3. Dubbi sulla fondatezza della tesi della *giurisdizionalizzazione*: il problema dell'esistenza di un nuovo giudice speciale, per di più titolare di *potestas iudicandi* su questioni già riferite alla giurisdizione di un altro plesso giurisdizionale. – 4. Compatibilità del ricorso in ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario con il carattere amministrativo dello stesso. – 5. Il regime di impugnazione *ex art. 29 c.p.a.* della decisione sul ricorso straordinario; raffronto e distinzioni con il caso dell'impugnazione con l'azione amministrativa di annullamento della sentenza resa nel giudizio di ottemperanza. – 6. Inconciliabilità dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario a mezzo dell'azione prevista dall'art. 29 c.p.a. con la sua pretesa natura giurisdizionale. – 7. Inammissibilità del gravame per cassazione avverso la decisione del ricorso straordinario. – 8. Esame dell'ipotesi secondo cui il ricorso straordinario costituirebbe un rito speciale *alternativo e omissio medio* interno all'unitario processo amministrativo. – 9. Conclusioni e una proposta *de iure condendo*.

1. *La sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2023, n. 63*

Per ragioni di omogeneità con la disciplina nazionale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 9, comma 5, del d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (che reca le norme di attuazione dello Statuto siciliano), là dove esso prevedeva che il Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta, potesse discostarsi dal parere reso dal Consiglio di giustizia amministrativa nel particolare procedimento per la definizione del ricorso straordinario che, in quella medesima Regione, è previsto contro gli atti regionali¹.

¹ Così Corte cost. 7 aprile 2023, n. 63.

È risaputo che, quanto al più generale ricorso straordinario al Capo dello Stato, disciplinato dagli artt. 8 e seguenti, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e applicato nel resto del territorio nazionale, l'equivalente parere del Consiglio di Stato ha mutato la sua natura da semivincolante a vincolante *tout court*, a seguito della riforma portata dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

In considerazione di detta riforma, è sembrato, così, quanto meno *eccentrico* che, per il ricorso straordinario vigente in Sicilia, permanesse la regola della semivincolatività del parere reso dal Consiglio di giustizia amministrativa, stante il fatto che i due rimedi – quello nazionale e quello siciliano – sono considerati equivalenti.

Per il vero, la permanenza di questa distinzione, tra i due regimi, non doveva ritenersi neppure del tutto scontata.

La Corte di cassazione, in particolare, nell'ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo sulle questioni di ottemperanza alla decisione del Presidente della Regione siciliana, aveva già da tempo sostenuto che la novella del 2009 avesse implicitamente abrogato, per sopravvenuta incompatibilità, l'art. 9 delle disposizioni attuative dello Statuto².

Tuttavia, proprio il Consiglio di Giustizia Amministrativa aveva, poi, seguito un percorso interpretativo nettamente diverso³.

² Corte cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2011, n. 2065: "L'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza, deve trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata – come s'è visto – sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (dovendosi dunque riconoscere carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa e dovendosi ammettere il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere; al riguardo, la dottrina parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del D. Lgs. n. 373 del 2003 che contrastino con le previsioni introdotte della L. n. 69 del 2009, art. 69)". Sul problema si consideri anche V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato, in Osservatorio sulle fonti, 2021, 640*.

³ C.G.A.R.S., 25 febbraio 2020, n. 61, parere reso in merito alla "Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana – Disciplina dell'istituto e aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali", successivamente assunta con atto del Presidente della Giunta regionale siciliana, 19 giugno 2020. Il Consiglio ha contestato le conclusioni a cui era giunta la giurisprudenza di legittimità evidenziando innanzi tutto, le peculiarità del rimedio siciliano rispetto al ricorso straordinario al Capo dello Stato: "La diversità tra le due specie di ricorsi straordinari si coglie anche sul lato procedurale, non soltanto per quanto appena osservato circa la potestà giuntale di decisione in difformità, ma anche su

La stessa ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità

molti altri aspetti della procedura, fatta eccezione per il segmento di essa che conduce alla trasposizione in sede giurisdizionale (v. *infra*). Difatti, sebbene si sia accennato alla circostanza che l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della «giustizia amministrativa» (nel cui ambito certamente ricade la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), nondimeno in questa parte, per il solo ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, il predetto art. 117 è derogato dal sunnominato art. 23 Stat., norma speciale e di pari rango. In altri termini, ben potrebbe la Regione Siciliana, nel dare attuazione al quarto comma dell'art. 23 Stat., nel rispetto di quanto previsto dell'art. 43 Stat., disciplinare diversamente l'istituto, con i soli limiti del rispetto della competenza decisoria del Presidente della Regione e dell'obbligatorietà del parere di questo Consiglio. Se così non accade (in parte), è solo perché difettano allo stato specifiche norme di attuazione e, quindi, fino a quando perdurerà la mancanza di una iniziativa legislativa regionale sul punto, si continueranno ad applicare, in parte, le disposizioni del d.P.R. n. 1199/1971, in forza del rinvio dinamico a tale normativa contenuto nell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 373/2003. Doveroso è, peraltro, sottolineare che tale applicazione per rinvio dinamico è solo parziale. Già adesso, del resto, in Sicilia non si applicano gli artt. 9 e 11 di detto decreto, là dove attribuiscono competenze ai ministeri. Nell'ordinamento siciliano la soluzione prescelta è stata, infatti, quella di affidare la competenza sull'istruttoria all'ULL e nemmeno, dunque, agli Assessorati regionali (i quali, in astratto, si sarebbero potuti considerare, nell'Isola, alla stessa stregua dei Ministeri nazionali). Nemmeno si applica in toto l'art. 3, comma 4, della l. 21 luglio 2000, n. 205: infatti, in luogo del decreto ministeriale di recepimento del parere reso dal Consiglio di Stato sulle istanze di sospensiva, in Sicilia è previsto un decreto del Presidente della Regione. Il Consiglio ha altresì evidenziato che «il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, a differenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, è esplicitamente previsto da una disposizione di rango costituzionale: si allude all'art. 23 dello Statuto regionale, approvato con r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 e convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, il cui quarto comma recita: «*I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato.*» [il corsivo è nel testo del parere]. Già il rango della fonte differenzia i due istituti: mentre il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, ivi incluse le disposizioni dedicate al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, potrebbe essere abrogato con norma primaria e con esso potrebbe, quindi, essere disposta l'abolizione dell'istituto, altrettanto non sarebbe possibile per il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la cui ipotetica soppressione richiederebbe la modifica di una fonte costituzionale». Sulla scorta di siffatti rilievi, il Consiglio è quindi pervenuto a sostenere che «nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, all'indomani della l. n. 69/2009, la decisione sostanziale va individuata nel parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, ossia nell'atto deliberativo di una magistratura, e quella formale nel decreto del Presidente della Repubblica, che recepisce il parere dell'Organo consultivo. Nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la decisione del ricorso, invece, è sostanzialmente e formalmente del Presidente della Regione, ossia di un'autorità che, pur esercitando anche una funzione giustiziale, è comunque la principale autorità politico-amministrativa della Sicilia. La decisione, come testé precisato, è anche sostanzialmente del Presidente della Regione perché, nell'ordinamento siciliano, a differenza di quanto avvenuto nell'ordinamento nazionale per effetto della l. n. 69/2009, si è conservata la possibilità di una deliberazione del Go-

partiva, anzi, da questo contrario presupposto interpretativo⁴ ed è in questi termini che la natura della semivincolatività del parere è pervenuta alla Corte, senza che quest'ultima potesse troppo intervenire sulla prospettazione esegetica fornita dal giudice *a quo* o senza che ritenesse produttivo il farlo⁵.

verno regionale in difformità rispetto al parere obbligatorio reso dal Cgars e della Giunta regionale il Presidente della Regione è organo di vertice. Ed invero, l'art. 9 del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, recante «*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*», dispone, nei commi 4 e 5, che: «4. *Sui ricorsi straordinari di cui all'articolo 23 dello Statuto il parere è obbligatorio ed è reso dalla adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa. ...*» e che «5. *Qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale.*».

Siffatta previsione, in quanto contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373/2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente prevale *in parte qua* sull'art. 69 della menzionata legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri.

Orbene, se la Giunta regionale, presieduta dal Presidente della Regione, ha sempre il potere di disattendere il parere reso da questo Consiglio su un ricorso straordinario (a nulla rilevando il dato contingente e quantitativo della scarsità numerica delle decisioni in difformità fino ad oggi intervenute, fermo restando che l'ULL dovrà, per il futuro, comunicare sempre a questo Consiglio tutte i casi in cui la Giunta regionale riterrà di esercitare questo potere e ciò a meri fini informativi; v. *infra*), allora la decisione del ricorso non può essere giuridicamente imputata in capo a questo Consiglio, giacché nelle rare ipotesi delle deliberazioni giuntali in difformità la paternità della decisione del ricorso è evidentemente del Governo regionale e del suo Presidente, ma parimenti, in tutti gli altri casi (che sono l'assoluta maggioranza), la decisione è dei medesimi Organi, posto che il non esercitare il potere di deliberazione in difformità equivale a far propria, *per relationem*, la motivazione del parere reso da questo Consiglio. Dalle superiori considerazioni discende che, nell'ambito del procedimento per ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, il parere reso dal Cgars è obbligatorio, ma non vincolante. Ovviamente, secondo le regole generali, il provvedimento eventualmente difforme rispetto a un parere obbligatorio, ma non vincolante, reso nel corso del prodromico procedimento, deve essere supportato da una robusta motivazione nella quale si chiariscano in modo adeguato le ragioni del dissenso, pena altrimenti l'illegittimità dell'atto. E tale obbligo di motivazione sarà molto più intenso nel caso in cui si intenda disattendere il parere di una sezione del Consiglio di Stato (quale il Cgars), che è, secondo la nostra Carta Fondamentale, organo di rilievo costituzionale e il massimo «*organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione*» (art. 100 Cost.).

⁴ C.g.a.r.s., 12 maggio 2022, n. 566. In quest'ultimo frangente, il Consiglio, dopo avere escluso che il carattere della non vincolatività del parere si possa desumere direttamente dallo Statuto, allo scopo di escludere la tacita abrogazione dell'art. 9, comma 5, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, ha aggiunto, agli argomenti già esposti nel precedente del 2020, il rilievo del possibile valore di norma primaria dello stesso art. 9, in quanto contenuto nelle disposizioni di attuazione statutarie

⁵ La Corte costituzionale, nella sentenza in commento, fa anzi propria la soluzione

Non di meno, la questione di legittimità costituzionale è stata accolta dalla Corte, sia pure attraverso un processo argomentativo non del tutto lineare.

In effetti, non è semplice comprendere il motivo per il quale una disposizione avente forza e valore di legge primaria (se non di più, in ragione del suo carattere rinforzato), qual è l'art. 9, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, possa, da un lato, ritenersi non tacitamente abrogata da altra sopravvenuta disposizione di legge (l'art. 69 del d. lgs. 18 giugno 2009, n. 69) e questo soprattutto a causa di una sorta di riserva di disciplina riconosciuta alle norme di attuazione dello Statuto siciliano, salvo sostenersi, nello stesso tempo, che la medesima, sopravvenuta, disposizione di legge possa fungere da *tertium comparationis* alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale della preesistente disciplina.

Il vaglio di costituzionalità, invero, non è stato superato proprio per la violazione del principio di uguaglianza e in virtù del combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost., il che sembra sottintendere, attraverso un sindacato sulla ragionevolezza, proprio un'incompatibilità implicita tra le disposizioni raffrontate.

Secondo la Corte, una volta acquisita la natura vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato nel procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato e una volta acquisito il conseguente riconoscimento di ulteriori e diversi strumenti di tutela esperibili in occasione del medesimo ricorso (quali la possibilità di gravare la decisione del ricorso straordinario in Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, la possibilità di far valere il ricorso per ottemperanza⁶, oltre alle possibilità di

interpretativa avanzata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa: "La mancata abrogazione della norma in esame, di attuazione dello statuto siciliano, ad opera della citata legge n. 69 del 2009, discende dalla ritenuta prevalenza, nella giurisprudenza di questa Corte, delle norme di attuazione statutarie sulle leggi ordinarie, in virtù dell'adozione delle prime «attraverso un procedimento normativo speciale» nonché del «carattere riservato e separato» della disciplina da essa posta rispetto a quella contenuta nelle altre fonti primarie. In particolare, è stata riconosciuta alle norme di attuazione statutaria la possibilità di introdurre una disciplina particolare e innovativa, purché entro il «limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale», soggiungendo che esse «prevalgono, nell'ambito della loro competenza», sulle leggi ordinarie, «con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti» (sentenza n. 353 del 2001)".

⁶ Peraltro, l'esistenza di una tutela *esecutiva* delle decisioni del ricorso straordinario era, in un certo senso, già esistente già in passato, dando credito a quanto riportato da S. NAI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1957, 215, che cita l'indirizzo del Consiglio di Stato per il quale spettava alle G.P.A. sostituirsi all'ammini-

sollevare questione interpretativa e questione di costituzionalità) i quali a loro volta si traducono in un ampliamento delle garanzie dei ricorrenti, risulterebbe, infatti, evidente che il permanere della natura non vincolante del parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa pregiudicherebbe il riconoscimento o il mantenimento delle medesime garanzie per il caso in cui sia necessario esperire lo speciale ricorso straordinario a cui si riferisce lo Statuto siciliano.

Tutto questo determinerebbe, quindi, un'irragionevole distinzione di regime.

In effetti, ha sostenuto la Corte, il ricorso straordinario *siciliano* condividerebbe con il più generale ricorso straordinario al Capo dello Stato la genesi, la struttura e, per sua larga parte, anche la disciplina⁷ sicché, anche per questo motivo, è stata sostenuta la violazione del principio di uguaglianza.

2. *Uno spunto per riconsiderare il problema della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*

Quel che si è accennato suggerisce che la sentenza da cui trae occasione la presente indagine non sia forse del tutto esente da mende, per quanto riguarda la coerenza del proprio sviluppo argomentativo.

strazione inottemperante, quando non toccasse, secondo alcune particolari pronunce al Consiglio stesso (Cons. di Stato, VI, 16 ottobre 1951, n. 430, come citato nella stesso studio, p. 219). Precedentemente, tuttavia, L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Roma 1932, 112 sosteneva: "L'amministrazione ha l'obbligo di eseguire la decisione in tutta la sua ampiezza ed anche nei riguardi delle persone interessate, che rimasero estranee al ricorso, ma quest'obbligo rimane in pratica privo di efficacia giuridica".

⁷ L'estensione al ricorso straordinario *siciliano* della disciplina propria del ricorso straordinario al Capo dello Stato viene fondata sull'art. 12, d.lgs., 24 novembre 2003, n. 373: "Per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato". Da ultimo, v. C.G.A.R.S. 22 febbraio 2022, n. 171, *parere*: "Nell'applicazione dell'art. 23, comma 4, dello Statuto non è stato posto in dubbio che, ai fini della disciplina dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, debba aversi riguardo alla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contenuta nel d.P.R. n. 1199/1971, in forza del rinvio dinamico a tale normativa contenuto nell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 373/2003, fermo restando che sono comunque necessari una serie di adattamenti imposti, se non altro, dalla palese necessità di sostituire, ad esempio, i riferimenti agli organi statali con i riferimenti agli organi regionali funzionalmente corrispondenti".

Non è tuttavia questo il motivo per il quale essa viene presa come spunto in questo studio, che non intende di per sé essere una nota alla sentenza, le risultanze della quale vanno acquisite per quel che è l'efficacia propria di una siffatta pronuncia.

Il particolare interesse della pronuncia resa dalla Corte muove, invece, dall'elemento posto alla base dell'intero sviluppo argomentativo, vale a dire il sempre più accentuato fenomeno di assimilazione del ricorso straordinario a un vero e proprio processo, sì da dar luogo a una definitiva giurisdizionalizzazione del rimedio tesa ad abbandonare il suo carattere originario, meramente giustiziale o amministrativo⁸.

Proprio il carattere di conclusività di tale evoluzione interpretativa costituisce l'occasione di rivalutarla nel suo complesso e è a questo fine che la presente indagine è destinata, già anticipandosi che non si è affatto persuasi di tale raggiunta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario; che, essa, se pure fosse accettata, dovrebbe comportare alcune conseguenze, forse non ancora del tutto emerse; che queste conseguenze, a loro volta, sono fonte di una generale incoerenza di sistema.

Ciò non significa, tuttavia, che tali incoerenze, pur in sé difficilmente accettabili, possano, per altro aspetto, essere foriere di un possibile ripensamento circa alcuni istituti del processo amministrativo da cui trarre stimolo per ipotizzare eventuali soluzioni *de iure condendo*.

3. *Dubbi sulla fondatezza della tesi della giurisdizionalizzazione: il problema dell'esistenza di un nuovo giudice speciale, per di più titolare di potestas iudicandi su questioni già riferite alla giurisdizione di un altro plesso giurisdizionale*

Il punto di particolare interesse che emerge dalla sentenza della Cor-

⁸ Benché l'equiparazione tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario costituisca un tema ben presente nella letteratura dell'ultimo ventennio, non si tratta tuttavia di questione recente, perché risalente di oltre un secolo. Si veda così V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, Riv. trim. dir. pubbl., 1959, 795, in nota anche per un riepilogo della discussione sino ad allora svolta. Prima ancora, valga il richiamo a M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Edizioni dell'Ateneo, 1959, 100 e M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1959, *passim* e 79 s. ("La natura giuridica della decisione (...) sembra essere quella di atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente di atto atipico del Capo dello Stato, emanato *extra juris ordinem* (...) all'infuori delle categorie tipiche di poteri attribuiti al Presidente della Repubblica nelle norme scritte della Costituzione").

te costituzionale a cui si è fatto sin qui riferimento riguarda, come si è detto, la premessa sulla base della quale viene fondata tutta la sua motivazione.

Il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato sarebbe giunto a un punto talmente avanzato che non sarebbe possibile negare, nei casi in cui esso venga presentato l'analogo rimedio siciliano, le stesse garanzie e le stesse nuove forme di tutela che detta evoluzione avrebbe introdotto per tutto il resto del territorio nazionale.

Sul punto, la Corte ripercorre puntualmente le diverse tappe di questo *iter*, le quali hanno trovato fondamento sia in alcune affermazioni giurisprudenziali, sia in alcune novelle recate al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1191, sia, infine, nell'equiparazione tra i casi in cui il ricorso straordinario può essere presentato e i limiti della giurisdizione di legittimità, quali emergono dall'oggi vigente⁹ art. 7, comma

⁹ Valga notare che, secondo F. GAFFURI, *La Consulta afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2014, 758, la previsione dell'art. 7, comma 8, cit., avrebbe carattere di novità e non si limiterebbe a ripetere un principio già vigente e ne critica l'impianto: "Per le suesposte ragioni appare criticabile la scelta legislativa, compiuta con l'art. 7, comma 8, c.p.a., di circoscrivere l'ammissibilità del rimedio in esame alla sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Una simile scelta non trova alcuna giustificazione logica e sistematica, se si considera la (perdurante) natura amministrativa del ricorso al Capo dello Stato e la sua ragione storica e giuridica, che è sempre stata quella di assicurare al cittadino uno strumento giustiziale, a carattere generale, esperibile a protezione di qualsiasi posizione soggettiva vantata nei confronti della pubblica amministrazione, a prescindere dalla sua qualificazione formale. La limitazione all'operatività dell'istituto, imposta dalla norma da ultimo richiamata, diminuisce le possibilità di difesa del cittadino nei confronti della pubblica autorità e l'utilità stessa del rimedio, giacché ne riduce considerevolmente le potenzialità deflative del contenzioso con l'amministrazione e la sua utilizzabilità come metodo alternativo di risoluzione delle controversie. La nuova regola, fissata dal prefato art. 7, comma 8, c.p.a., determina, inoltre, una discriminazione tra situazioni soggettive, di identico contenuto, che appare artificiosa ed ingiusta, in quanto si fonda su ragioni non sostanziali, ma di ordine esclusivamente processuale: per questioni di mera competenza giurisdizionale, infatti, tale disposizione consente la possibilità solo a taluni dipendenti pubblici – quali, ad esempio, i magistrati o i diplomatici – di far valere, tramite ricorso straordinario, diritti di natura economica, mentre esclude la medesima possibilità per tutti gli altri dipendenti pubblici, invero la maggioranza". Tale opinione, tuttavia, sembra essere contestata dalla dottrina più risalente. Cfr., perciò, L. RAGNISCO, *Il ricorso*, cit. 82 s., mentre, stando alla tesi sostenuta, inizialmente, da A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna 1953, 402, il ricorso straordinario non verteva neppure su interessi legittimi e su tale assunto sosteneva la sopravvivenza del rimedio al sopravvenuto art. 113 Cost.

8, c.p.a.¹⁰, ¹¹.

¹⁰ Sul tema, L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, Foro amm., 2014, 714. Quanto ai profili di possibile illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, per eccesso di delega, v. C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, giustamm.it, 2012, 37 s. Analoghi rilievi sono stati sostenuti da F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, Giur. cost., 2014, 1478 s. Alla disposizione da tempo il Consiglio di Stato riferisce carattere innovativo. In tal senso, Cons. di Stato, Ad. gen., 20 gennaio 2011, n. 808 che, nel decidere su un ricorso straordinario in materia di impiego pubblico introdotto prima della introduzione del codice di rito ha applicato, in un certo qual senso, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, escludendo che l'art. 7, comma 8, c.p.a. abbia carattere di *interpretazione autentica* e, quindi, efficacia retroattiva, sì da escludere l'ammissibilità del gravame: "eppure l'espressione utilizzata nella relazione al codice del processo amministrativo possa far pensare ad un carattere interpretativo della norma, debba invece ritenersi che la norma medesima abbia contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e che quindi ad essa non possa attribuirsi una valenza retroattiva (...) Ora, non può, al riguardo sottacersi che si è formato ormai nella materia in questione, quasi un "diritto vivente", di rango giurisprudenziale, e, quindi, si è creato ormai un legittimo affidamento, sia in capo ai cittadini che alle pubbliche amministrazioni, circa la possibilità di ottenere una pronuncia sul ricorso straordinario in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato anche dopo che essa è stata sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Si è, infatti, ormai consolidato l'indirizzo che ritiene che con il ricorso straordinario è possibile impugnare gli atti amministrativi relativi al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti pur dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che, salve le eccezioni di legge, ha devoluto la cognizione di tale rilevante contenzioso al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro (cfr. giurisprudenza a partire da Cons. St., Ad. gen. n. 7 del 1999 cit., fino ad arrivare, da ult., a Cons. St., Sez. II, n. 1255/2006 del 2010 cit.). Ciò in quanto sono stati considerati "atti amministrativi", e quindi impugnabili con il ricorso straordinario, anche quegli atti che, seppur provenienti dalla pubblica amministrazione in regime privatistico, sono atti "soggettivamente amministrativi" e pertanto finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici. In base al principio dell'affidamento, non appare possibile, dunque, dubitare del fatto che alla disposizione di cui all'art. 7, comma 8, del nuovo codice del processo amministrativo debba attribuirsi carattere innovativo e non interpretativo". In effetti, precedentemente, era presente anche un orientamento opposto che riconosceva l'esperibilità del ricorso straordinario anche in quei casi in cui il giudice dell'annullamento non fosse il giudice amministrativo. In tal senso Cons. di Stato, Ad. Gen., 29 maggio 1997, n. 72, come riportato da F. FRENÌ, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – Storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma 2010, 40.

¹¹ Il principio della equivalenza tra giurisdizione di legittimità e ammissibilità del ricorso straordinario, ora dettato dal codice (in contrapposizione alla regola precedente, talora affermata, per la quale era proponibile ricorso straordinario anche contro atti amministrativo il cui regime impugnatorio giurisdizionale fosse sottratto alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo) va considerato, nella sua portata, anche in prospettiva di future riforme al criterio di riparto delle giurisdizioni. È sufficiente, infatti, che

Non varrà qui ripercorrere puntualmente queste tappe se non per sommi cenni, essendo tutte assai note.

Ci si limiterà, perciò, a rammentare la possibilità di esperire, in sede di ricorso straordinario, questione interpretativa avanti alla Corte che ha sede in Lussemburgo¹².

una data controversia venga sottratta al sindacato del giudice amministrativo (per essere riferita, anche con poteri di annullamento e giusta quanto stabilito dall'art. 113 Cost. u.c., perché anche il regime di impugnazione degli atti con ricorso straordinario venga automaticamente limitato).

¹² Così, fin dal 1997, piuttosto laconicamente C.G.C.E., V, 16 ottobre 1997, *Garofalo* e altri: «È assodato che il Consiglio di Stato possiede i requisiti necessari per essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato, quando esamina in secondo e ultimo grado i ricorsi proposti avverso le sentenze pronunciate dai tribunali amministrativi regionali nell'ambito di controversie riguardanti atti della pubblica amministrazione.

18 La prima questione pregiudiziale è diretta a chiarire, in sostanza, se questo stesso organo costituisca una giurisdizione ex dell'art. 177 del Trattato anche quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario.

19 Per risolvere tale questione, occorre esaminare le modalità d'intervento del Consiglio di Stato nell'ambito di tale specifico procedimento, alla luce dei criteri stabiliti dalla Corte di giustizia per definire la nozione di «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., da ultimo, sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, Racc. pag. I-4961, punto 23).

20 Si deve infatti rilevare che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo contenzioso disciplinato, nel 1971, con decreto del Presidente della Repubblica n. 1199.

21 Risulta inoltre dal fascicolo di causa che il soggetto, il quale si proponga di ottenere l'annullamento di un atto amministrativo italiano può scegliere tra due rimedi, il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo regionale, entrambi dotati delle comuni caratteristiche giurisdizionali fondamentali e ciascuno alternativo rispetto all'altro.

22 Infatti, tranne il termine d'impugnazione e alcune caratteristiche secondarie, sono innanzi tutto identiche le condizioni per esperire l'uno o l'altro ricorso; è poi equivalente l'oggetto della domanda, vale a dire l'annullamento di un atto amministrativo lesivo di un interesse legittimo; infine, i motivi sui quali può fondarsi tale domanda sono gli stessi in entrambi i casi.

23 Per di più, sia il ricorso straordinario sia il ricorso amministrativo giurisdizionale ordinario prevedono un contraddittorio e garantiscono l'osservanza dei principi d'imparzialità e di parità fra le parti.

24 Per quanto riguarda il ricorso straordinario, emerge dal fascicolo che la consultazione del Consiglio di Stato è obbligatoria e che il suo parere, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana. Tale parere, comprensivo di motivazione e dispositivo, è parte integrante di un procedimento che è l'unico che possa consentire, in quella sede, la risoluzione del conflitto sorto tra un singolo e la pubblica amministrazione. Una decisione difforme da tale parere può essere pronunciata solo previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e dev'essere debitamente motivata.

A questo si sono aggiunte la ricorribilità in Cassazione per questioni di giurisdizione contro la decisione che definisce il ricorso¹³; l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per dare esecuzione alla decisione sul ricorso straordinario stesso¹⁴; la possibilità di spiegare, in seno al medesimo

25 Infine, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 25 delle sue conclusioni, il Consiglio di Stato è un organo permanente, imparziale e indipendente poiché i suoi membri, tanto nelle sezioni consultive quanto in quelle giurisdizionali, offrono garanzie legali d'indipendenza e d'imparzialità e non possono far parte contemporaneamente delle due sezioni.

26 Infatti la Corte ha riconosciuto, in una situazione analoga, la natura di giurisdizione ex art. 177 del Trattato, al *Nederlandse Raad van State* (sentenza 27 novembre 1973, causa 36/73, *Nederlandse Spoorwegen*, Racc. pag. 1299).

27 Risulta dall'analisi che precede che il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato".

¹³ Corte cass., Ss. Uu., 19 dicembre 2012, n. 23464. In dottrina l'argomento è stato particolarmente affrontato da G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 90 s.

¹⁴ Corte cass. Ss. Uu., 28 gennaio 2011, n. 2065: "2.11. Nell'esaminare tali sopravvenute disposizioni con riguardo agli effetti che possono conseguire nella questione in esame, queste Sezioni unite osservano che le modifiche apportate dalla L. n. 69 del 2009, art. 69, sono tali da eliminare alcune determinanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, quali erano state rimarcate nella richiamata sentenza n. 15978 del 2001, particolarmente in ordine alla qualificazione e ai poteri dell'organo decidente. Mette conto osservare, infatti, che la L. n. 87 del 1953, art. 23, di disciplina del giudizio incidentale di legittimità costituzionale richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, sì che la nuova norma pare implicitamente presupporre il riconoscimento di una condizione, comunque, sostanzialmente equivalente alla "giurisdizionalità" (secondo l'accezione propria anche dell'ordinamento interno, e non solo ai fini della richiesta di interpretazione preventiva della Corte di Giustizia); peraltro, la eliminazione del potere della p.a. di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio: che questo sia vincolante, se non trasforma il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela, sotto il profilo della effettività, che una tutela esecutiva, piena e diretta, non è assicurata dal meccanismo, altrimenti utilizzabile, del ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento della p.a., ovvero avverso il comportamento violativo, o elusivo, del *dictum* del decreto presidenziale, sì che l'obbligatorio ricorso a tale complesso meccanismo si risolve in una disciplina che rende eccessivamente difficile l'esercizio della tutela e finisce per non garantire un rimedio adeguato contro l'inadempimento della p.a.

2.11.1. Il significativo mutamento, nei termini così precisati, trova conferma nella nuova disciplina del giudizio d'ottemperanza prevista dal nuovo "codice del processo amministrativo", contenuto nell'allegato 1) del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, emanato in attuazione della delega per il riordino del processo amministrativo disposta dalla citata L. n. 69 del 2009, art. 44. L'art. 112, nel dettare le "disposizioni generali sul giudizio di

ottemperanza”, dispone, al comma 2, che l’azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l’attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato (lett. o) e, altresì, delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b), oltre che delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (lett. c), nonché delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza (lett. d) e dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (lett. e). In maniera corrispondente, il successivo art. 113, nell’individuare il giudice dell’ottemperanza, dispone che il ricorso si propone, nel caso di cui all’art. 112, comma 2, lett. a) e b), al giudice che ha emesso il “provvedimento” della cui ottemperanza si tratta (essendo competente il tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione del tutto conforme) (comma 1), mentre nei casi di cui all’art. 112, comma 2, lett. c), d) ed e), il ricorso si propone al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l’ottemperanza (comma 2), secondo un sistema fondato sulla netta distinzione fra l’ottemperanza di sentenze e altri provvedimenti del giudice amministrativo (art. 112, comma 2, lett. a) e 6)), per i quali è prevista la competenza del giudice amministrativo che ha emesso la sentenza o il provvedimento, e quella di sentenze passate in giudicato, o altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice ordinario o di altri giudici, nonché di lodi arbitrali divenuti inoppugnabili (art. 112, comma 2, lett. c), d) ed e)), per i quali è competente il tribunale amministrativo regionale secondo il criterio di collegamento previsto dall’art. 113, comma 2. Nel sistema così delineato la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, si colloca nella ipotesi prevista alla lettera b) dell’art. 112, comma 2, e il ricorso per l’ottemperanza si propone, ai sensi dell’art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”

Sulla questione si è pronunciata in seguito anche la Plenaria (Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9): “Questa Adunanza reputa, in continuità con l’avviso già espresso con la citata sentenza n. 18/2012 e con l’orientamento assunto dalla Corte di legittimità, che meriti condivisione il primo indirizzo ermeneutico, favorevole al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell’atto terminale della relativa procedura.

Lo sviluppo normativo di cui si è dato conto depono, infatti, nel senso dell’assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale. Ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del giudice amministrativo.

4.1. Assume rilievo decisivo lo *jus superveniens* che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato, con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale.

Una volta acquisito che la paternità effettiva della decisione è da ricondurre all’apporto consultivo del Consiglio di Stato connotato da una *suavis* giurisdizionale e che, pertanto, il provvedimento finale è meramente dichiarativo di un giudizio formulato da un organo giurisdizionale in modo compiuto e definitivo, si deve convenire che l’atto finale della procedura è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del

gravame, una questione di legittimità costituzionale¹⁵; il riconoscimento,

Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato (così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464).

In definitiva il decreto presidenziale che recepisce il parere, pur non essendo, in ragione della natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti.

4.1.1. La matrice sostanzialmente giurisdizionale del rimedio è corroborata dalle indicazioni ricavabili dal codice del processo amministrativo di cui al D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Merita menzione, in particolare, l'articolo 7, comma 8, che, nel quadro di una disciplina dedicata alla definizione del concetto e dell'estensione della giurisdizione amministrativa, limita la praticabilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo e, quindi, ai campi nei quali, in ragione della consistenza della posizione soggettiva azionata o in funzione della materia di riferimento, il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione. La "giurisdizione" diventa quindi presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. In tal guisa si sancisce l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione.

La rimozione della possibilità che il ricorso straordinario sia promosso in materie in cui il giudice amministrativo è privo di giurisdizione, rafforza, poi, il connotato dell'alternatività del rimedio, cancellando l'ipotesi di un ricorso straordinario concorrente, nelle materie estranee alla giurisdizione amministrativa, con quello giurisdizionale e, soprattutto, eliminando l'ostacolo che tale anomalia avrebbe rappresentato sulla strada della sostanziale giurisdizionalizzazione di siffatta tecnica di tutela.

4.1.2. Sullo stesso solco si pone anche la disciplina recata dall'articolo 48 del codice del processo amministrativo, che, al comma 1, contempla la facoltà di opposizione, ex art. 10 d.P.R. n. 1199/1971, in favore di qualsiasi "parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario".

La generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati, garantisce il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, assicura la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e con il principio del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost) in quanto l'unicità del grado e la caratterizzazione semplificata dell'istruttoria trovano fondamento nell'accordo sostanziale tra le parti secondo uno schema consensuale non dissimile da quello che permea il ricorso *per saltum* ex art. 360, comma 2, c.p.c.

4.1.3. Va poi rimarcato che il successivo comma 3 dell'art. 48, laddove prevede che il tribunale amministrativo regionale che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione deve disporre la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria", dà luogo ad una speciale forma *translatio iudicii* che, anche sul versante schietamente terminologico, mostra di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio incardinato con il ricorso al giudice amministrativo. Il giudizio che prosegue in sede straordinaria registra, quindi, il mutamento del rito ma non vede modificata la sua natura sostanzialmente giurisdizionale".

¹⁵ Questo a seguito della novella portata all'art. 13, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1191

non da ultimo, del carattere giudiziale del procedimento, ai fini dell'art. 6 della Convenzione C.EDU¹⁶.

dallo stesso art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, cosicché, oggi, il Consiglio di Stato, nell'esprimere il parere sul ricorso straordinario "se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati". Sul fatto che la questione non venga sollevata formalmente in seno ad un giudizio, Corte cost., 26 marzo 2014, n. 73, ha rimarcato il carattere sostanzialmente giudiziale del procedimento: "Tale disposizione, contenuta in una legge ordinaria, è coerente con i criteri posti dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ai sensi del quale la questione di legittimità costituzionale deve essere rilevata o sollevata «nel corso di un giudizio» e deve essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un «giudice». L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l'art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l'art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953". Precedentemente alla riforma dell'art. 13, cit., il giudice delle leggi aveva riconosciuto l'inammissibilità di una q.l.c. sollevata in sede di ricorso straordinario, nulla potendo valere il richiamo all'esperibilità di analoga iniziativa, da parte della Corte dei conti in sede di controllo (e solo con riguardo alla violazione dell'art. 81 cost). Così Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254. Per una lettura della pronuncia della Corte n. 73/2014, in termini di non così accentuata giurisdizionalizzazione, si consulti, infine, A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 771 s.

¹⁶ C. EDU 1 ottobre 2020, Mediani: "30. *En analysant les modifications apportées successivement par la loi de 2009 et le décret législatif de 2010, la Cour remarque d'abord qu'à partir de la loi de 2009 le président de la République entérine dans son décret l'avis du Conseil d'État. Selon la jurisprudence interne (paragraphe 17 ci-dessus), cette nouvelle disposition a rendu l'avis du Conseil d'État contraignant, transmettant ainsi la nature juridictionnelle de l'avis, rendu par l'organe suprême de la juridiction administrative, à l'acte adopté par le président de la République.*

31. *La Cour note ensuite que le décret législatif de 2010 (paragraphe 14 ci-dessus) indique clairement que le recours extraordinaire peut être introduit pour toutes les matières relevant du domaine de compétence du juge administratif. Elle observe que le recours extraordinaire n'est dès lors admissible que lorsque le litige à trancher entre parmi les matières pour lesquelles la juridiction administrative est reconnue compétente. Ce qui dessine le recours extraordinaire comme un remède systématiquement et pleinement alternatif au recours juridictionnel ordinaire.*

Sembra, così, che l'estensione del carattere vincolante anche al parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa nei ricorsi straordinari siciliani costituisca davvero l'ultimo punto di una estesa giurisdizionalizzazione del rimedio e, a conforto degli argomenti riferiti dalla Corte costituzionale nel ritenere ingiustificata la disuguaglianza di regime, si potrebbe allegare anche il principio, recentemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale lo stesso Consiglio di Giustizia altro non sarebbe se non una particolare e distaccata sezione del Consiglio di Stato¹⁷, con la conseguenza che i rapporti con quest'ultimo dovrebbero essere regolati secondo un criterio di riparto della competen-

32. *De plus, la Cour relève que l'article 48 du décret susmentionné confirme aussi la juridictionnalisation du recours extraordinaire et introduit une garantie procédurale pour les autres parties, en donnant en effet la possibilité à chaque partie intéressée d'accepter le choix de la partie adverse de saisir le président de la République ou de s'y opposer, et dans ce cas de demander à porter le recours devant le juge administratif. Aux yeux de la Cour, cette disposition requiert ainsi le consensus, en substance, de chaque partie, qui peut donc accepter que l'affaire soit tranchée dans le cadre d'une procédure qui, tout en respectant le principe du contradictoire, exclut le double degré de juridiction et connaît une instruction simplifiée et accélérée. Ainsi, le recours extraordinaire au président de la République présente des similitudes, sans pour autant en avoir la nature, à ce qui pourrait apparaître comme un recours per saltum au Conseil d'État.*

33. *La Cour note également que la Cour constitutionnelle a reconnu que le Conseil d'État peut soulever une question de constitutionnalité (paragraphe 16 ci-dessus), si le recours extraordinaire ne peut être tranché indépendamment de la résolution de cette question. Dans ce cas, le Conseil d'État suspend la procédure et, en indiquant les termes et les motifs de la question, ordonne la transmission immédiate de l'affaire à la Cour constitutionnelle.*

34. *Enfin, la Cour rappelle que la jurisprudence interne (paragraphe 18 ci-dessus) a admis qu'en cas de non-exécution du décret présidentiel, l'intéressé peut introduire un recours en exécution (giudizio di ottemperanza) devant le TAR compétent, de la même manière que pour obtenir l'exécution d'un jugement administratif. De surcroît, elle note qu'en application de l'article 395 du code de procédure civile, un pourvoi en cassation pour révocation peut être formé contre le décret du président de la République (paragraphe 21 ci-dessus).*

35. *En conclusion, pour toutes ces raisons, la Cour estime qu'à la suite des modifications apportées par la loi de 2009 et le décret législatif de 2010, le processus de transformation du recours extraordinaire au président de la République s'est conclu avec sa juridictionnalisation au sens de l'article 6 de la Convention. Dès lors, à partir de l'entrée en vigueur du décret législatif de 2010, à savoir le 16 septembre 2010, l'article 6 de la Convention est devenu applicable au recours extraordinaire au président de la République, pour autant, cela va de soi, que la procédure dans laquelle un tel recours est exercé porte sur une contestation sur des « droits et obligations de caractère civil ».*

36. *Par conséquent, lorsque l'intéressé estime que la procédure en cause a eu une durée excessive, il incombe à celui-ci, avant de saisir la Cour, d'introduire une demande d'indemnisation devant la cour d'appel « Pinto » compétente, afin de permettre aux juridictions internes de se pencher sur la question”.*

¹⁷ Vedi anche l'art. 1, comma 2, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: “Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni,

za¹⁸ e con l'ulteriore conseguenza che, se si tratta solo di sezione separata

rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”.

¹⁸ Così Cons. di Stato, Ad. Pl., 13 settembre 2022, n. 13, ragionando sul tenore letterale dell'art. 100 c.p.a.: “6. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione vada risolta sulla base del fondamentale principio per il quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è una sezione del Consiglio di Stato. Il codice del processo amministrativo non contiene specifiche disposizioni sul Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, ad eccezione dell'art. 100, in cui è previsto che “Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”. Nessun'altra disposizione si è riferita al Consiglio di giustizia, le cui competenze sono state date per presupposte dal codice del processo amministrativo, proprio perché costituisce una sezione del Consiglio di Stato. È al riguardo emblematico l'art. 62, il quale – per gli appelli avverso le ordinanze cautelari – ha previsto che “contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato”: è ovvio, tuttavia, che gli appelli avverso le ordinanze cautelari del TAR per la Sicilia debbano essere proposti dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. Similmente, nel codice non vi è alcun riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa neanche in tema di ricorso per revocazione, né di opposizione di terzo: le relative disposizioni si riferiscono alle sentenze del Consiglio di Stato, ma è ovvio che tali rimedi debbano essere proposti al Consiglio di giustizia amministrativa quando si tratti delle sue pronunce. Evidentemente, i compilatori del codice del processo amministrativo hanno tenuto conto del principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 373 del 2003, per il quale “il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”. Trattandosi di “Sezioni” del Consiglio di Stato, sia pure aventi sede a Palermo, le disposizioni del codice del processo amministrativo non hanno dovuto di volta in volta rimarcare le loro competenze, disposte per di più da una fonte di rilievo sovraordinato alla legge ordinaria. Ogni disposizione del codice del processo amministrativo, quando si riferisce al Consiglio di Stato, va intesa quale riferita a tutte le sezioni giurisdizionali, anche a quelle aventi sede a Palermo”.

I principi sono stati poi ribaditi da Cons. di Stato, Ad. Pl. 14 marzo 2023, n. 9 che regolando i rapporti tra i due Consigli in termini di competenza funzionale (e rivedendo il proprio precedente indirizzo, secondo il quale l'appello presentato davanti al Consiglio privo della competenza a decidere avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile) ha così motivato: “6.1.) Nel caso di proposizione al Consiglio di Stato con sede in Roma di un appello proponibile alla Sezione giurisdizionale staccata di Palermo, la Sezione del Consiglio di Stato non può decidere la causa, poiché la competenza funzionale della Sezione staccata di Palermo è inderogabile, in quanto prevista da una disposizione attuativa dello Statuto regionale, avente rango costituzionale, e non può dar luogo alla definizione del giudizio con una pronuncia del Consiglio di Stato con sede in Roma.

6.2.) Anche per evitare il differimento della definizione del giudizio, la Presidenza del Consiglio di Stato deve trasmettere alla Segreteria della Sezione staccata di Palermo l'appello proposto al Consiglio di Stato avente sede in Roma proposto avverso una sentenza del TAR per la Sicilia.

Qualora l'appello sia stato però assegnato dalla Presidenza ad una delle Sezioni del

e non di organismo distinto, non vi dovrebbe essere alcun motivo per riferire alla stessa un procedimento decisionale troppo diverso da quello applicato dalle restanti sezioni del Consiglio di Stato.

Pure, tale trasformazione del ricorso straordinario, da rimedio giustiziale a vera e propria forma di tutela giurisdizionale, è forse meno certa di quanto di primo acchito potrebbe apparire.

Si reputa, anzi, che contro tale conclusione militino proprio le ricadute che essa implica in termini di conformità dell'istituto alle fonti di rango costituzionale¹⁹.

Consiglio di Stato, rilevano i principi generali desumibili dall'art. 15, commi 2 e 4, del codice del processo amministrativo, sicché la Sezione avente sede in Roma non può decidere in sede cautelare e con ordinanza deve dichiarare la propria incompetenza, affinché il giudizio possa essere riannunziato innanzi alla Sezione staccata.

7) L'Adunanza Plenaria ritiene pertanto di enunciare il seguente principio di diritto: l'appello proposto avverso una sentenza del Tar per la Sicilia (Sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) può essere deciso unicamente dalla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, la quale a tutti gli effetti è una sezione del Consiglio di Stato".

La conclusione, tuttavia, meriterebbe forse di essere raffinata. Infatti, se il Consiglio di Giustizia Amministrativa è una sezione distaccata del Consiglio di Stato, non è escluso che si possa parlare, più che problemi di competenza tra organi giurisdizionali diversi, di un problema di riparto interno all'unico organo giurisdizionale, similmente a quanto avviene per le sezioni locali dei T.A.R., ai sensi dell'art. 47 c.p.a. In tal caso, la rilevabilità d'ufficio dell'errore sull'elezione del giudice (esclusa dall'art. 47, salve le ipotesi di competenza funzionale delle sedi di Roma e di Milano dei tribunali del Lazio e della Lombardia) non troverebbe fondamento in forza del principio della inderogabilità delle competenze dei giudici amministrativi (artt. 13 e 14 c.p.a.), ma in virtù di quanto stabilito dall'art. 10, comma 1, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: "Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio".

Inoltre, è forse incerta anche la qualificazione del riparto di funzioni tra i due consigli in termini di vera e propria competenza funzionale, secondo la sua configurazione data dall'art. 14 c.p.a., atteso che, se è pur vero che, per effetto dell'art. 10, cit. (ma comma 5), spetta all'Adunanza Plenaria, integrata da due componenti del Consiglio di Giustizia, decidere sui conflitti di competenza sollevati d'ufficio, non è previsto, invece, un rimedio analogo al regolamento di competenza contro l'ordinanza di uno dei due Consigli che neghi la propria *potestas iudicandi*.

In definitiva, non si può escludere che il problema del riparto delle questioni sindacabili dai due Consigli segua criteri e categorie diverse da quelle generali del codice del processo amministrativo.

¹⁹ Già, MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 s.: "Si possono prendere le mosse dalla considerazione di alcuni di quelli che il Paleologo indica come i principali difetti del ricorso straordinario, ma che possono anche semplicemente essere visti come le principali caratteristiche del medesimo: in particolare la segretezza dell'istruttoria, l'unilateralità del contraddittorio scritto, l'assenza di discussione orale, la dipendenza del tempo della decisione dalla volontà di au-

A tal riguardo, le maggiori perplessità, ad avviso di chi scrive, si collegano non tanto – o, più probabilmente, non solo – nell’incompleta struttura processuale del rimedio, sulla quale pure si sono concentrate molte critiche²⁰.

In particolare, il fatto che la fase istruttoria, nel procedimento per ricorso straordinario sia ancora più embrionale di quanto già non valga per il vero e proprio processo amministrativo non è forse incompatibile con i principi di pienezza e necessità delle tutele stabiliti dagli artt. 24 e 113 Cost, quantunque si pervenga in questa sede a detta conclusione per il solo fatto che la sezione consultiva del Consiglio di Stato sembra essersi appropriata *di fatto* dei poteri di chiedere *ex se* (senza affidarsi solo alla buona volontà del Ministero nel compiere l’istruttoria) l’esibizione di documenti o di chiedere schiarimenti, di per sé non previsti (almeno senza alcun limite) dalla disciplina vigente²¹.

torità amministrative. Anche senza valutarne singolarmente la portata, è facile constatare che si tratta di aspetti della disciplina del ricorso straordinario che contrastano con alcuni dei caratteri che, secondo la Costituzione, non possono mancare perché un procedimento possa aspirare ad essere considerato espressione della funzione giurisdizionale. Va, in special modo, tenuto conto dell’introduzione nella Costituzione – per quanto stabilito nei commi premessi all’art. 111 dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 – del principio del giusto processo e delle puntualizzazioni di cui al 2° comma dell’art. 111 novellato, a mente del quale «ogni processo – da intendere come ogni strumento attraverso il quale si realizza la funzione giurisdizionale – si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Relativamente alla disciplina di un dato strumento pur rivolto a fini giustiziali, nel considerarne la riportabilità o meno tra gli strumenti propriamente giurisdizionali, ove sia dato constatare che tale disciplina non è conforme a quanto stabilito nell’art. 111, 2° comma, Cost., non pare si possa sfuggire all’alternativa tra il predicarne medesimamente la natura giurisdizionale, ma nel contempo riconoscerne l’incostituzionalità, o il negarne la riportabilità alla funzione giurisdizionale e così sottraendosi a doverne considerare la conformità alla Costituzione sotto il profilo considerato”.

²⁰ Non ritiene la questione rilevante neppure P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato – Atti del Convegno Roma 9 ottobre 2014* (a cura di Paolo Tanda), Torino 2015, 24, il quale riconosce sussistere un rispetto sia pure *minimale* dei principi costituzionali sul giusto processo.

²¹ Nel ricorso straordinario, infatti, l’istruttoria è affidata al Ministero competente *ratione materiae*, al quale il gravame viene trasmesso. Il che rende particolarmente arduo sostenere la tesi del rispetto del principio del giusto processo per il caso in cui sia fatto oggetto di impugnazione proprio un provvedimento di quel ministero, perché, in dette circostanze, il *signore della prova* è una delle parti in conflitto. Sul punto, L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e tutela risarcitoria*, in *Resp. civ.*, 2009, 151: “Tutta da ripensare è poi la problematica dell’istruttoria che ha bisogno certamente di un rilettura in termini decisamente più garantistici e imparziali dell’attuale struttu-

D'altra parte, l'esperimento del ricorso straordinario dipende, pur sempre, dalla libera determinazione di tutte le parti, che viene manifestata ora in modo esplicito (da parte del ricorrente) ora in modo tacito (dalla parte resistente e dalla parte controinteressata, quando omettano di sollevare l'opposizione prevista dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199), cosicché si può assumere che, eleggendo, con tali diverse forme, il particolare rimedio, tutte le medesime parti in qualche modo *accettino* anche le sue insufficienze strutturali e accettino pure che la lite venga decisa sulla base di un'istruttoria potenzialmente incompleta e, per così dire, *allo stato degli atti*²².

Se mai è più problematico, quanto alla possibilità di configurare il rimedio straordinario alla stregua di un vero e proprio giudizio, il fatto che difetti in esso la previsione formale di una qualsiasi forma di udienza, giacché non è escluso che questa fase debba reputarsi essenziale a un qualsiasi giusto processo e che la celebrazione della stessa, portando

razione che affida, ex art. 11 e 13, d.p.r. n. 1199/1971, al Ministero competente (o alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nelle ipotesi in cui si tratti di una materia per la quale manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato ministero) l'istruttoria del ricorso straordinario; pur prendendo atto della natura non di parte dell'intervento del Ministero in sede di istruttoria (che, nella vicenda, svolge funzioni sostanziali di ausiliario di giustizia), è impossibile non rilevare come l'intera problematica debba essere rimeditata, prevedendo il ricorso ad organi terzi nell'ipotesi in cui il Ministero sia anche parte del giudizio; analogamente da rimeditare è l'esclusione della prova testimoniale, esclusa da una giurisprudenza abbastanza risalente". La questione dell'incerto svolgimento dell'istruttoria è stata affrontata, approfonditamente, anche da G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *giustamm.it*, 2010: "appare evidente che l'istruttoria è ancora saldamente nelle mani dell'Amministrazione (Ministero competente), e che anzi questa risulta quasi interamente dipendente, a dir così, dalla 'buona volontà' dell'Amministrazione procedente. Se pure rientra nei poteri del Consiglio di Stato «richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni» (art. 13, D.P.R. 1199/1971), non è ben chiaro quali siano le conseguenze, sul piano procedimentale ma anche sostanziale, del mancato e/a parziale adempimento da parte del Ministero.

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

²² L'ordinamento conosce nel giudizio penale abbreviato non subordinato a richiesta di integrazione probatoria, quale è disciplinato dagli artt. 438 s. c.p.p. un altro caso in cui un processo può essere celebrato allo stato degli atti.

a un enunciato che dovrebbe essere reso nel nome del popolo italiano (101 Cost.), non rientri del tutto nella piena disponibilità delle parti²³,

²³ Si consideri quanto sostenuto dalla sentenza Corte cost., 18 marzo 2022, n. 73. Tale pronuncia, che si riferisce al processo tributario, ove, in taluni casi, spetta alle parti di chiedere la trattazione del giudizio in udienza pubblica (altrimenti essendo il giudizio destinato alla decisione tramite pronuncia assunta in camera di consiglio: art. 33, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), ha escluso che dall'art. 101 Cost (là dove ricorda che la funzione giurisdizione è amministrata in nome del popolo) e dall'art. 6 della Convenzione C. EDU, si possa desumere la necessaria pubblicità dell'udienza (e quindi dell'udienza stessa, non potendosi definire sostanzialmente tale un rito strettamente camerale).

Una violazione di tali principi sussisterebbe a patto che non sia nella disponibilità delle parti il potere di chiedere la discussione della causa in forma orale: "Al riguardo, occorre ricordare come questa Corte abbia già avuto modo di apprezzare – per di più con riferimento al processo penale, in cui l'udienza pubblica assume un valore ancora più pregnante (sentenze n. 260 del 2020, n. 135 del 2014, n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971) – l'attitudine di una siffatta modalità operativa, imperniata sulla scelta della parte, a soddisfare adeguatamente l'esigenza di controllo popolare sottesa al principio di pubblicità dei giudizi. In linea con le indicazioni esegetiche offerte dalla giurisprudenza europea (Corte EDU, sentenza 10 aprile 2012, Lorenzetti contro Italia; sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia; sentenza 17 maggio 2011, Capitani e Campanella contro Italia; sentenza 2 febbraio 2010, Leone contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri contro Italia; sentenza 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia; sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia), diverse pronunce costituzionali hanno, infatti, ravvisato un vulnus al principio di pubblicità dei dibattimenti giudiziari nell'assenza, in alcune procedure camerali penali, non già dell'udienza pubblica quale snodo procedimentale necessario, ma piuttosto della previsione della possibilità, per l'interessato, di richiederne la celebrazione".

Peraltro, la stessa pronuncia sembra svilire – in modo forse non del tutto coerente – detto risultato, una volta ragguagliato il sistema della trattazione meramente *cartolare* della causa con il principio del giusto processo e, quindi, con l'art. 111 Cost, a fronte del quale un processo privo di ogni forma di trattazione orale non sarebbe incompatibile: "5. – Le argomentazioni dianzi esposte danno conto, altresì, della compatibilità della disciplina in esame con l'art. 111 Cost., rendendosi, peraltro, necessarie alcune ulteriori osservazioni in relazione agli specifici profili evidenziati nella ordinanza di remissione con riguardo a tale parametro.

5.1. – Il giudice *a quo* ritiene che «la più ampia tutela giurisdizionale» si attui attraverso la discussione in pubblica udienza e che le norme in scrutinio, nel condizionare la «completezza» del contraddittorio nel processo tributario all'esercizio di una facoltà che postula la «disponibilità» dell'interesse in contesa, di cui la parte pubblica sarebbe, tuttavia, priva, si pongono in contrasto con la piena realizzazione del giusto processo. Tale principio costituzionale risulterebbe violato anche nella declinazione oggettiva di garanzia della partecipazione dialettica delle parti, quale «attività connaturata al processo» e fondamentale «per l'attuazione della legge da parte del giudice terzo».

5.2. – Quanto al primo rilievo, deve escludersi che la facoltà di scelta sulla forma del contraddittorio, cartolare o in presenza, attribuita alle parti dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, rilevi ai fini della «disponibilità» della pretesa impositiva che forma oggetto del processo tributario. È evidente che un meccanismo procedurale, come quello delineato dalle norme in scrutinio, che consente ad entrambe le parti, pubblica e priva-

ta, di valutare caso per caso la reale necessità di avvalersi della discussione in pubblica udienza, persegue un ragionevole fine di elasticità – in forza del quale le risorse offerte dall'ordinamento devono essere calibrate in base alle effettive esigenze di tutela – e non interferisce con la cura dell'interesse pubblico al prelievo fiscale.

5.3. – Parimenti non fondata è la ulteriore censura con la quale è denunciata la lesione del principio del giusto processo nell'accezione di garanzia della partecipazione dialettica delle parti, quale momento fondamentale «per l'attuazione della legge da parte del giudice terzo». Nella prospettazione del Collegio rimettente l'interlocuzione immediata e contestuale delle parti con il giudice sembra assurgere a condizione indefettibile per l'attuazione del contraddittorio e per la formazione del convincimento del giudice.

5.3.1. – Come questa Corte ha posto più volte in evidenza, l'art. 111, secondo comma, Cost., introdotto dalla legge cost. n. 2 del 1999, stabilendo che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», ha conferito veste autonoma a un principio, quello appunto di parità delle parti, che era già stato ritenuto insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali (sentenze n. 34 del 2020, n. 26 del 2007; ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001). La novella del 1999 ha, infatti, positivizzato, attribuendogli portata generale, il principio *audiatur et altera pars*, in base al quale il provvedimento giurisdizionale non può assumere carattere di definitività senza che la parte destinata a subirne gli effetti sia stata posta in condizione di svolgere una difesa effettiva e di influire, in condizioni di parità rispetto alle altre parti, sul convincimento del giudice. Nondimeno, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, l'attuazione del contraddittorio non implica necessariamente che il confronto dialettico tra i litiganti si svolga in modo esplicito e contestuale, potendo dispiegarsi anche in tempi successivi, purché anteriori all'assunzione del carattere della definitività della decisione, e come momento soltanto eventuale del processo (*ex aliis*, sentenze n. 80 del 1992, n. 125 e n. 89 del 1972). La Corte ha inoltre precisato che il contraddittorio, quale primaria e fondamentale garanzia del giusto processo, consiste nella «necessità che tanto l'attore, quanto il contraddittore, partecipino o siano messi in condizione di partecipare al procedimento» (sentenza n. 181 del 2008; ordinanza n. 183 del 1999), mentre «al legislatore è consentito di differenziare la tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare» (sentenza n. 89 del 1972; v. anche sentenza n. 80 del 1992 e ordinanza n. 37 del 1988).

5.4. – Se dunque, in via generale, il principio del contraddittorio consacrato nell'art. 111, secondo comma, Cost. impone esclusivamente di garantire che ogni giudizio si svolga in modo tale da assicurare alle parti la possibilità di incidere, con mezzi paritetici, sul convincimento del giudice, spettando al legislatore configurarne le specifiche modalità attuative, deve coerentemente escludersi che sussista un'unica forma in cui il confronto dialettico possa estrinsecarsi e che questa vada necessariamente identificata nella difesa orale. Non in tutti i processi la trattazione orale costituisce un connotato indefettibile del contraddittorio e, quindi, del giusto processo, potendo tale forma di trattazione essere surrogata da difese scritte tutte le volte in cui la configurazione strutturale e funzionale del singolo procedimento, o della specifica attività processuale da svolgere, lo consenta e purché le parti permangano su di un piano di parità.

5.4.1. – In tal senso si è espressa, con specifico riguardo al processo civile, la giurisprudenza di legittimità, precisando che, in generale, l'esclusione della difesa orale non menoma il diritto di difesa, la cui concreta disciplina può essere variamente configurata dalla legge, e che la regola generale della pubblicità può subire eccezioni in riferimento a determinati procedimenti, quando esse abbiano obiettiva e razionale giustificazione (Cor-

24.

In disparte questi rilievi problematici, che pure non sono affatto privi di valore, si ritiene, tuttavia, che il tratto di minore compatibilità della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con l'impianto costituzionale risieda nella circostanza che essa sembra implicare la costituzione

te di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 27 maggio 2005, n. 11315); che inoltre «la garanzia del contraddittorio, necessaria in quanto costituente il nucleo indefettibile del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dagli artt. 24 e 111 Cost. (cfr., in rapporto all'art. 24 Cost., già Corte cost., sent. n. 102 del 1981), è, comunque, assicurata dalla trattazione scritta della causa, con facoltà delle parti di presentare memorie per illustrare ulteriormente le rispettive ragioni (che, del resto, devono essere già compiutamente declinate con il ricorso per quanto riguarda, segnatamente, i motivi dell'impugnazione), non solo in funzione delle difese svolte dalla controparte» (Corte di cassazione, sezione sesta civile, ordinanza 10 gennaio 2017, n. 395). Sempre con riferimento al rito civile, anche questa Corte ha affermato che «porre un'alternativa tra difesa scritta e discussione orale nel processo civile non può determinare alcuna lesione di un adeguato contraddittorio, anche perché le parti permangono su di un piano di parità» (sentenza n. 275 del 1998).

5.5. – Neanche nel processo tributario la previsione, come regola, della trattazione scritta è di ostacolo a una piena attuazione del contraddittorio. Ciò in quanto le disposizioni censurate, per un verso, come già evidenziato, non escludono la discussione in pubblica udienza, ma ne subordinano lo svolgimento alla tempestiva richiesta di almeno una delle parti, e, per un altro, attribuendo ai litiganti la facoltà di depositare, oltre alle memorie illustrative, ulteriori memorie di replica in un identico termine in parallelo, garantiscono un'adeguata e paritetica possibilità di difesa. Al contempo, la trattazione camerale soddisfa primarie esigenze di celerità e di economia processuale, particolarmente avvertite in un processo, come quello tributario, che «attiene alla fondamentale ed imprescindibile esigenza dello Stato di reperire i mezzi per l'esercizio delle sue funzioni attraverso l'attività dell'Amministrazione finanziaria» (ordinanza n. 273 del 2019)".

²⁴ Il problema della necessità dell'udienza orale si è riproposto soprattutto in occasione della legislazione speciale dovuta alla epidemia del Covid. Gli interventi in dottrina sono stati plurimi. Si veda, così, M.A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in *lamministrativista.it*, 202; C.E. GALLO, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, *giustiziainsieme.it*; F. FRANCIOSI, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; ID., *La giustizia di fronte all'emergenza coronavirus. Le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; N. PAOLANTONIO, *Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell'emergenza (nessuno tocchi la discussione orale)*, *giustamm.it*, 2020; F. SAIETTA, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al "contraddittorio cartolare coatto" in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un'oralità... a discrezione del presidente del collegio*, in *federalismi.it*, 2020; V. SORDI, *L'istanza di discussione orale da remoto e la relativa opposizione. Prime applicazioni da parte del giudice amministrativo*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; ID., *Ancora sull'opposizione alla discussione da remoto*, in *giustiziainsieme.it*; ID., *Ancora dubbi applicativi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto dettata dall'art. 25 d.l. n. 137/2020*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *lexitalia.it*, 2020; ID., *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in *lexitalia.it*, 2020.

di un nuovo giudice speciale, per di più deputato a risolvere controversie – quelle inerenti alla legittimità dell'azione amministrativa – per le quali risulta già istituito un altro giudice pienamente titolare della *potestas iudicandi*²⁵.

Sulla questione, a quanto consta, si sono levate non troppo numerose voci critiche²⁶, benché la questione non sia sfuggita all'attenzione della

²⁵ L'identità di sindacato tra il rimedio giurisdizionale e quello straordinario, del resto, aveva condotto V. BACHELET, *Ricorso*, cit., 811, a ritenere che dalla istituzione della IV sezione il secondo rimedio avesse perso ogni utilità teorica, sì da dover essere soppresso.

²⁶ Tra le prime, se escludiamo il rilievo fatto emergere in via ipotetica da F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)*, *Foro amm.* – *CdS*, 2009, 1601 s., va segnalata la posizione di F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 2374: «Il ricorso straordinario rimane fuori dal sistema giurisdizionale, conserva la sua natura di procedimento amministrativo contenzioso, e la decisione presidenziale che, nella sua complessità strutturale, è sicuramente decisione di giustizia, non è affatto atto avente natura giurisdizionale, né lo diventa perché ingloba il “parere” del Consiglio di Stato. Gli artt. 102 e 103 Cost. non consentono che vengano creati nuovi organi giudiziari con leggi ordinarie, né consentono che vengano riconosciuti tali, per sentenza, organi e rimedi originariamente amministrativi: le riforme recentemente introdotte hanno migliorato la disciplina del ricorso straordinario (e sono quindi da valutare con assoluto favore), ma non ne hanno trasformato la natura; né a mio avviso (come dirò) era necessario che la trasformassero, per consentire le conseguenti modifiche dovute alla giurisprudenza”. V. anche, persuasivamente e con riferimento all'ipotesi che la giurisdizionalizzazione implicherebbe un processo di revisione delle giurisdizioni speciali, sulla base della VI disposizione transitoria e finale, G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *giustamm.it*, 2013: «A mio avviso questa considerazione non è condivisibile e contiene essa stessa il nucleo per essere superata. Ritengo che la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione giustiziale sia ancora attuale e che il passaggio dall'una all'altra non possa avvenire nei termini che sembrano indicati dalla giurisprudenza. Il nostro ordinamento contempla un'attività amministrativa preordinata alla garanzia della legalità nell'amministrazione, avente come propria ragione la garanzia dei diritti e degli interessi legittimi. Essa è stata identificata proprio nell'attività di esame e decisione dei ricorsi amministrativi. In questa prospettiva i provvedimenti di decisione dei ricorsi amministrativi sono stati ritenuti l'espressione più autentica delle c.d. decisioni amministrative, «atti di natura “giustiziale” che mirano alla risoluzione e composizione di conflitti di interessi tra la p.a. e gli altri soggetti dell'ordinamento». Anche chi ha criticato la configurabilità di una categoria generale di provvedimenti qualificabili come decisioni amministrative ha riconosciuto nelle decisioni dei ricorsi amministrativi «decisioni amministrative in senso proprio». La circostanza che le decisioni amministrative abbiano alcuni caratteri analoghi alle sentenze è indubbio, anche in ragione dei relativi procedimenti, ma rimangono atti espressioni di funzioni diverse: questo aspetto è stato messo in luce molto chiaramente dalla dottrina. Qui non è possibile entrare nel merito del dibattito, che si è protratto anche di recente, sulla interpretazione della locuzione, riferita al Consiglio di Stato, «di organo ... di tutela della giustizia nell'amministrazione» di cui all'art. 100 Cost. Di quel dibattito è possibile ricordare solo i termini generali. Cioè se tale espressione sia riferibile alla giurisdizione e dunque sia una disposizione da leggere come ‘anticipatrice’

giurisprudenza, perché al problema si è generalmente dato risposta osservando che, una volta trasformato il ricorso straordinario in un processo *optimo iure*, la definizione dello stesso spetterebbe pur sempre al Consiglio di Stato, il quale già è giudice nelle ordinarie controversie amministrative²⁷.

Non si creerebbe, dunque, nessun nuovo giudice speciale, in con-

dell'esplicazione della funzione giurisdizionale attribuita al Consiglio di Stato più chiaramente dall'art. 103 Cost. Oppure, secondo l'interpretazione maggioritaria fondata sui lavori preparatori, se tale espressione sia riferibile a un ambito specifico della generica «consulenza giuridico-amministrativa» di cui al medesimo art. 100 Cost., e segnatamente alla competenza del Consiglio di Stato in materia di ricorso straordinario (...). Un dato, però, è stato sostanzialmente condiviso da tutti gli interpreti: il parere del Consiglio di Stato reso nel procedimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è sempre stato collocato nella funzione di consulenza resa nell'ambito di un rimedio giustiziale (quindi, più precisamente, nella «consulenza giuridico-amministrativa» dagli Autori che hanno letto l'espressione «giustizia nell'amministrazione» in chiave di funzione giurisdizionale; oppure, secondo l'interpretazione prevalente, proprio nella «tutela della giustizia nell'amministrazione» dagli Autori che hanno letto tale espressione in chiave di rimedi amministrativi con funzione giustiziale). Credo che ricondurre il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo alveo originario, e cioè in ogni caso nell'art. 100 Cost., sia importante, perché da un lato significa ribadire con nettezza la differenza tra la funzione consultiva e la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, che ritengo imposta dalla Costituzione; dall'altro implica l'impossibilità della c.d. revisione in chiave giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato nei termini indicati dalle Sezioni Unite di revisione di cui alla VI disp. transitoria e finale. Quella norma, infatti, è riferibile agli organi speciali di giurisdizione esistenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. In questo senso andrebbe riletta anche la sentenza della Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 287 sulle Commissioni tributarie, invocata a modello (solo) dalle Sezioni Unite del 2012: non a caso quella sentenza faceva riferimento al fatto che il legislatore di allora volle risolvere un contrasto interpretativo in atto sulla natura delle Commissioni tributarie. Quelle Commissioni, a differenza del Consiglio di Stato, non trovavano alcuna collocazione e riconoscimento nel testo costituzionale. Collocazione e riconoscimento che la Costituzione attribuisce al Consiglio di Stato non in veste unitaria ma in una doppia funzione, consultiva e giurisdizionale, a cui corrispondono norme e principi diversi; forse non è inutile ricordare che ancora oggi nel ricorso straordinario il parere deve essere espresso dalla sezione consultiva (art. 12 d.P.R. del 1971). Da questo punto di vista non ritengo sia significativo che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato. La vincolatività del parere del Consiglio di Stato non ne muta la natura, che rimane amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale; in questo senso depone chiaramente anche la rubrica dell'art. 69 l. 69/2009, già richiamata in precedenza”.

²⁷ Così, di recente, V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 61: “Eviterei di esaminare il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che pur mostra ancora una sua persistente vitalità, che è andato perdendo i caratteri del ricorso amministrativo per assumere quelli del ricorso giurisdizionale, alternativo al ricorso al giudice amministrativo, ma pur sempre deciso nella sostanza dal Consiglio di Stato, davanti al quale si possono sollevare questioni di costituzionalità e di pregiudizialità alla Corte di Giustizia e le cui decisioni possono portare

trasto con quanto previsto dall'art. 102 Cost., e il ricorso straordinario esprimerebbe un modo diverso per portare la lite davanti a un giudice già esistente e già noto²⁸.

La medesima tesi, peraltro, verrebbe confortata dalla complementare opinione secondo la quale la proponibilità del giudizio di ottemperanza, per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario, troverebbe fondamento nella lettera b), e non già nella lettera d) dell'art. 112 c.p.a.²⁹

all'annullamento dell'atto e sono suscettibili di ottemperanza e di ricorso per cassazione. Al pari delle sentenze dei giudici amministrativi”.

²⁸ Quando pure non si sia sostenuto che il ricorso straordinario avesse carattere giurisdizionale della stessa Costituzione, cosicché la riforma del 2009 avrebbe svolto una sorta di interpretazione autentica del sistema con effetti di revisione, ai sensi della VI disposizione transitoria e finale, di un preesistente giudice speciale. Sul punto v. L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2009, 2664 s.: “L'art. 69 in esame si colloca dunque in un contesto in cui la natura sostanzialmente giurisdizionale dell'organo decidente e del rimedio di giustizia in esame già risultava l'unica coerente con i principi di effettività della tutela sanciti dalla Costituzione e comunque nettamente affermati dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (i cui articoli 6 e 13 impongono che i rimedi di giustizia siano effettivi e non rimangano illusori). Vi è stata una vera e propria revisione in base alla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, che, come è noto, ha previsto che si procedesse entro cinque anni (termine qualificato dalla Corte Costituzionale come ordinatorio) dalla sua entrata in vigore alla revisione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti. L'interpretazione della normativa sul precedente rimedio di giustizia – anteriore alla Costituzione – esclude che vi sia stata l'istituzione di un giudice straordinario o speciale. Per la Corte Costituzionale, si può avere la revisione quando l'organo revisionato – di cui pure si rilevava la natura amministrativa, come la commissione tributaria – sia anteriore alla Costituzione e non sia in contrasto con le regole dell'indipendenza del giudice. La revisione, con una vera e propria interpretazione autentica dell'articolo 23 della legge n. 87 del 1953, ha confermata l'originaria natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che, consente alle sezioni consultive di sollevare questioni di costituzionalità nei ricorsi ancora pendenti e rende proponibile il giudizio di ottemperanza, anche per quelle decisioni già rese prima della sua entrata in vigore. Così si è attuato anche il principio di uguaglianza, in precedenza palesemente violato se si considera che il giudizio di ottemperanza già era ammesso nell'ordinamento per le decisioni siciliane (oltre che nel settore degli appalti, dall'art. 245 del Codice del 2006). La revisione è dunque un istituto di rilievo costituzionale del tutto opposto alla introduzione – vietata – di un nuovo giudice speciale. Una precedente revisione ha riguardato le commissioni tributarie, che furono considerate amministrative dalle sentenze nn. 6 e 10 della Corte Costituzionale, che dichiarò inammissibili le questioni di costituzionalità da esse sollevate”.

²⁹ Il richiamo all'art. 112, lett. b), comporta anche l'individuazione della competenza a trattare la questione di ottemperanza nello stesso Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale. Si è posta, tuttavia, anche la prospettiva di sollevare il processo di ottemperanza davanti alle sezioni consultive, ma l'ipotesi è stata negata da Cons. di Stato, I, 28 febbraio 2022, n. 475, circa la quale si rinvia alla nota critica di S. CASILLI, *La tutela esecutiva per*

Contro questa tesi, si reputa, tuttavia, meritevole di approfondimento critico l'ipotesi secondo la quale l'ormai unica sezione consultiva del Consiglio di Stato possa considerarsi appartenere, come le sezioni giurisdizionali, a un plesso giurisdizionale e, per di più, allo stesso plesso giurisdizionale del giudice amministrativo complessivamente inteso.

Non vi è dubbio, a fronte dell'art. 100 Cost., che il Consiglio di Stato sia organismo connotato, pur nella varietà delle funzioni che a esso spettano³⁰, da un carattere unitario, tale da comprendere entrambi i tipi di sezioni.

Tale unitarietà, per di più, è accentuata dal modo con cui la disciplina vigente consente al suo Presidente di modificare le competenze di ciascuna di esse e di stabilirne la composizione, sì da permettere che i magistrati adibiti alle sezioni di un dato tipo possano trasferirsi a quelle dell'altro³¹.

Questo però non significa che quando il Consiglio di Stato è chiamato a svolgere la funzione consultiva sia, in quel momento, *anche* un giudice³²,

la decisione resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: gli ultimi sviluppi, tra evoluzione e arresti giurisprudenziali (nota a Consiglio di Stato, Sezione Prima, 28 febbraio 2022 n. 475), in giustiziainsieme.it, 2022.

³⁰ Non ci si pone qui in contrasto con la tesi sostenuta da S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato, Relazione svolta in occasione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato per festeggiare i 180 anni del Consiglio*, Roma 16 marzo 2011, a quanto risulta non pubblicata, ma disponibile in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/03/Cassese-Continuit-e-fratture-nella-storia-Consiglio-di-Stato1.pdf>, 13, secondo il quale "Nei 180 anni della sua vita, il Consiglio ha assicurato la propria continuità grazie alla sua straordinaria capacità di cambiare, rispondendo alle esigenze dei diversi contesti storici e rimediando alle storiche e strutturali debolezze dell'amministrazione italiana, e – non poche volte – agli inconvenienti degli assetti politici. Esso ha, poi, saputo essere un organo "*multi-purpose*", amministratore e giudice, vivaio di grandi commessi, guida legislativa, consigliere del governo. Queste ambivalenze sono all'origine della sua lunga durata e della sua posizione costituzionale. Infine, ha svolto una ingente opera diretta, ma ha anche saputo supplire alle carenze di altri organi". L'affermazione di una tale versatilità dell'organo ausiliario, invero, è nei fatti e questo è ciò che appunto lo studioso descrive. Si dubita, tuttavia, che tale inclinazione che, di fatto, il Consiglio di Stato esercita sia conforme alla sua struttura costituzionale.

³¹ Art. 2, l. 27 aprile 1982, n. 186: "Il presidente del Consiglio di Stato, all'inizio di ogni anno, stabilisce la composizione delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali sulla base dei criteri fissati dal consiglio di presidenza anche per consentire l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali, nonché l'avvicendamento nell'ambito delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali".

³² Lo stesso Consiglio di Stato, nel respingere l'ipotesi di poter rendere pareri facoltativi quando investano questioni su cui già sussiste una controversia e nell'affermare che, in ogni caso, il parere (facoltativo) non possa impingere su questioni particolari o su fattispecie concrete, sembra avallare questa tesi. Così, Cons. di Stato, I, 3 giugno 2022, n. 934: "Come è noto, accanto ai pareri obbligatori resi dal Consiglio di Stato si affiancano i

pareri facoltativi, i quali possono essere diretti o all'esame di atti normativi per cui non è obbligatoria la richiesta di parere al Consiglio di Stato o a risolvere questioni concernenti l'interpretazione o l'applicazione del diritto, in questo caso prendendo la forma di "quesiti" sull'interpretazione delle norme. Codesti pareri hanno in particolare una "funzione di ausilio tecnico-giuridico indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva" (Consiglio di Stato, Ad. gen., 18 gennaio 1980, n. 30).

Dopo le modifiche introdotte con l'articolo 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, il parere facoltativo deve riguardare solo "le attività che più incisivamente impegnano l'azione del Governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale" (Consiglio di Stato, Sez. II, 25 luglio 2008, n. 5172).

In altri termini, va esclusa la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad "un ordinario segmento del procedimento amministrativo" (Consiglio di Stato, Sez. I, 2 febbraio 2012, n. 1), in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere (cfr. pareri n. 118/02; n. 2994/02; n. 9/03; n. 1212/03; n. 1274/03; n. 82/99; n. 4212/02; n. 2564/02; n. 2250/2007) e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni.

Ciò è pienamente coerente con l'idea "di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'articolo 100 della Costituzione" e con la necessità di inquadrare le funzioni consultive "in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato" (cfr. pareri: Comm. Spec., 18 ottobre 2017, n. 2162; Comm. Spec., 17 gennaio 2017, n. 83; Comm. Spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Così ragionando, le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli 'atti', anche a sostenere "i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione" (Consiglio di Stato, Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767).

Va inoltre aggiunto, per quanto di rilevanza nel presente quesito, che il Consiglio ha reiteratamente escluso la "possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali" (parere 2941/2005). In talune pronunce è stato difatti affermato che "in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile" (Consiglio di Stato, Sez. II, 26 giugno 2013, n. 3006 e Sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589) nel senso che "nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato (...) a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva

³³.

Al contrario, una tale conclusione si pone in conflitto, anche a voler trascurare ogni altro rilievo sulla delicata posizione del Consiglio di Stato

azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi” (Consiglio di Stato, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589; Comm. Spec., 26 settembre 2017, n. 2065).

Dai summenzionati pareri si evince dunque come l’attività consultiva, di tipo facoltativo, non possa richiedersi quando vada ad incidere, direttamente od indirettamente, su un contenzioso in atto, o potenziale, avente lo stesso oggetto del quesito posto dall’amministrazione, poiché in tali casi l’esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite sovrapposizioni, che arrecherebbero un *vulnus* al principio di imparzialità del giudice e di parità fra le parti, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall’art. 111, comma 2, della Costituzione (cfr. pareri n. 118/02; n. 2994/02; n. 9/03; n. 1212/03; n. 1274/03; n. 82/99; n. 4212/02; n. 2564/02; n. 2250/2007).

Questa Sezione ha ribadito, di recente, tale orientamento affermando che per garantire il corretto equilibrio istituzionale, va esclusa la «possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali» (Consiglio di Stato, Sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807”).

³³ La questione è riepilogata da A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 88: “Il dato fondamentale, che permette di mantenere valida la distinzione tra un rimedio giustiziale amministrativo e un rimedio ‘sostanzialmente’ giurisdizionale (nel senso in cui quest’ultima accezione è stata utilizzata dalle Sezioni unite e dall’Adunanza plenaria, è a nostro avviso da ricercarsi, secondo quando già anticipato, nella circostanza che il ricorso viene deciso dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, e risulta quindi espressione, come rilevato da parte della dottrina, di una funzione consultiva di quest’organo, a cui la nostra Costituzione non permette di guardare in termini di unitarietà con la funzione giurisdizionale. Sotto tale profilo, si deve evidenziare come l’impostazione che qui si ritiene essere stata fatta propria dalla Corte costituzionale sembri anzi avvalorare quell’orientamento secondo cui l’art. 100 Cost., nel prendere in considerazione la “tutela della giustizia nell’amministrazione”, farebbe riferimento ad una funzione propriamente giustiziale, distinta tanto da quella meramente consultiva di cui al medesimo art. 100, che da quella giurisdizionale di cui all’art. 103 Cost.; impostazione che – rispetto al riferimento alla generale funzione consultiva come contrapposta a quella giurisdizionale – permette peraltro di superare l’obiezione della vincolatività del parere e quindi della sostanziale estraneità dell’autorità ministeriale alla formazione della decisione (aspetti che potrebbero apparire non del tutto coerenti con un’attività meramente consultiva). Tali considerazioni non consentono quindi di aderire alla tesi – sostenuta dalle Sezioni unite della Cassazione nei loro ultimi arresti sul punto, e fatta propria dall’Adunanza plenaria nelle pronunce nn. 9 e 10/2013, di cui si è detto – secondo cui il legislatore del 2009 avrebbe provveduto al completamento di una altrimenti difettosa funzione giurisdizionale attraverso un intervento di revisione, similmente a quanto a suo tempo avvenuto per le Commissioni tributarie. Ciò non potrebbe infatti verificarsi per il ricorso straordinario, attribuito alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato e, come tale, ricondotto alla funzione (consultiva, o, più propriamente) giustiziale dello stesso, in ragione dell’insuperabile distinzione che la Costituzione impone tra questa e la funzione giurisdizionale”.

nell'intera organizzazione statuale³⁴, con un preciso presupposto di diritto positivo.

Vale a dire con il fatto che le due principali funzioni attribuite al Consiglio sono tenute normativamente distinte, in forza di quanto previsto dagli artt. 100 e 103 Cost.³⁵.

Inoltre, se la funzione giurisdizionale potesse permeare l'esercizio di quella consultiva (e viceversa), verrebbero in evidenza altri problemi, quali ad esempio quelli concernenti la terzietà e l'indipendenza del giudice³⁶, poiché i relativi principi sembrano presupporre che la funzione giurisdizionale, una volta che essa sia stata affidata a una determinata organizzazione, non possa essere inquinata dall'esercizio di funzioni ulteriori e diverse³⁷.

Se, pertanto, la funzione consultiva merita di essere tenuta separata da quella giurisdizionale, è lecito opinare che anche chi la esercita non sia un giudice, quando pure si tratti di un soggetto che, con altra parte del proprio apparato, sia rivestito di tale dignità.

Quanto poi alla tesi, ripetuta anche dalla giurisprudenza amministra-

³⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»* (Sonntagsgedanken), Milano 2005.

³⁵ Non mancano casi in cui giudici speciali assommano in sé funzioni amministrative e addirittura regolatorie. Si pensi ad esempio, al Consiglio nazionale Forense, che esercita attività giurisdizionale sulle questioni di natura disciplinare o elettorale e che, dopo la legge forense del 2012, è diventato titolare anche di competenze regolamentari (art. 35, l. 31 dicembre 2012, n. 247). La somma di funzioni appartenenti addirittura a Poteri distinti dello Stato non implica, tuttavia, e anzi esclude che il C.N.F., quando agisca alla stregua di un ente pubblico, sia *anche* giudice sì che le sue decisioni – ad esempio quelle relative alle iscrizioni al registro speciale degli avvocati abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori – godano del valore di giudicato sostanziale.

³⁶ A. TRAVI, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, III, 3, 2013, 483, in commento a Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9: «Non può sfuggire che la tesi condivisa dall'adunanza plenaria pone in crisi l'unico argomento che in passato era utilizzato con una certa coerenza per sostenere la compatibilità del Consiglio di Stato con il principio di indipendenza e di terzietà del giudice richiesto dall'art. 111 Cost., e cioè la circostanza che la funzione giurisdizionale è esercitata da sezioni diverse da quelle consultive. Oggi invece anche questa barriera è superata, ma l'adunanza plenaria non sembra esserne consapevole».

³⁷ Perciò, i casi in cui a un organo giurisdizionale vengano affidate funzioni diverse da quelle di composizione di una *lite* (anche a voler estendere la categoria fino a permetterle di comprendere anche le questioni di volontaria giurisdizione) sono estremamente rari. Si pensi così, ai compiti assegnati (non alla Cassazione, ma) all'Ufficio centrale per il referendum previsto dall'art. 1, l. 25 maggio 1970, n. 352, in materia referendaria, ovvero ai compiti in materia elettorale affidati agli Uffici elettorali costituiti presso le Corti d'appello.

tiva³⁸, secondo la quale il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario sarebbe stato preesistente alla stessa Costituzione (di talché la riforma del 2009 altro non avrebbe operato se non una revisione, ai sensi della VI disposizione transitoria e finale, di un giudice speciale anch'esso preesistente), essa risulta ancor più fragile.

La tesi implica, infatti, che l'autorità chiamata a decidere il ricorso straordinario sia, appunto, un giudice speciale distinto dal complesso formato dai tribunali amministrativi e dalle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, quando sono chiamati a dirimere gli ordinari processi amministrativi, perché, diversamente, non si comprenderebbe il motivo di procedere a una sua revisione.

Ma se si trattasse davvero di un giudice speciale distinto dal giudice amministrativo, toccherebbe anche riconoscere, in virtù di quanto stabilito dall'art. 7, comma 8, c.p.a., che esso pronunciarebbe, appunto, sulle medesime questioni su cui è chiamato a esprimere il proprio sindacato l'altro giudice.

Verrebbe così a essere incrinato il principio della esclusività della giurisdizione e si verrebbe ad affermare, implicitamente, che esistano due giudici i quali sono titolari della *potestas iudicandi* sulle medesime controversie.

Ma tutto ciò pare incompatibile con il principio, altrettanto costituzionalmente affermato, che esista un'autorità – vale a dire la Corte di cassazione – a cui spetta il compito di dirimere i conflitti di giurisdizione.

L'esistenza, pur potenziale, di un conflitto implica, infatti, titolarità esclusiva, in capo a un dato plesso giurisdizionale, sulla giurisdizione che viene allo stesso riferita³⁹.

4. *Compatibilità del ricorso in ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario con il carattere amministrativo dello stesso*

I dubbi sulla compatibilità rispetto all'art. 102 Cost. della trasfor-

³⁸ Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9.

³⁹ Né varrebbe rispolverare, in questo caso, i principi della c.d. *doppia tutela*, quale avanzata a seguito della istituzione della IV Sezione. Qui, infatti, non si tratterebbe di diritti fatti valere come interessi – così come era prospettato che potesse avanzarsi azione in concorrenza tra il giudice ordinario e il Consiglio di Stato – e quindi di far valere situazioni giuridiche soggettive diverse, ma di portare esattamente le stesse questioni davanti a due apparati giurisdizionali separati.

mazione del ricorso straordinario in una nuova forma di giudizio non possono ritenersi, dunque, del tutto sopiti.

Anche a voler trascurare, peraltro, il confronto con le fonti costituzionali, non mancano altri profili problematici, questa volta di carattere strutturale, che portano a dubitare della fondatezza della tesi che sostiene questa sorta di *trasformazione* del rimedio.

Preliminarmente all'illustrazione di detti ulteriori rilievi critici, vale tuttavia osservare che il fatto che l'evoluzione – dovuta in parte ad alcuni interventi del legislatore, per altra parte a fonti di derivazione interpretativa – abbia riferito alla decisione del ricorso straordinario un regime per certi versi affine a quello delle pronunce giurisdizionali, non sembra garantire l'effettivo mutamento di natura del rimedio.

In particolare, la possibilità di accedere al giudizio di ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso non è forse incompatibile con il carattere amministrativo del gravame.

Se, sul punto, si consente di avanzare una più ampia questione che interessa l'intero processo amministrativo e che meriterebbe forse di essere affrontata con più perspicua trattazione⁴⁰, si opina che, in generale, gli effetti conformativi derivanti dalla pronuncia da ottemperare possano derivare non tanto dal contenuto di accertamento in sé della sentenza e soprattutto dal valore di giudicato sostanziale che esso può assumere, quanto dal valore formale della pronuncia che, rispetto gli obblighi di esecuzione, varrebbe come semplice fatto giuridico⁴¹.

Si tratterebbe, pertanto, di effetti secondari della pronuncia, che la

⁴⁰ La tesi esposta intende riprendere gli spunti indicati da F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, *Enc. del Dir.*, XVIII, Milano 1969, 911. La questione, tuttavia, è stata ampiamente considerata nel processo civile. Così, F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, 472 s.; P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova 1934, 131 ss.; E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, 57 s.; E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova 1937, 82. La tesi, peraltro, è stata notoriamente contestata da S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 251 s.

⁴¹ Una detta conclusione sembra, in modo particolare, inevitabile quando, con il rito dell'ottemperanza si agisca per ottenere la conformazione alla sentenza del giudice ordinario che abbia disapplicato un provvedimento amministrativo, posto che, in tal caso, il sindacato sulla legittimità dell'atto è, per sua natura, riservato a una questione pregiudiziale di merito, la cui decisione non può, per definizione, assumere valore di cosa giudicata sostanziale, neppure su impulso delle parti (34 c.p.c.). Di talché il *giudicato* a cui si riferiva l'art. 27, n. 4, T.U. Cons. di Stato e, oggi, l'art. 112, lett. c), c.p.a., può essere solo il giudicato formale, inteso come presupposto per l'esperibilità in rito dell'azione esecutiva.

legge ricollega alla stessa e che, in tesi, non essendo propri della pronuncia giurisdizionale in sé considerata, potrebbero essere riferiti anche a un titolo diverso da una sentenza o da un altro atto che costituisca esercizio della funzione giurisdizionale stessa.

Se si accettasse, perciò, l'impostazione qui suggerita, non sarebbe affatto necessario riconoscere alla decisione del ricorso straordinario il carattere di vera e propria sentenza, per ammettere l'esperibilità del rito dell'ottemperanza⁴².

A tal fine potrebbe essere causalmente efficiente un titolo reputato dalla legge⁴³ equivalente⁴⁴ per quanto attiene alla proponibilità del giu-

⁴² La soluzione qui suggerita è affine a quella sostenuta da A. MAZZA LABOCCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, Napoli 2017, 170.

⁴³ Ammesso che una legge che legittimi tale equiparazione sia davvero sussistente. Il richiamo all'art. 112 comma 2, lett. b ("sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo"), per giustificarlo, invocato dalla giurisprudenza qui citata e avallato anche da certa parte della dottrina (P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011), è stato contestato da altra parte degli autori, che, se mai propenderebbero per un inquadramento nella successiva lett. d ("sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione"), con conseguenze in merito all'individuazione del giudice competente all'ottemperanza che non potrebbe essere più, a questo punto, ravvisato nel Consiglio di Stato in unico grado (C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit., 34 s.). Anche questa tesi, tuttavia, non è del tutto confortante, perché essa muove dal presupposto che la decisione sia pur sempre una sentenza, nel che si concentra il *kern* dell'intera discussione. Di talché non si esclude che l'equiparazione della decisione del ricorso straordinario a una pronuncia atta a promuovere il rito dell'ottemperanza sia frutto, nient'altro, che di una integrazione del pur tassativo elenco contenuto nell'art. 112 c.p.a. Per ulteriori spunti critici alla tesi che ravvisa nella lettera b) dell'art. 112 c.p.a. il titolo legittimante all'azione di ottemperanza. V. S. TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza*, in P. TANDA (a cura di) *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino 2014, 128 s. e soprattutto A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di Tar Lazio-Roma Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1042: "Nonostante la legge n. 205/2000 abbia esteso i poteri del giudice dell'ottemperanza anche alle decisioni dei tribunali amministrativi regionali ed alle ordinanze cautelari, superando il limite del giudicato, manca, ad oggi, una disposizione di pari portata nei confronti delle decisioni su ricorso straordinario. Del resto, le opposte risposte giurisprudenziali al problema, come in precedenza ricordato, hanno sempre assunto quale premessa, per negarla od affermarla, la natura giurisdizionale del rimedio. In una prospettiva, qual è quella proposta, di lettura del ricorso straordinario in chiave amministrativa, l'accesso all'ottemperanza necessita l'intervento del legislatore che attribuisca, ad un giudice, identificandolo, i medesimi poteri del giudice dell'ottemperanza anche nei confronti dei decreti decisori".

⁴⁴ Del resto, anche il titolo esecutivo, utile a conferire legittimazione nel processo

dizio di ottemperanza e tale titolo potrebbe essere ravvisato proprio nella decisione del ricorso straordinario, intesa come atto amministrativo meramente giustiziale, senza che essa debba assumere necessariamente valore sostanziale di sentenza capace di esprimere l'accertamento o la cosa giudicata.

5. *Il regime di impugnazione ex art. 29 c.p.a. della decisione sul ricorso straordinario; raffronto e distinzioni con il caso dell'impugnazione con l'azione amministrativa di annullamento della sentenza resa nel giudizio di ottemperanza*

Superate queste premesse e intendendo spostare l'indagine su un piano più strettamente strutturale, i problemi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sembrano invece emergere soprattutto ove si consideri che la sua decisione rimane pur sempre suscettibile di impugnazione davanti al giudice amministrativo di primo grado: quanto alle parti per soli vizi di forma e di procedura⁴⁵; quanto ai controinteressati pretermessi per ogni vizio di legittimità riferibile a un qualsiasi, comune, atto amministrativo⁴⁶.

Anche l'equiparazione della decisione del ricorso straordinario al regime degli atti amministrativi è, infatti, un argomento che, si ritiene, dovrebbe forse essere maggiormente valorizzato per contestare il raggiunto carattere giurisdizionale del rimedio.

esecutivo civile, non consiste necessariamente in una sentenza di condanna, svolgendo la stessa funzione anche le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli (art. 474 c.p.c.).

⁴⁵ Peraltro, V. BACHELET, che scriveva prima della riforma del 1971, propendeva per un'impugnazione estesa a tutti i possibili vizi della decisione (*Ricorso straordinario*, cit., 832), a pena di ravvisare un'incompatibilità con l'art. 113 Cost. Negli stessi termini, ancor prima, M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953, 87.

⁴⁶ La piena impugnazione della decisione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale è stata ammessa, come è noto, dalla pronuncia Corte cost., 1 febbraio 1964, n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità del "secondo e del terzo comma dell'art. 34 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, contenente il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, in quanto il procedimento per la proposizione e la risoluzione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non assicura ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale". Sulle ragioni ispiratrici di detta pronuncia, si rinvia alla puntuale indagine di L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano 2008, 127 s.

Invero, se è dato conoscere di casi, sin troppo scontati per doverne dare evidenza, in cui i provvedimenti amministrativi sono impugnabili in sede giurisdizionale, è meno facile, invece, individuare casi (salvo quello di cui farà immediatamente cenno, relativo al regime di alcune sentenze pronunciate dal giudice dell'ottemperanza) in cui un provvedimento giurisdizionale sarebbe impugnabile con ricorso di primo grado davanti al giudice amministrativo.

Una tale eventualità, infatti, oltre a confliggere con l'esistenza di un ordinato sistema di gravami contro le pronunce che provengono dall'apparato giurisdizionale, sarebbe inevitabilmente in contrasto anche con il carattere di giudicato sostanziale e con l'immodificabilità (che di tale giudicato è tipica⁴⁷) che ogni sentenza in senso proprio è diretta ad acquisire e che quindi dovrebbe essere propria anche della decisione del ricorso straordinario, una volta che se ne predichi il carattere sostanzialmente giurisdizionale⁴⁸.

⁴⁷ Acquisita la natura giurisdizionale del rimedio e, per conseguenza, anche il carattere di cosa giudicata della relativa decisione, pare, peraltro, piuttosto singolare, la prassi, talvolta seguita, di chiedere al Consiglio di Stato, il riesame del parere precedentemente espresso. Pur nell'incertezza delle varie pronunce, detto riesame sembrerebbe essere ammesso quando lo chieda l'Amministrazione (quasi come una sorta di compensazione per la mutata sottrazione del potere di discostarsi dal parere), ovvero quanto lo chieda il ricorrente se la decisione non sia già stata formalizzata nel decreto del Capo dello Stato e già emergano elementi per assoggettare la medesima decisione a revocazione (Cons. di Stato, I, 8 marzo 2023, n. 490).

⁴⁸ Sulla idoneità della decisione del ricorso straordinario a formare cosa giudicata, una volta riferito al rimedio carattere giurisdizionale, esplicitamente Corte cass., Ss. UU., 6 settembre 2013, n. 20569: "Da questa premessa ne deriva il corollario dell'idoneità del decreto emesso dal Presidente della Repubblica a seguito di ricorso straordinario, a formare "giudicato". Un[a] volta ritenuto che il procedimento relativo al ricorso in questione è esercizio di funzione giurisdizionale da parte del plesso giurisdizionale Consiglio di Stato – Presidente della Repubblica, deve necessariamente concludersi che tale decreto formi "giudicato". Secondo la definizione maggioritaria la giurisdizione è affermazione dell'ordinamento nel caso concreto o, ciò che è lo stesso, concretamente nel caso concreto dell'ordine giuridico. Essendo il procedimento giurisdizionale (quanto meno quello contenzioso) finalizzato appunto a tale attuazione della legge al caso concreto, elemento caratterizzante è l'idoneità dello stesso a produrre il giudicato. Il giudicato si caratterizza non solo per il regolamento di interessi che da esso scaturisce ma anche per la forza che assiste tale regolamento. L'immutabilità della sentenza (intesa in senso sostanziale), come connotato di questo atto nei confronti degli atti caratteristici delle altre funzioni statali e degli atti dei privati, riassume, dal punto di vista oggettivo o dell'atto, l'effetto preclusivo che dalla sentenza deriva e nei confronti dello stesso giudice e nei confronti delle parti, e cioè di tutti i soggetti che hanno partecipato con diverso ruolo alla vicenda processuale".

Si consideri altresì Corte cost., 9 febbraio 2018 n. 24, che nel dover valutare se una legge retroattiva potesse travolgere gli effetti di un'antecedente decisione di un ricorso straor-

Non sembra infatti particolarmente persuasivo, allo scopo di sostenere il contrario, obiettare che anche nel caso dell'art. 114, comma 6, c.p.a. gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza (e quindi, in tesi, anche una sentenza), quando siano sostitutivi di un provvedimento amministrativo e tengano luogo degli effetti propri dello stesso, sono impugnabili "ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario" dai soggetti terzi, che siano estranei al giudicato a cui si intende dare esecuzione.

Questa singolare forma di impugnazione di una sentenza con l'azione amministrativa di annullamento – anche a voler prescindere dalla eccezionalità dell'istituto – non sembra, infatti, poter essere accostata al caso della decisione sul ricorso straordinario.

La fattispecie a cui si riferisce l'art. 114 c.p.a. attiene, infatti, a un caso in cui la sentenza del giudice amministrativo si sostituisce, appunto, al provvedimento amministrativo (così come si sostituirebbe l'equivalente atto del commissario *ad acta*, ove questo fosse stato nominato – come per il più avviene – e ove il giudice non intendesse agire in diretta sostituzione).

Il valore sostanziale della sentenza pronunciata dal giudice dell'ottemperanza, a cui si riferisce l'art. 114, co. 6, è dunque quello di un atto dell'amministrazione, sicché esso è esattamente il contrario di quello che si vorrebbe attribuire alla decisione del ricorso straordinario.

È questo rilievo, peraltro, quel che verosimilmente giustifica la singolare eventualità per cui i terzi possono contestare la pronuncia del giudice dell'ottemperanza con le forme e sollevando i vizi riferibili ad un provvedimento amministrativo, non avendo il legislatore ritenuto giustificato il fatto che detti terzi debbano subire conseguenze sulle tipologie di tutela a loro spettanti solo perché ciò che è equivalente negli effetti a un atto dell'amministrazione sia stato prodotto in virtù di una diretta pronuncia del giudice. Il tutto, per di più, in seno a un giudizio a cui essi sono rimasti tendenzialmente estranei (salva l'ipotesi a cui farà a breve riferimento), sì da non esplicitare alcuna azione incidente sulle modalità con cui si è giunti alla formazione dell'atto.

Del resto, il legislatore non avrebbe potuto raggiungere in modo altrettanto ampio l'intento di dare una piena tutela ai terzi, rispetto al

dinario, pervenuta alla conclusione affermativa, ha opinato che solo in seguito alle riforme del 2009 e del 2010 detta decisione ha assunto valore giurisdizionale e quindi anche l'intangibilità propria di un giudicato rispetto alle leggi sopravvenute. La tesi, implicitamente, porta a confutare che le medesime riforme abbiano attuato una revisione, in virtù della VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, di un giudice speciale già preesistente.

giudicato a cui viene data ottemperanza, limitandosi a riconoscere a costoro la possibilità di esperire, contro la sentenza pronunciata che fosse sostitutiva del provvedimento amministrativo, il rimedio previsto dagli artt. 108 e 109 c.p.a.

Tale ultima impugnazione, infatti, fornirebbe una tutela più ristretta sì da porsi in contrasto con l'art. 113 Cost, primo comma⁴⁹, perché circoscritta all'erroneità della sentenza e quindi limitata al *thema decidendum* introdotto dal ricorrente in ottemperanza, mentre la medesima sentenza, proprio per il fatto di tener luogo del provvedimento amministrativo e quindi in ragione della sua attitudine a produrre effetti diretti anche verso eventuali soggetti terzi (qualora anche il provvedimento amministrativo sostituito avesse una tale attitudine), potrebbe esporsi a profili di illegittimità in senso tecnico e descritti secondo i canoni della conformità degli atti amministrativi alla legge.

Tutti questi profili di illegittimità, tuttavia, potrebbero non essere emersi o potrebbero non essere stati considerati nel processo introdotto sulla base dell'art. 112 c.p.a., in cui il giudice, a rigore, è chiamato solo a dare esecuzione al giudicato e a rispondere sulla domanda del ricorrente. Ugualmente, tuttavia, si tratta di profili contro i quali i terzi destinatari avrebbero diritto di insorgere contro l'atto dell'amministrazione, se questo fosse emanato, ma che, nel caso concreto, è stato *sostituito* dall'intervento del giudice.

A rendere maggiormente evidente la funzione dell'impugnazione delle sentenze del giudice dell'ottemperanza, quale risulta dal combinato disposto degli artt. 114 e 29 c.p.a., si pone, del resto, anche il fatto che detta azione non sembra poter essere equiparata a una sostanziale opposizione di terzo.

Questa circostanza, invero, conferma che il rimedio qui in considerazione, da un lato, è legato al carattere sostanzialmente amministrativo, verso i terzi, della sentenza pronunciata *ex art.* 114 e sostitutiva dell'atto dell'Amministrazione.

Per altro verso, la medesima circostanza non sembra utile al fine, qui valutato, di dare dimostrazione dell'esistenza di un'altra ipotesi (oltre a quella dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario intesa come equiparata a una sentenza) in cui un atto giurisdizionale è sogget-

⁴⁹ Poiché la sentenza, nell'ipotesi ora presa in esame, tiene luogo degli effetti di un provvedimento amministrativo, a esso sostituendosi, la misura della tutela da riconoscersi ai terzi va parametrata con quella riconosciuta contro gli stessi provvedimenti dell'amministrazione.

to al regime delle impugnazioni amministrative. Se, infatti, si riuscisse a dimostrare che l'azione di annullamento contro la pronuncia resa *ex art.* 114 c.p.a. sia una opposizione di terzo *travestita*, verrebbe meno l'eccezionalità dell'istituto e si potrebbe, in seguito, cercare di estendere tale conclusione anche all'impugnazione, con la medesima azione di annullamento, della decisione del ricorso straordinario.

Tuttavia, una tale equiparazione tra l'azione di annullamento proposta dai terzi sulla pronuncia resa sulla base dell'art. 114 c.p.a. e il gravame disciplinato dagli artt. 108 e 109 c.p.a. non sembra persuasiva.

A una tale equiparazione si oppone il fatto che, se di opposizione di terzo sostanziale si dovesse davvero trattare, la competenza a decidere dovrebbe spettare allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza contestata e quindi al giudice che ha sindacato sull'azione di ottemperanza⁵⁰, ⁵¹.

⁵⁰ Il punto è già stato posto in rilievo, con riguardo però all'azione di ottemperanza sulla stessa decisione del ricorso straordinario, per cui è competente il Consiglio di Stato da A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giurisdizionale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 95 s.

⁵¹ La stessa obiezione andrebbe riflessa anche a chi, eventualmente, sostenesse che la stessa impugnazione del ricorso straordinario, svolta dai terzi controinteressati davanti al giudice amministrativo di primo grado, possa essere una sostanziale opposizione di terzo. Una tale equiparazione, del resto, non sarebbe sostenibile nel caso in cui l'impugnazione della decisione del ricorso straordinario fosse sostenuta, davanti allo stesso giudice, da una delle parti del procedimento, sia pure limitatamente ai vizi di forma e di procedura. Dall'impossibilità di equiparare l'impugnazione davanti al giudice amministrativo della decisione del ricorso straordinario all'opposizione di terzo sembra così doversi fare derivare che la medesima impugnazione non si sovrappone al secondo gravame e che, mutando il contenuto della domanda, entrambi i rimedi dovrebbero essere riconosciuti ai controinteressati pretermessi, una volta che si predichi il carattere giurisdizionale della pronuncia. Risulta, sulla questione un unico precedente, ostativo dell'ammissibilità dell'opposizione di terzo contro una decisione del ricorso gerarchico, ma è precedente all'innescarsi del processo di giurisdizionalizzazione e si fonda dunque sul carattere amministrativo della decisione. Così C.G.A.R.S., Ss. Rr., 14 marzo 2006, in procedimento 122/2003: "L'odierno ricorso, in disparte ogni considerazione circa la posizione concreta degli istanti ed il relativo interesse ad agire, è, in effetti, destinato a pronunzia di inammissibilità. Trattasi, nella specie, di proposizione di "opposizione di terzo" avverso il decreto presidenziale decisorio (in senso favorevole) di precedente ricorso straordinario proposto dall'attuale controinteressato. Orbene, è noto che l'istituto dell'opposizione di terzo, previsto dall'art. 404 c.p.c., non trova albergo, a differenza della revocazione, nel regime normativo che regola i ricorsi straordinari ed in particolare le possibilità di impugnare i relativi decreti presidenziali decisorii. In verità, come è noto, tale impugnazione straordinaria è stata ammessa anche contro le sentenze definitive del giudice amministrativo solo dopo una pronunzia del Giudice delle leggi (Corte cost. 17 maggio 1995, n. 177). Il fatto che l'opposizione di terzo, integrati i relativi presupposti, non possa essere annoverato, analogamente, tra gli strumenti di tutela avverso le decisioni in questione, può trovare agevole conforto nella considerazione che le dette decisioni, in senso formale, non co-

Questo in realtà, tuttavia, non sempre avviene, mentre può avvenire, invece, che l'azione di annullamento vada proposta davanti a un giudice diverso da quello che ha deciso sul giudizio di ottemperanza.

Ad esempio, detta eventualità ricorre quando il medesimo giudizio (da cui ha origine la sentenza impugnata) sia stato celebrato davanti al Consiglio di Stato – vuoi perché si è trattato di dare esecuzione a una sentenza del giudice amministrativo d'appello dal contenuto di formale o sostanziale riforma, vuoi perché lo stesso giudizio di ottemperanza è pervenuto al secondo grado di giudizio in conseguenza dell'appello sulla sentenza che definito il giudizio di ottemperanza in prime cure – e può avvenire anche quando si tratti di dare esecuzione a una sentenza pronunciata da un giudice diverso da quello amministrativo, per il caso in cui il giudice amministrativo nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è stata chiesta l'ottemperanza (113, comma II, c.p.a.) sia diverso dal giudice amministrativo competente a decidere, in ragione degli artt. 13 e 14 c.p.a., sull'impugnazione del provvedimento

stituiscono un giudicato e conservano una natura amministrativa. Il parallelismo, anche procedurale, tra gravame giurisdizionale e gravame amministrativo straordinario non sembra dunque poter operare al punto di modificare il regime impugnatorio della decisione del ricorso straordinario per come delineato dalle norme specifiche di settore (che, come si ricordava, hanno invece espressamente previsto il ricorso per revocazione). Non a caso si è ritenuto che il provvedimento decisorio, stante la natura (almeno formalmente) amministrativa, non è ricorribile per cassazione (Cass., SS.UU., 11 novembre 1988, n. 6075; in tema cfr. anche C.G.A. 7 novembre 2002, n. 604, con cui si osserva, in relazione all'esperibilità del ricorso per ottemperanza, che il riconoscimento a limitati fini della natura "giurisdizionale" del parere emesso dal Consiglio di Stato o, come nella specie, dal C.G.A., non vale di per sé a mutare la natura di atto formalmente e sostanzialmente amministrativo propria del decreto decisorio). Resta, indubbiamente, il non indifferente problema di garantire comunque mezzi di tutela a chi non avrebbe altri mezzi per agire, pena il serio rischio di ledere i principi costituzionali di integrità della tutela di diritti ed interessi legittimi, che può, però, essere risolto mediante l'impugnabilità del decreto decisorio del ricorso straordinario in sede giurisdizionale amministrativa (se non anche mediante un nuovo ricorso straordinario, a scelta del ricorrente) da parte di chi assuma di averne subito pregiudizio alla propria sfera giuridica. E tale strada, per motivi procedurali ma anche di merito, risulta essere stata percorsa dagli odierni istanti. In tal senso, sembrerebbe militare anche la considerazione che *res inter alios acta tertio neque iuvat neque nocet*: sicché il decreto che decide, ma solo *inter alios*, un ricorso straordinario ben può essere considerato, per quanto riguarda gli effetti verso i soggetti terzi, un vero e proprio atto amministrativo, ordinariamente impugnabile (con la sola peculiarità che, non trattandosi di un atto discrezionale per la sua natura giustiziale, la relativa impugnativa sarebbe possibile solo per violazione di legge, sostanziale o procedurale, e non invece per eccesso di potere)".

amministrativo sostituito dalla sentenza resa nel giudizio amministrativo di esecuzione.

Al fine di distinguere ulteriormente il rimedio dall'opposizione di terzo, è poi il considerare che l'azione prevista degli artt. 114 e 29 c.p.a. è verosimilmente proponibile anche da chi abbia partecipato allo stesso processo di ottemperanza, perché l'estraneità rilevante, a tal fine, è quella rispetto al giudicato a cui si intende dare esecuzione e non quella rispetto al processo di ottemperanza stesso⁵².

Sicché ben si può ipotizzare l'esistenza di soggetti che, pur restando estranei al giudizio da cui ha tratto origine il processo di esecuzione amministrativa, abbiano poi partecipato al successivo rito introdotto ai sensi degli artt. 112 e s. c.p.a. ad esempio in ragione di un intervento volontario o *iussu iudicis*⁵³.

Costoro, certamente, non potrebbero gravare la sentenza ivi resa con il rimedio dell'opposizione di terzo perché, pur essendo rimasti estranei al giudizio che ha formato la sentenza da ottemperare, non lo sarebbero rispetto al processo di esecuzione che ha originato la sentenza che si vorrebbe contestare.

Tuttavia, essendo estranei al giudizio da cui è sortito il titolo che ha dato impulso al processo esecutivo amministrativo, stando alla lettera della legge costoro potrebbero contestare la pronuncia giudiziale ivi assunta con l'azione prevista dall'art. 29 c.p.a.

6. *Inconciliabilità dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario a mezzo dell'azione prevista dall'art. 29 c.p.a. con la sua pretesa natura giurisdizionale*

Per tutte queste considerazioni, il rimedio dell'opposizione di terzo, contro le sentenze del giudice dell'ottemperanza, non può essere assimilato all'impugnazione della sentenza con l'azione amministrativa di annullamento prevista dall'art. 114 c.p.a.

⁵² Art. 114, comma 6, c.p.a.: "Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai *terzi estranei al giudicato* ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario".

⁵³ Questo, nonostante l'art. 114, primo comma, c.p.a. statuisca che "l'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta".

Conseguentemente, si deve concludere che il secondo tipo di gravame non elide di per sé la possibilità di far luogo al primo, lo stesso dovendosi ritenere anzi, probabilmente, necessitato quando il terzo non intenda contestare la sentenza sotto il profilo della sua legittimità (in quanto equiparata a un provvedimento), ma la sua erroneità nel definire la lite⁵⁴.

Ne deriva, pertanto, che anche in forza di tale mancata equiparazione non è sostenibile ricavare, dall'ipotesi prevista per il ricorso di ottemperanza, un esempio in cui una pronuncia del giudice sarebbe impugnabile con l'azione amministrativa di annullamento e tale da potersi affiancare, giustificandolo, al caso in cui i controinteressati pretermessi impugnino con la medesima azione la decisione del ricorso straordinario di cui pure sia predicata la giurisdizionalizzazione.

In realtà, l'impugnazione prevista dall'art. 114 c.p.a. costituisce un

⁵⁴ Analoghe conclusioni sembrano potersi riflettere anche sulla decisione del ricorso straordinario, giacché, una volta ammessa l'impugnazione della stessa per revocazione e con ricorso per cassazione, non si vede per quale motivo non debba essere ammessa anche l'impugnazione *ex art.* 404 c.p.c. e 108 c.p.a. Sul punto non risultano precedenti, se si eccettua la pronuncia C.G.A.R.S. 14 marzo 2006, n. 122/03 che esclude, tuttavia, il rimedio: "È noto che l'istituto dell'opposizione di terzo, previsto dall'art. 404 c.p.c., non trova albergo, a differenza della revocazione, nel regime normativo che regola i ricorsi straordinari ed in particolare le possibilità di impugnare i relativi decreti presidenziali decisorii. In verità, come è noto, tale impugnazione straordinaria è stata ammessa anche contro le sentenze definitive del giudice amministrativo solo dopo una pronuncia del Giudice delle leggi (Corte cost. 17 maggio 1995, n. 177). Il fatto che l'opposizione di terzo, integrati i relativi presupposti, non possa essere annoverato, analogamente, tra gli strumenti di tutela avverso le decisioni in questione, può trovare agevole conforto nella considerazione che le dette decisioni, in senso formale, non costituiscono un giudicato e conservano una natura amministrativa. Il parallelismo, anche procedurale, tra gravame giurisdizionale e gravame amministrativo straordinario non sembra dunque poter operare al punto di modificare il regime impugnatorio della decisione del ricorso straordinario per come delineato dalle norme specifiche di settore (che, come si ricordava, hanno invece espressamente previsto il ricorso per revocazione). Non a caso si è ritenuto che il provvedimento decisorio, stante la natura (almeno formalmente) amministrativa, non è ricorribile per cassazione (Cass., SS.UU., 11 novembre 1988, n. 6075; in tema cfr. anche C.G.A. 7 novembre 2002, n. 604, con cui si osserva, in relazione all'esperibilità del ricorso per ottemperanza, che il riconoscimento a limitati fini della natura "giurisdizionale" del parere emesso dal Consiglio di Stato o, come nella specie, dal C.G.A., non vale di per sé a mutare la natura di atto formalmente e sostanzialmente amministrativo propria del decreto decisorio). Resta, indubbiamente, il non indifferente problema di garantire comunque mezzi di tutela a chi non avrebbe altri mezzi per agire, pena il serio rischio di ledere i principi costituzionali di integrità della tutela di diritti ed interessi legittimi, che può, però, essere risolto mediante l'impugnabilità del decreto decisorio del ricorso straordinario in sede giurisdizionale amministrativa (se non anche mediante un nuovo ricorso straordinario, a scelta del ricorrente) da parte di chi assuma di averne subito pregiudizio alla propria sfera giuridica".

unicum, dettato sulla base di peculiarissime ragioni, che si contrappongono a quelle che giustificano un paragone con la tesi della natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

Allo stesso modo e per completezza di indagine, si ritiene che non sarebbe possibile ripetere che la decisione del ricorso straordinario possa valere, essa stessa e verso i terzi, come se fosse l'equivalente di un provvedimento amministrativo, sì da giustificarne per tal via l'impugnazione davanti al tribunale amministrativo per gli identici motivi che giustificano l'impugnazione della sentenza resa nel processo di ottemperanza.

In primo luogo, infatti, la decisione, per poter essere impugnata dai terzi rimasti estranei al procedimento, non potrebbe che avere contenuto di annullamento (perché resa in accoglimento del ricorso straordinario e quindi lesiva dei controinteressati pretermessi), cosicché essa produrrebbe i medesimi effetti di una ordinaria sentenza di annullamento resa nell'ordinario giudizio amministrativo.

I controinteressati pretermessi, tuttavia, non godono contro una sentenza di annullamento resa dal T.A.R. o dal Consiglio di Stato del potere di promuovere contro di essa l'azione prevista dall'art. 29 c.p.a., potendo, invece, esperire, appunto, l'opposizione di terzo (o, eventualmente, l'appello per chi reputi che l'art. 102, primo comma c.p.a., limitando il gravame in secondo grado solo a chi è stato parte nel giudizio di prime cure, non precluda detta impugnazione al terzo pretermesso⁵⁵).

Una volta giurisdizionalizzata la decisione del ricorso straordinario, non si comprenderebbe, dunque, perché mai ai medesimi controinteressati dovrebbero spettare rimedi diversi da quelli esperibili contro una sentenza vera e propria del giudice amministrativo. Men che meno, l'impossibilità per i terzi controinteressati di proporre appello contro la decisione sul ricorso straordinario (che è contrastata dal fatto che la decisione è già assunta dal Consiglio di Stato) potrebbe definirsi *compensata* da un'impugnazione spiegata per il tramite dell'azione di annullamento davanti a un giudice di grado inferiore.

Soprattutto, però, la tesi della sostanziale natura amministrativa della decisione del ricorso straordinario verso i terzi non può essere sostenuta ove si consideri che l'azione di annullamento contro la stessa è esperibile, sia pure limitatamente ai vizi di forma e di procedura, anche da chi sia stato parte del medesimo procedimento. Ricorrendo tale eventualità, non

⁵⁵ In giurisprudenza tende tuttavia ad affermarsi la linea interpretativa aderente al tenore letterale dell'art. 102 c.p.a.. Così Cons. di Stato, 22 novembre 2021, n. 7786.

vi è nessun *terzo* che intenda lamentarsi della decisione⁵⁶ e verso il quale far valere la diversa qualificazione, in termini di sostanziale provvedimento amministrativo, della decisione.

Non potendosi, per quel che qui si è esposto, prospettare una coerente giustificazione dell'impugnabilità davanti al giudice amministrativo di primo grado della decisione del ricorso straordinario (sia nel caso in cui essa sia sostenuta dai controinteressati pretermessi sia nel caso in cui essa sia introdotta da chi abbia partecipato al relativo procedimento) una volta che se ne sia consolidato il carattere giurisdizionale, non resta, quindi, che concludere che la stessa si pone, dunque, in radicale contrasto con l'ipotesi della giurisdizionalizzazione del rimedio, del quale deve essere confermato il carattere amministrativo e meramente giustiziale.

7. *Inammissibilità del gravame per cassazione avverso la decisione del ricorso straordinario*

Per quanto appena evidenziato, pare che, nonostante le indubbie spinte verso un tale inquadramento, la tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sia piuttosto incerta e questo dovrebbe indurre a sposare con una certa cautela almeno alcune delle conseguenze che si vorrebbero farne derivare: in primo luogo, quelle relative alla legittimità costituzionale dell' art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, in relazione all'art. 1, l.c. 9 febbraio 1948, n. 1, là dove esso ammette che in questa sede possa sollevarsi questione di legittimità⁵⁷.

Non meno facile da giustificarsi è, soprattutto, l'impugnabilità della

⁵⁶ V. anche A. CARBONE, *Il ricorso straordinario*, cit., 96, dove emergono rilievi simili: "Più complesso il caso relativo all'impugnazione, per vizi formali e procedurali, da parte di chi aveva partecipato al giudizio in sede straordinaria. Qui infatti – mancando gli elementi per configurare, come nell'ipotesi precedente, uno specifico mezzo di impugnazione – si dovrebbe ammettere la possibilità di esperire, da un lato, il ricorso per cassazione ex art. 362 c.p.c. sul presupposto della giurisdizionalità sostanziale della decisione e, dall'altro, l'impugnazione davanti al giudice amministrativo sulla base della natura formalmente amministrativa della stessa; rimedi che, proprio in ragione del diverso fondamento da cui muovono, andrebbero considerati tra loro autonomi e, se del caso, congiuntamente esperibili".

⁵⁷ La conclusione è qui tratteggiata, pur essendo consapevoli della tendenza enunciata dalla Corte costituzionale e richiamata nelle note che precedono, della Corte a largheggiare nella definizione di chi sia giudice *a quo*, dimostrata dalla equiparazione delle commissioni tributarie a un'autorità giurisdizionale, quale dalla stessa Corte a suo tempo era stata, appunto, già sostenuta.

decisione per cassazione⁵⁸, quanto ai profili di giurisdizione, perché essa implica l'accettazione dell'assunto secondo il quale il ricorso straordinario sarebbe effettivamente un processo, salvo ipotizzare che il giudice di vertice non intervenga, in queste ipotesi, quasi a rieditare il rimedio previsto dall'art. 3, l. 31 marzo 1877, n. 3761⁵⁹, sui conflitti di attribuzione.

Al di là delle motivazioni formali, non si può escludere, come da altri è già stato notato, che l'estensione del ricorso per cassazione sulle decisioni del ricorso straordinario sia stato, nella sostanza, introdotto, per impedire che – ove il Consiglio di Stato ritenesse erroneamente sussistente la propria competenza, pronunciandosi nel merito oppure, altrettanto erroneamente, la dichiarasse insussistente – verrebbe a rimanere privo di sanzione il principio di equivalenza stabilito dall'art. 7, comma 8, c.p.a.⁶⁰.

Tuttavia – in disparte il considerare che il problema si pone almeno sin dalla legge 7 marzo 1907, n. 62 (quando cioè il ricorso straordinario ha acquisito carattere giustiziale), essendo anzi in origine aggravato (se si considerano le risalenti tesi, precedenti all'entrata in vigore dell'art. 7, c.p.a., che permettevano l'esperibilità del rimedio anche oltre il perimetro della giurisdizione amministrativa e potenzialmente anche in quello della giurisdizione ordinaria) – il timore che si creino *sacche* in cui la decisione delle controversie sia del tutto sottratta al sindacato della Cassazione (sia pure limitato a quanto indicato dall'art. 111 Cost.) è forse eccessivo.

Anche senza volere aderire alla tesi, forse troppo fragile⁶¹, secondo la quale la decisione del ricorso straordinario che intervenisse su questioni non spettanti a tale rimedio potrebbe andare incontro a disapplicazione,

⁵⁸ E, parallelamente, anche della proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, ammesso da Corte cass., Ss.Uu., 18 gennaio 2019, 1413. Sul tema, L. MARINO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 91 s.

⁵⁹ Trattasi, notoriamente, della legge sui conflitti di attribuzione, per la quale “Appartiene esclusivamente alle sezioni di Cassazione istituite in Roma: (...) 2. Regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando l'una o l'altra siansi dichiarate incompetenti”. Ma è, all'evidenza, una norma non applicabile, essendo limitata al caso di conflitto negativo. Peraltro, F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., *ibidem*, sembra ammettere la possibilità del ricorso per cassazione contro la decisione del ricorso straordinario quando pure si riconoscesse alla stessa carattere amministrativo.

⁶⁰ S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, in *federalismi.it*, 2017, 44.

⁶¹ Sarebbe difficile prospettare, infatti, un giudizio in cui tale disapplicazione potrebbe essere invocata, senza doversi negare la sua esperibilità, per le conseguenze del riparto di giurisdizione, a favore di chi, essendo leso dalla decisione in modo diretto personale e attuale, potrebbe astrattamente impugnarla davanti al giudice amministrativo (sia pure entro i noti limiti a cui si è fatto richiamo nel testo).

come ogni altro provvedimento amministrativo⁶², il problema forse può essere risolto con altra e meno problematica prospettiva, senza che si debba necessariamente giustificare il gravame indicato dall'art. 360, n. 1 c.p.c.

In effetti, una volta esclusa la natura giurisdizionale del ricorso, è possibile sostenere che il limite della giurisdizione amministrativa di legittimità (quando viene riferito *ex art. 7, u.c. c.p.a.* anche alla possibilità di introdurre il ricorso straordinario) si traduce non già in un limite di giurisdizione sulla proponibilità del ricorso straordinario stesso (proprio perché non si è davanti a un giudice), ma in un limite delle *attribuzioni* spettanti all'autorità amministrativa competente a definire il ricorso. Con la conseguenza che un'eventuale decisione di un ricorso straordinario pronunciata *ultra moenia* della giurisdizione amministrativa dovrebbe ritenersi nulla (art. 21 *septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241) – *rectius*, inesistente⁶³ – e improduttiva di effetti.

Se si accedesse a questa impostazione, pertanto, la medesima decisione potrebbe essere tenuta radicalmente in non cale davanti a qualsiasi altra autorità giurisdizionale essa fosse invocata e le pronunce assunte in questi nuovi giudizi – e non la decisione del ricorso straordinario in sé – sarebbero esse stesse censurabili in cassazione per le ragioni concernenti la giurisdizione.

8. *Esame dell'ipotesi secondo cui il ricorso straordinario costituirebbe un rito speciale alternativo e omisso medio interno all'unitario processo amministrativo*

Si consentirà, a questo punto, di non interrompere la ricerca ai risultati sinora raggiunti, che, come si confida di avere dimostrato, mettono in dubbio il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario.

In nome di una sorta di *effettività* del sistema, s'intende invece proce-

⁶² F.G. COCA, *Riflessioni*, cit., 1480.

⁶³ Si muove qui dal presupposto che l'azione di nullità disciplinata dall'art. 31 c.p.a., sia riservata alle ipotesi di nullità-sanzione o di nullità testuale, restando le ipotesi più propriamente qualificabili di inesistenza, a cui fa riferimento l'art. 21 *septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, assoggettate alla giurisdizione ordinaria, riguardando diritti soggettivi e non potendosi affrontare davanti al giudice amministrativo, a pena di dover riconoscere l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 31 per eccesso di delega, non essendo consentito al legislatore delegato che ha approvato il codice modificare il riparto di giurisdizione (Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162).

dere oltre i dubbi di sistema e, in un certo senso, si ritiene utile procedere dandoli postulativamente per superati, sì da verificare in che cosa questa giurisdizionalizzazione così incerta si traduca poi sul piano sistematico, una volta pure che essa sia stata ipoteticamente ammessa.

Quest'ulteriore indagine, a parere di chi scrive, consentirà infatti di sostenere che la tesi della giurisdizionalizzazione non solo non risolve ogni problema che attiene, connaturatamente, all'istituto del ricorso straordinario, ma che anzi ne accentua i profili critici.

Secondo quanto rilevato, costituisce, infatti, passaggio obbligato della tesi della giurisdizionalizzazione ammettere che la lite venga pur sempre decisa dal giudice amministrativo.

Sarebbe, pur sempre, il Consiglio di Stato a dirimere la controversia, sia pure con altra veste⁶⁴.

Se questa è la premessa, ne costituisce ulteriore conseguenza – ugualmente necessitata e dalla quale non sembra possibile prescindere a pena di dover riconoscere l'istituzione di un nuovo giudice speciale – quella di sostenere che il ricorso straordinario costituirebbe un *rito speciale e alternativo* rispetto al classico rito ordinario amministrativo, al quale si accedrebbe per volontà dichiarata o implicita di tutte le parti del rapporto processuale che lo abbiano introdotto e che non abbiano esercitato l'opposizione prevista dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

È bene, però, precisare che cosa si intenda qui per *alternatività*.

Il concetto, in questa sede, non è utilizzato (come è, invece, tradizione quando si discute di ricorso straordinario) per indicare che il rimedio si contrapporrebbe, sostituendosi, allo svolgimento del giudizio vero e proprio.

Si prospetta, invece, una diversa accezione di *alternatività*, che viene a stabilirsi in contrapposizione non già al processo amministrativo com-

⁶⁴ Si avrebbe così una sorta di riallineamento con il sistema francese che tramutò l'equivalente del nostro ricorso straordinario nel ricorso giurisdizionale propriamente detto. La questione è descritta compiutamente da LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem*: “Le vie seguite dai due Paesi – la Francia e l'Italia (dal momento in cui anche formalmente questa esiste come Stato, cioè dal 1861) – divergono invece nettamente nell'evoluzione che caratterizza gli ultimi decenni del secolo XIX: perché in Francia, dopo il 1872, l'organo che prima si pronunciava in sede consultiva, il Consiglio di Stato, si trasforma in organo decidente, con la conseguente sottrazione della relativa funzione al Capo dello Stato (e per esso, in un regime parlamentare, al Governo); in Italia, invece, la precedente disciplina non viene modificata, ma per così dire doppiata, ad essa venendosene ad aggiungere una nuova, che comporta l'attribuzione al Consiglio di Stato di poteri decisori e che ben presto vedrà dottrina e giurisprudenza confluire nel riconoscere tale organo quale giudice speciale”.

piessivamente inteso, ma (secondo un modo di intendere più limitato) in contrapposizione al rito ordinario del processo amministrativo, quale è composto dalle tradizionali due fasi di giudizio: la prima davanti ai tribunali amministrativi e la seconda davanti al Consiglio di Stato.

In altri termini, il ricorso straordinario non sarebbe un rimedio diverso dal ricorso giurisdizionale propriamente detto.

Esso, invece, dovrebbe ritenersi pienamente integrato nel giudizio amministrativo e, attraverso la definizione di un rito speciale, indicherebbe un diverso metodo con cui il ricorso giurisdizionale potrebbe svolgersi, ma pur sempre nell'impianto generale dei rimedi attualmente previsti dal codice del 2010 e all'interno di un unitario processo amministrativo, di cui il ricorso straordinario costituirebbe un particolare modo di esplicarsi.

In passato, questa conclusione è già stata messa in evidenza da alcuni, sia in sede giurisprudenziale, sia in letteratura.

Si è ipotizzato, in specie, che il ricorso straordinario possa, in un certo senso, essere assimilato a un'impugnazione dell'atto amministrativo presentata *per saltum*⁶⁵ o *omisso medio*, non dissimilmente da quel che avviene, nel rito civile, con la fattispecie disciplinata dall'art. 360, comma 2, c.p.c.

Il giudizio amministrativo verrebbe così a essere definito in un primo e unico grado (senza che ciò costituisca lesione del doppio grado di giudizio, stante la sussistenza della concorde volontà di tutte le parti)⁶⁶,

⁶⁵ A quanto risulta, la questione è stata prospettata, in dottrina, per primo da LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem* e, quindi, da G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, in *giustamm.it*, 2010: "Il decreto del Capo dello Stato si limita difatti ad esternare il *decisum* del Consiglio di Stato. Sicché in pratica è un ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, ed invero a leggere l'istituto con un'ottica sostanzialistica, si ha di fatto una rinuncia al doppio grado che è rappresentato dall'accordo implicito a formazione progressiva delle parti: il ricorrente perché ha proposto ricorso straordinario, l'amministrazione e gli eventuali controinteressati perché non hanno avanzato richiesta di trasposizione al TAR". In giurisprudenza, invece, la tesi è richiamata da Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9.

⁶⁶ Sul punto si veda A. CARBONE, *Il ricorso straordinario*, cit., 71 (in nota). La stessa Corte costituzionale, come è noto, ha desunto dall'art. 125 Cost. la tesi secondo la quale il principio del doppio grado di giurisdizione, nel processo amministrativo, starebbe a indicare che, là dove è chiamato a pronunciare il Tribunale che abbia sede nel territorio di una regione non possa non essere dato appello al Consiglio di Stato, escludendo, invece, che il principio del doppio grado si estenda sino a impedire che sia il Consiglio di Stato a fungere da giudice di primo e unico grado. Così Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395 e Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8. Che poi il Consiglio di Stato possa concretamente es-

trascurando la fase prevista, nel processo ordinario, davanti ai tribunali territoriali.

A ben considerare, però, anche questa impostazione, che pure è qui accettata con la riserva sopra esplicitata circa l'effettiva giurisdizionalizzazione, si espone a dei limiti di sistema.

Il valore del paragone con la figura che risulta dall'art. 360, comma 2, c.p.c., in primo luogo, è, forse, solo evocativo.

A distinguere le due fattispecie normative è, in primo luogo, il fatto che nel processo civile l'impugnazione *omisso medio* ha ad oggetto una sentenza di primo grado.

Nel ricorso straordinario, se inteso come rito alternativo dell'ordinario processo amministrativo, l'impugnazione avrebbe ad oggetto, invece, un provvedimento amministrativo e tanto è sufficiente a porre le due cose su due piani completamente distinti.

Nell'ipotesi del rito *alternativo* qui in esame e a differenza di quel

sere giudice di unico grado è cosa che emerge anche dalla disciplina del rito, ad esempio quando esso sia competente a decidere sul giudizio di ottemperanza (art. 113 c.p.a.) e nei casi in cui sono proponibili motivi aggiunti direttamente in appello (104 c.p.a.). Sul tema si è pronunciata anche la Plenaria in quattro successive pronunce del 2018 (Cons. di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11; Cons. di Stato, Ad. Pl. 5 settembre 2018, n. 14; Cons. di Stato, Ad. Pl., 28 settembre 2018, n. 15, circa le quali si consideri la nota critica di A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 616 s. Un'interpretazione così restrittiva del principio del doppio grado, peraltro, è stata recentemente messa in discussione da M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 382, almeno quando l'omessa pronuncia del giudice di primo dipenda da un errore di questo stesso: "Il principio del doppio grado, se la domanda viene decisa direttamente in appello, è violato perché uno dei giudici davanti ai quali la domanda è stata proposta ha operato come se questa non lo fosse stata, e non già perché non l'ha decisa nel merito. A fronte dell'omessa pronuncia in primo grado, non è esatto dire che il rinvio della causa al primo giudice sarebbe una deroga al principio del doppio grado e al connesso effetto devolutivo e rinnovatorio dell'appello. È vero proprio il contrario: la deroga, o meglio la violazione, vi sarebbe se il giudice di appello potesse decidere direttamente la causa, visto che il silenzio del giudice di prime cure impedisce al giudice d'appello di svolgere il riesame. Per convincersi della bontà della soluzione del rinvio in presenza di omessa pronuncia da parte del primo giudice, è utile paragonare questa ipotesi a quella, obiettivamente prossima, dell'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte del giudice di primo grado, in presenza della quale è pacifico che il giudice d'appello, rilevata la nullità della sentenza, decide direttamente sulla domanda. Ciò che indubbiamente accomuna questa ipotesi all'omessa pronuncia, e che potrebbe far propendere per un identico regime dell'appello, è che in entrambi i casi il ricorrente, il quale abbia agito nel pieno rispetto delle regole del processo nell'introduzione della domanda, si trova privato di un grado di giudizio per effetto di un errore non proprio ma del giudice".

che vale per l'ipotesi prevista dall'art. 360, comma 2, c.p.c., non sarebbe in gioco, inoltre, la rinuncia delle parti a un secondo grado di giudizio e all'introduzione di un processo davanti a un giudice privo del potere di spingersi sino all'esame del fatto⁶⁷ (sì da concentrare il sindacato sulla questione di diritto e da dare per acquisito l'accertamento sui fatti processuali compiuto da un giudice di prime cure).

Nel ricorso straordinario, inteso come rito *alternativo*, la lite dovrebbe essere ancora totalmente sindacata, quando giungesse in unico grado allo scrutinio del Consiglio di Stato e avrebbe per oggetto direttamente l'atto amministrativo, il sindacato sul quale comporterebbe, necessariamente, la piena signoria, per il giudice, sulla cognizione del fatto.

Ma anche muovendo dalla consapevolezza che i due istituti – quello del processo civile e quello ipotetico del processo amministrativo – non potrebbero essere raffrontati a pieno titolo, la costruzione del ricorso straordinario alla stregua di una *impugnazione diretta* dei provvedimenti amministrativi davanti al Consiglio di Stato farebbe a questo punto emergere anche altre incongruenze che rendono problematico accettare questa ricostruzione.

In primo luogo, non si comprende perché mai tale possibilità di esperire il rito *alternativo* dovrebbe essere limitata solo ad alcune tipologie di atti dell'autorità amministrativa.

Se – per quanto riguarda le controversie in materia elettorale e in materia di procedure ad evidenza pubblica⁶⁸, che sono appunto positivamente escluse dalla ricorribilità con ricorso straordinario – la soluzione potrebbe essere giustificata dalle esigenze di celerità che sono connaturate a questo tipo di contenzioso (e che mal si conciliano con una certa inerzialità del procedimento per ricorso straordinario nelle sue fasi introduttive), non si comprenderebbe perché mai, in particolare, le parti non potrebbero concordemente decidere di riflettere la questione in via

⁶⁷ Del resto, il Consiglio di Stato, anche quando agisce, ordinariamente, come giudice dell'appello, conserva la signoria sul sindacato dei fatti di causa, diversamente da quale che vale per la Corte di cassazione. Questo rilievo, per il vero, potrebbe sostenere la coerenza di una costruzione del ricorso straordinario come rimedio *omisso medio*, rispetto all'impianto descritto dall'art. 360, comma 2, c.p.c., giustificando perché in tal caso si possa prescindere da una sentenza che abbia, almeno parzialmente, definito il giudizio.

⁶⁸ Sembra essere stato risolto il dubbio, invece, circa l'esperibilità del ricorso straordinario contro gli atti delle autorità amministrative indipendenti, purché il loro sindacato rientri nella giurisdizione amministrativa di legittimità. Così, almeno, stando a quanto esposto in Cons. di Stato, Ad. gen., 28 maggio 1997, n. 72, come riportata da F. FRENI, *Il nuovo ricorso*, cit., 36 e all'ulteriore giurisprudenza lì richiamata.

diretta al giudice di appello se ad essere impugnato fosse un provvedimento non definitivo dell'amministrazione⁶⁹.

Detta eventualità – vale evidenziarlo – non sarebbe neppure necessariamente posta sempre nell'interesse della sola parte ricorrente, perché potrebbe essere utile alla stessa parte resistente ottenere in modo più sollecito l'inoppugnabilità definitiva dei propri atti.

La preclusione dell'impugnazione *omisso medio* degli atti non definitivi finirebbe, in realtà, per far scontare alla amministrazione l'impossibilità di accedere a un rito concentrato in un solo grado di giudizio, tendenzialmente utile a raggiungere più celermente la stabilità degli effetti prodotti dal provvedimento in contestazione.

E tanto più detto risultato sembra singolare se si considera che siffatta preclusione sarebbe conseguenza della titolarità, in capo alla autorità amministrativa stessa (coincidente, generalmente⁷⁰, con la stessa parte resistente nell'ipotetico, ma concretamente non ammissibile, ricorso straordinario), del potere di decidere un ricorso amministrativo ordinario, attivabile per di più solo su istanza del privato e senza che l'Amministrazione nulla possa fare per sollecitarne la promozione.

In altri termini, la titolarità dei poteri giustiziali interni, che non sono esercitabili se non su istanza della parte che promuova il ricorso amministrativo ordinario, sull'atto contestato sarebbe un limite alla possibilità per l'amministrazione di vedere definita la lite in un unico grado di giudizio.

Configurato il ricorso straordinario come un rito *alternativo e omissio medio*, peraltro, non sarebbe solo questo caso a perdere ogni plausibile giustificazione.

Per quel concerne, in particolare, l'ulteriore preclusione prevista dall'art. 7, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, per le materie di competenza

⁶⁹ La persistenza della regola della definitività del provvedimento, una volta configurato il ricorso straordinario come rito alternativo inserito nel più ampio processo amministrativo, peraltro, sembrerebbe quasi suggerire una sorta di sostanziale equiparazione tra il ricorso davanti al giudice amministrativo (anche per gli atti definitivi) e il ricorso gerarchico necessario a far acquisire definitività all'atto, giacché senza l'esperimento dell'uno o dell'altro non è possibile rivolgersi al Consiglio di Stato, che emergerebbe essere, a questo punto, in definitiva il vero e unico giudice della controversia. Sì che si potrebbe, in un certo senso, arrivare ad affermare che la regola della definitività non sia mai venuta meno e che lo stesso ricorso al giudice amministrativo di primo grado valga a integrare tale *carattere sostanziale* dell'atto.

⁷⁰ Salvi i casi in cui l'atto da impugnarsi sia non definitivo perché soggetto a ricorso gerarchico improprio, la cui decisione spetti a un ente pubblico diverso da quello che ha emanato l'atto in contestazione.

territoriale⁷¹ della sezione autonoma di Bolzano del Tribunale regionale di Giustizia amministrativa, anch'essa dovrebbe essere riconsiderata alla luce della disparità di regime processuale che essa introduce.

Invero, forse non potrebbero ritenersi sufficienti le ragioni di tutela delle minoranze linguistiche a suo tempo addotte per escludere che la disposizione sia libera da mende ove ragguagliata agli artt. 3 e 24 Cost⁷² e per negare la possibilità, per le controversie dirette all'annullamento di un provvedimento amministrativo che ricada nella detta competenza, di essere dedotte direttamente in Consiglio di Stato e *per saltum*⁷³, quando

⁷¹ E, quindi, non competenza funzionale. V., sul punto, Cons. di Stato, VI, 24 aprile 2018, n. 2474; Cons. di Stato, I, 5 ottobre 2022, n. 995.

⁷² T.R.G.A. Bolzano, 27 maggio 1994, n. 127, sulla quale si registra il commento critico di D. FLORENZANO, *La preclusione al ricorso straordinario nelle questioni di competenza della Sezione autonoma di Bolzano del T.R.G.A.: una occasione mancata per sollevare questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 537 s., secondo il quale non sussisterebbe nel quadro normativo costituzionale alcuna ragione per riservare al giudice di Bolzano le controversie sorte in quel territorio. L'orientamento, peraltro, è stato ribadito dalla giurisprudenza. Si consideri, ad esempio, Cons. di Stato, VI, 24 aprile 2018, n. 1474.

⁷³ Non sembra che costituisca un ostacolo all'estensione del rimedio straordinario anche a tale ipotesi il fatto che l'art. 93 dello Statuto della regione Trentino Alto Adige-Südtirol preveda che solo le sezioni del Consiglio di Stato "investite dei giudizi d'appello" sulle pronunce del T.R.G.A. – Bolzano siano integrate da un "consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca ovvero al gruppo di lingua ladina della provincia di Bolzano" (per l'attuazione si veda l'art. 14, d.P.R. 6 aprile 1994, n. 426). In merito si potrebbe ragionare osservando che pur sempre rientrerebbe nella disponibilità concorde di tutte le parti del giudizio esercitare il rimedio *per saltum*, sì che, le medesime parti potrebbero decidere di optare per una composizione del collegio che non tenga conto del *favor* riconosciuto alle minoranze linguistiche. E ciò tanto più perché ai Consiglieri di Stato designati sulla base dell'art. 93 è "affidato non già il compito di rappresentare gli interessi facenti capo ai singoli gruppi linguistici o agli enti esponenziali della comunità locale (e difatti non rileva, correttamente, alcuna dimensione 'quantitativa', proporzionata alla percentuale della popolazione appartenente a un dato gruppo linguistico), bensì quello di garantire, in seno al Consiglio di Stato, una rappresentanza del complessivo sistema autonomistico locale, a sua volta improntato alla tutela delle minoranze nel rispetto dei principali gruppi linguistici insediati nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano, in funzione della garanzia di una convivenza pacifica tra gli stessi gruppi". Inoltre, stante il fatto che, configurato il ricorso straordinario come un giudizio *omisso medio*, nulla impedirebbe di equipararlo a un appello sostanziale, sì da prevedersi che anche le sezioni consultive chiamate a deciderlo debbano essere convenientemente integrate, tanto più che tale eventualità è già contemplata dall'art. 14, comma 4: "L'assegnazione dei predetti consiglieri alle sezioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato è disposta, all'inizio di ogni anno, con il decreto previsto dall'articolo 12, primo comma, del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054". Si consideri anche quanto posto in evidenza da F. TUCCARI, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: incompatibilità di genere o convivenza possibile?*, in *Urb. e app.*, 2009, 1051: "Il Consiglio di Stato chiamato ad esprimere il pa-

pure tutte le parti fossero concordi nella decisione di aderire al rito *alternativo*.

Analogamente – come peraltro alcuni hanno già osservato con riferimento a una ricostruzione generale del ricorso straordinario – non si comprenderebbe perché la possibilità di ricorrere *per saltum* al Consiglio di Stato dovrebbe essere limitata alla sola azione di annullamento⁷⁴.

Il fatto che, in modo particolare, sia categoricamente esclusa l'ammissibilità di domande risarcitorie in seno al ricorso straordinario⁷⁵ (vale a dire le domande che, vertendo sull'accertamento sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto soggettivo al risarcimento del danno, sono maggiormente prossime a una vera e propria giurisdizione esclusiva, benché essa sia fatta rientrare, formalmente, nella giurisdizione di legittimità *ex art.* 30 c.p.a.) induce a ritenere, anzi, che vi siano tuttora alcune reticenze a proclamare una effettiva giurisdizionalizzazione del rimedio.

Se, pertanto, la configurazione di un rito speciale *omisso medio* mal si concilia con la preclusione che ostacola l'impugnazione di determinate categorie di atti amministrativi e l'introduzione di determinate azioni, va, per altro verso, aggiunto che la medesima prospettiva pone ulteriori problemi con riguardo alle differenze strutturali proprie del primo rimedio, quando esso sia confrontato con l'ordinario giudizio promosso davanti al T.A.R.

Tornano ancora una volta in rilievo le difficoltà inerenti al carattere

rere sul ricorso straordinario, pur offrendo indubitabili ed indubbie garanzie di terzietà e di indipendenza⁹⁴, non potrebbe essere giudice né esercitare funzioni giurisdizionali, viepiù considerando la mancanza di uno degli aspetti identitari della giurisdizione, quello cioè della piena territorialità della stessa in ragione della nota, ancorché fortemente contestata, improponibilità del ricorso straordinario nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano del TRGA⁹⁵.

⁷⁴ Constano, tuttavia, alcune pronunce dissonanti. Ad esempio, Cons. di Stato, II, 11 giugno 2018, n. 1517 ammette, in ragione del principio della pienezza della tutela, l'esperibilità dell'azione di adempimento.

⁷⁵ Recentemente, Cons. di Stato, II, 22 gennaio 2020, n. 545 commentata da A. CARBONE, *Ricorso straordinario: principio di alternatività e tutela risarcitoria*, in *Giur. it.*, 1893 s. Si consideri, anche, con rilievi possibilistici, P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino 2014, 99, s. È favorevole anche la posizione di A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *giustamm. it.*, 2011, per ragioni sostanzialmente analoghe. È più problematica, invece, la posizione di A. CARBONE, *Il ricorso*, cit., 102, il quale, tuttavia, propende per l'esperibilità dell'azione risarcitoria perché l'alternativa di proporla, con rito ordinario, entro il termine di 120 giorni dalla decisione sul ricorso straordinario confliggerebbe con la diversa opportunità di farla valere in pendenza del processo amministrativo con ricorso per motivi aggiunti.

dell'istruttoria che è ancor più labile di quella disciplinata dagli artt. 63 e s., c.p.a., e le difficoltà, parimenti rilevanti, di accesso al fascicolo d'ufficio per le parti.

A riguardo di tale ultimo profilo, va rammentato, infatti, che al rimedio straordinario non è stato esteso il processo amministrativo telematico⁷⁶, cosicché il fascicolo rimane cartaceo⁷⁷ e anzi non esiste un fascicolo telematico direttamente consultabile, residuando alle parti l'onere di introdurre un'ordinaria istanza di accesso, che è formulata ai sensi della legge generale sul procedimento del 1990⁷⁸, ma che è piuttosto equivoca

⁷⁶ Né pare facile attuare una tale estensione, almeno fino a che l'istruttoria resterà affidata al Ministero competente *ratione materiae*.

⁷⁷ Sempre ammesso che possa dirsi esistente un fascicolo d'ufficio, inteso in senso proprio. Salve le prassi semplificatrici e informali, lo scambio delle memorie, ad opera delle parti, avviene infatti presso il Ministero competente *ratione materiae*: G. MARTINI, *Il ricorso straordinario*, cit., *ibidem*: "Eventuali memorie e documenti vanno depositate presso il Ministero competente, riconoscendosi il diritto del ricorrente di accedervi[65] sulla base «di un principio generale [...] diretto a garantire la possibilità di conoscere in modo completo, effettivo e tempestivo, tutti gli elementi istruttori acquisiti dall'amministrazione, insieme alle deduzioni delle parti ed alla relazione conclusiva al Consiglio di Stato»". Lo stesso Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Comm. Spec., 28 aprile 2009, n. 920) ha ritenuto opportuno formulare una sorta di prontuario, soprattutto in considerazione del sindacato su eventuali domande cautelari, stabilendo che "le Sezioni consultive si sono per lo più orientate ad invitare le Amministrazioni a far sì che: a) la relazione ministeriale venga preventivamente comunicata, d'ufficio, al ricorrente ed ai controinteressati notificati, assegnando ad essi un termine congruo (ad esempio, trenta giorni) per la presentazione di eventuali domande d'accesso ed un successivo analogo termine per la presentazione di osservazioni, memorie e documenti; b) scaduti i termini assegnati, la relazione, eventualmente integrata sulla base di quanto prospettato dal ricorrente e dai controinteressati, venga trasmessa a questo Consiglio, corredata dalla documentazione da essi prodotta, avvertendo le parti che avranno facoltà di trasmettere eventuali ulteriori sintetici chiarimenti direttamente all'Amministrazione stessa ed al Consiglio di Stato entro l'ulteriore termine di quindici giorni; c) venga puntualmente osservata la citata direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993, relativa alla necessità del rigoroso rispetto dei termini per l'istruttoria (centoventi giorni dalla scadenza del termine di sessanta giorni concesso per le eventuali iniziative dei controinteressati: art. 11 del DPR n. 1199/1971), la cui inosservanza comporta che la Sezione possa trarre elementi di convincimento dal comportamento omissivo dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e quindi possa ritenere ammessi i fatti dedotti dalle parti private e non contestati, con le conseguenti eventuali responsabilità del responsabile del procedimento che con la sua omissione abbia indotto la Sezione ad esprimere un parere errato". Ma è quanto meno singolare l'autolimita che lo stesso Consiglio si è posto allorché a concluso, auspicando che "la Presidenza del Consiglio dei Ministri adotti una nuova direttiva, integratrice della precedente del 27 luglio 1993, al fine di assicurare anche alla giustizia amministrativa in sede consultiva un'effettività adeguata e costituzionalmente orientata".

⁷⁸ Anche in questo caso ci si trova a una sorta di regolamentazione di fatto, o pretoria, del modo con cui tale accesso viene esercitato. Valga dunque richiamare Cons. di

Stato, I e II, 21 marzo 2012, n. 4648: “Considerando la natura formalmente amministrativa (anche se sostanzialmente equiparata per molti tratti alla giurisdizione) del ricorso straordinario, nonché le norme del nuovo codice del processo amministrativo che al ricorso straordinario fanno direttamente o indirettamente riferimento, si può ritenere che l’Amministrazione competente debba concedere l’accesso soltanto alle parti del procedimento, senza che ad esse spetti di provare in modo concreto ed attuale l’interesse all’accesso, avente natura strumentale alla realizzazione del contraddittorio. Il diritto di accesso ai documenti del ricorso straordinario, acquisiti dall’Amministrazione, è da ritenere esistente *in re ipsa* (in ciò concordandosi con l’opinione espressa dalla Presidenza del consiglio dei ministri, DAGL, nella compiuta disamina effettuata circa l’istituto in discussione e trovando così risposta anche il quesito circa la posizione delle parti pubbliche in nulla diversa da quella delle altre parti perché tutte legittimate all’accesso per un interesse legato alla loro mera qualità di parti del giudizio, per il resto non essendovi motivi per disattendere quanto deciso dalla Commissione per l’accesso nella seduta del 2 febbraio 2010). Si pone poi il problema se, pur a prescindere da una espressa istanza della parte, sia altresì possibile, in diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio di diritto di difesa in giudizio, individuare un obbligo di ostensione degli atti in capo all’Amministrazione procedente. In pratica si ritiene che accanto all’interesse *in re ipsa* all’accesso agli atti a fini difensivi, sussista anche una sorta di dichiarazione tacita di volontà di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato. In tal senso è l’opinione del Dipartimento affari giuridici della Presidenza del Consiglio che cita il diritto di difesa in giudizio come ragione della officiosità dell’accesso. Le Sezioni riunite del Consiglio di Stato ritengono tuttavia in proposito che vada mantenuta una differenza fra procedimento per ricorso straordinario e processo, tale che l’accesso agli atti vada concesso solo alla parte che effettivamente lo richieda, senza che il diritto assuma carattere officioso. In primo luogo – come rilevato più volte – l’equiparazione al processo non è completa e totale. In secondo luogo, il diritto di difesa in giudizio si esplica nelle norme processuali che prevedono la difesa tecnica e le regole del contraddittorio processuale, mentre il diritto di difesa, nel procedimento per ricorso straordinario, va modulato in relazione alle caratteristiche dell’istruttoria officiosa di competenza dell’Amministrazione ministeriale. Un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto si traduce in un indubbio – e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale, che può dirsi contrario sia al principio costituzionale del buon andamento dell’amministrazione (art. 97 Cost.) che al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo (art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990). Inoltre si è già sottolineato come per la Corte CEDU (caso Nardella) non sia applicabile l’art. 6 relativo alle regole del giusto processo, stante il carattere amministrativo del rimedio (ed alla conseguente impugnabilità del decreto decisivo del Capo dello Stato innanzi al Tar sia pure per *errores in procedendo* ossia per vizi di forma e di procedura del procedimento medesimo CdS, V, 27 febbraio 2007, n. 999). In ogni caso, l’Amministrazione deve comunicare il momento conclusivo dell’attività istruttoria e i relativi esiti (ossia la relazione ex art. 11, comma 1, D.P.R. n. 1191/1971) non soltanto a coloro che abbiano effettivamente dichiarato di voler accedere a tali atti, bensì a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario. Quanto ai documenti acquisiti ed agli eventuali atti difensionali che siano stati già depositati dalle altre parti, purché anteriormente all’esito dell’istruttoria essi rimarranno conoscibili a mezzo di apposita istanza di accesso, sempre che sia stata formulata in qualsiasi momento durante l’istruttoria e senza che per la sua formulazione occorran forme particolari o sacramentali. L’i-

e incoerente se confrontata con il carattere giurisdizionale che si intende

stanza di accesso può essere presentata sia contestualmente al ricorso, sia anche in ogni momento nel corso dell'istruttoria, in ogni caso nessuna ulteriore dichiarazione può essere inoltrata dalle parti dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 11 del D.P.R. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività. Il Consiglio di Stato ritiene, infatti, per economia dei mezzi, che il contraddittorio tra le parti debba necessariamente concludersi nell'ambito della fase istruttoria che si svolge innanzi all'Amministrazione. Ciò al fine di distinguere nettamente la fase istruttoria e la fase decisoria del procedimento. In conseguenza di ciò può dirsi che, con la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per il parere, si realizzi una preclusione istruttoria, del tutto simile a quella che nel processo deriva dalla spedizione della causa a sentenza. Inoltre, si aggiunge che qualora le parti abbiano manifestato tempestivamente l'intenzione di accedere agli atti dell'istruttoria, l'Amministrazione dovrà consentire l'accesso agli atti del procedimento, fissando un termine congruo per l'eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti identico per tutte le parti (in modo da non favorirne alcune). Dopo il termine per le repliche non v'è spazio per un ulteriore accesso alle repliche ed un ulteriore termine per le controrepliche, poiché le scadenze normativamente previste per l'istruttoria non lo permetterebbero. Ciò non significa che il Consiglio di Stato non possa restituire gli atti all'amministrazione per permettere l'esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) le quante volte siano emersi, con la relazione o nel corso dell'istruttoria, fatti nuovi o nuove esigenze processuali di fatto o di diritto in ordine alle quali sia necessario stabilire un compiuto contraddittorio. Ciò ovviamente potrà avvenire anche nel caso in cui una parte richieda l'accesso agli atti, sia pure tardivamente, oltre il termine di legge previsto per la chiusura dell'istruttoria e dopo la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato evidenziando la necessità di un ulteriore momento di specifico contraddittorio procedimentale. Sono invece da escludere ulteriori istanze di accesso, successive alla definizione dell'istruttoria, non potendosi concedere termini ulteriori, né proroghe di quello già assegnato: nell'ipotesi contraria il procedimento non avrà mai fine, o si aprirebbe ad un contraddittorio giurisdizionale analogo a quello di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. (ciò che non risulta previsto dalla normativa vigente la quale deve sempre rimanere rispettosa della scelta giurisdizionale negativa che è stata compiuta da tutte le parti del ricorso straordinario). Relativamente al termine da assegnarsi a tutte le parti per presentazione di memorie, può considerarsi congruo qualunque termine che sia ragionevole; tale in linea di massima potrebbe considerarsi ogni termine dell'ordine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell'accoglimento dell'istanza di accesso. Ordinariamente ne deriva che l'istruttoria – che ai sensi degli articoli 9 e 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971 – dura massimo centoottanta giorni deve essere conclusa in centocinquanta giorni, per tener conto dei trenta giorni del termine successivo all'accesso delle parti alla documentazione. Ma nei casi in cui non fosse possibile rispettare il termine dei centocinquanta giorni resta inteso che una volta scaduto il termine di trenta giorni (o l'altro termine congruo) successivo all'accesso, l'affare deve immediatamente essere trasmesso al Consiglio di Stato. A fronte di questo quadro d'insieme della procedura di accesso agli atti, resta evidentemente auspicabile una riforma normativa che sia in grado di disciplinarla puntualmente al fine di rendere effettivi i principi del contraddittorio e della parità delle armi, considerando l'ormai consolidata tendenza di ritenere il ricorso straordinario al Capo dello Stato uno strumento sostanzialmente giurisdizionale e, comunque, considerata l'opportunità di ricorrere ampiamente all'informatica per risolvere i problemi organizzativi divisiati”.

riferire all'espeditente⁷⁹.

Non meno incoerente con la raffigurazione di un vero e proprio processo speciale, analogo e *alternativo* a quello ordinario celebrato davanti al giudice amministrativo, è l'insussistenza, nel ricorso straordinario, di istituti tipici del processo amministrativo, quali sono ad esempio quelli relativi alla perenzione ordinaria e alla (per quanto, in generale, essa sia discutibile) perenzione ultraquinquennale o quelli concernenti l'interruzione del processo⁸⁰, nonché la mancanza di una trattazione orale (che

⁷⁹ M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, 552: "A stretto rigore, se il ricorso straordinario è un ricorso giustiziale (inteso come processo amministrativo non giurisdizionale) o ancor più se fosse del tutto equiparabile al ricorso giurisdizionale, la sua struttura non sarebbe certo assimilabile a quella del procedimento amministrativo; non potrebbe dunque farsi ricorso alla L. n. 241/1990 in caso di vuoto normativo. La questione non è priva di significato, tenuto conto che gli indirizzi ampliativi del contraddittorio e della partecipazione in sede di gravame straordinario da qualche tempo introdotti dalle Sezioni consultive sembrano fondarsi proprio sulla L. n. 241/1990".

⁸⁰ Così Cons. di Stato, I, 19 maggio 2021, n. 1067, che, per escludere l'applicazione dell'istituto si richiama, singolarmente, al carattere formalmente amministrativo – e non giurisdizionale della decisione: "La Sezione osserva preliminarmente che il decesso della ricorrente non interrompe l'iter procedurale per la decisione del ricorso straordinario, atteso che in questa sede non trova applicazione l'istituto processuale della interruzione per morte del ricorrente, previsto solo per il processo (artt. 79, comma 2, c.p.a. e 299 c.p.c.). Giova rilevare invero che il d.P.R. n. 1199 del 1971 lascia la fattispecie del decesso del ricorrente priva di specifica disciplina ed è stata la giurisprudenza delle Sezioni consultive di questo Consiglio, più volte intervenuta sulla questione, a chiarire che non assume rilievo, ai fini della prosecuzione dell'iter del ricorso straordinario, la circostanza dell'intervenuto decesso della parte ricorrente (cfr. Cons. St., sez. III, n. 22 giugno 1999 n. 301; Cons. St., sez. II, 13 agosto 2015 n. 2406; CGA 23 maggio 2018, n. 205; CGA 29 novembre 2017, n. 959). Tale conclusione trae argomento dalle peculiarità del ricorso straordinario che, ad esempio, non impone alcuna attività alla parte interessata dopo la presentazione del ricorso, non richiede l'assistenza di un difensore e non prevede specifici adempimenti formali ai fini di far constare la conoscenza legale dell'evento interruttivo (così, ad esempio nel parere del Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 1999 n. 301 che ha escluso la sussistenza dei presupposti per disporre l'interruzione del procedimento per la decisione del ricorso straordinario, ritenendo dunque non applicabili le disposizioni sul processo dinanzi al giudice amministrativo, allora vigenti, di cui all'articolo 24 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante espresso rinvio agli articoli 299 e seguenti del codice di procedura civile, in quanto applicabili). Occorre ancora osservare che, con parere del 10 marzo 2014, n. 780, reso all'Adunanza del 8 gennaio 2014, la Sezione – in risposta al quesito proposto dal Ministero dell'interno "concernente i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, ai sensi degli articoli 8 e seguenti del d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199 in caso di morte del ricorrente. Eventuali adempimenti dell'amministrazione referente ai fini della conclusione del procedimento e specificatamente della notifica del Decreto del Presidente della Repubblica di decisione del ricorso straordinario" – ha ritenuto che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è da classificare, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2

comporta l'impossibilità di concepire la produzione della relativa istanza di fissazione dell'udienza).

È, inoltre, di un certo rilievo, il fatto che la difesa nel procedimento per ricorso straordinario possa essere sostenuta anche in difetto di un ministero tecnico, la cui presenza, nel processo amministrativo ordinario, è invece necessaria in virtù di quanto previsto dall'art. 22 c.p.a. e con le eccezioni del successivo art. 23, sicché si fatica a comprendere perché un ricorso da presentarsi al T.A.R. la parte debba provvedersi dell'assistenza di un avvocato, mentre ne possa essere esentata quando intenda rivolgersi direttamente e in unico grado al Consiglio di Stato (che peraltro è inserito nel novero delle c.d. magistrature superiori).

Più in generale, infine, se è sostenibile che molte di queste divergenze strutturali tra l'ordinario processo amministrativo e l'ipotetico rito speciale *alternativo, omisso medio*, introdotto per il tramite del ricorso straordinario potrebbero essere giustificate allegando che le relative lacune processuali rientrano pur sempre nella disponibilità delle parti che accettano di essere assoggettate al rito alternativo o che le stesse possono essere riferite alla discrezionalità del legislatore⁸¹ senza che vengano meno le caratteristiche e le garanzie proprie del processo⁸², altre ancora non

luglio 2010 n. 104, quale provvedimento "formalmente amministrativo" anche se l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha attribuito al parere natura vincolante, eliminando la possibilità per il Consiglio dei ministri di discostarsi dal parere stesso. Tuttavia, anche se il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante, assumendo forma di atto giustiziale, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo complesso e, in particolare, il provvedimento che definisce il gravame, cioè il decreto del Presidente della Repubblica, è da classificare formalmente provvedimento amministrativo, soggetto alle formalità del procedimento amministrativo. Tutto ciò posto, la Sezione ha sempre concluso nel senso che il ricorso straordinario non è soggetto alla disciplina dell'interruzione e che l'Amministrazione deve procedere alla notifica del decreto che ha definito il gravame nei modi e nei termini previsti per i provvedimenti amministrativi".

⁸¹ Così per quanto attiene, in particolare, alla limitata schiera delle domande proponibili con il ricorso straordinario. Sembra in ogni caso discutibile che, ammessa la giurisdizionalizzazione, non possa estendersi almeno l'azione di nullità, preista dall'art. 31, comma 4, attesa la natura sostanzialmente costitutiva e caducatoria della stessa, messa in risalto dall'esistenza di un termine perentorio per la sua proponibilità, decorso il quale gli effetti del provvedimento amministrativo nullo non possono più essere contestati, che portano a configurarla come una sorta di azione di annullamento aggravata.

⁸² Per quanto attiene, specificamente, alla possibilità di introdurre il ricorso straordinario anche in difetto di una difesa tecnica, la giurisprudenza è costante nell'affermare che quello alla difesa *in proprio*, benché non costituisca un diritto costituzionalmente garantito del singolo, è tema tuttavia che rientra nella discrezionalità del legislatore. In tal senso, Cons. di Stato, V, 5 dicembre 2014, n. 6015. Peraltro, anche non accettando l'ipotesi della giurisdizionalizzazione, occorrerebbe riconoscere che, comunque, le parti

sembrano altrettanto facilmente giustificabili, perché mettono in crisi la coerenza dello stesso sistema così come qui ricostruito.

A tal proposito, oltre al problema dell'irrazionalità di cui già si è fatto cenno, dell'impossibilità di gravare con il ricorso straordinario gli atti amministrativi privi del carattere di definitività, si allude, in particolare, alla questione del termine di impugnazione, che, come è risaputo, è ben più lungo di quello previsto per l'introduzione davanti ai tribunali amministrativi dell'azione di annullamento prevista dall'art. 29 c.p.a.

La diversa misura di tale termine⁸³ pone, invero, problemi non risolvibili di asimmetria che sono incoerenti con una ricostruzione in termini di alternatività del rito; per altri aspetti essa, allo stato attuale, pare essere difficilmente comprensibile⁸⁴.

I profili di asimmetria emergono quando risulti essere già spirato il termine di sessanta giorni per la notificazione del ricorso in annullamento davanti al tribunale amministrativo territoriale e non sia ancora scaduto quello per la presentazione del ricorso straordinario.

Una volta, infatti, che sia stato configurato il ricorso straordinario alla stregua di un rito speciale e *alternativo*, l'esistenza di uno *spazio temporale* in cui sarebbe ricevibile solo il primo ricorso e non sarebbe ricevibile il ricorso al Tribunale amministrativo colliderebbe con il concetto stesso di alternatività rispetto al rito ordinario, perché in quel medesimo *spazio* al potenziale ricorrente non resterebbe altra strada se non quella di sollevare il gravame straordinario.

Di talché, l'esistenza di tale eventualità finisce, in ultima istanza, per illustrare la ragione effettiva per la quale, prevalentemente, è eletto il ricorso straordinario.

Detta ragione, come è noto a ogni pratico, non risiede nella decisione di saltare il primo grado di giudizio onde sottoporre la questione immediatamente al Consiglio di Stato, ma nella più prosaica opportunità

che accettino che la controversia venga risolta in sede straordinaria ugualmente sarebbero soggette all'efficacia della relativa decisione, fatti salvi i rimedi impugnatori che, come è noto, sono assai più ristretti di quelli che valgono per l'ordinaria impugnazione di un altro provvedimento amministrativo.

⁸³ A cui peraltro non è mai stata applicata la sospensione feriale, prevista dall'art. 1, l. 7 ottobre 1969, n. 742, proprio per il carattere non giurisdizionale del rimedio che impedisce di qualificare come "termine processuale" quello per l'introduzione del ricorso. Cfr. di recente, Cons. di Stato, I, 15 settembre 2021, n. 1503.

⁸⁴ Non lo era, invece, nell'impianto originario della riforma del 1907, posto che l'art. 4 della legge n. 62, consentiva l'esperimento del ricorso straordinario solo dopo che fosse scaduto il termine per la proposizione del ricorso al Consiglio di Stato.

di cercare di recuperare un termine ormai scaduto, tanto che la stessa conversione del rito da straordinario in ordinario, per effetto dell'opposizione presentata dai controinteressati intimati o dalla parte resistente e della costituzione in giudizio *ex art. 48 c.p.a.*, può essere, a tal fine, persino auspicata dal ricorrente che in tal modo viene a recuperare l'accesso al pieno processo amministrativo, con la relativa istruttoria, il relativo fascicolo e la relativa udienza.

Sempre quanto al termine, non si comprende, infine, neppure la coerenza di un sistema che, per un verso, consente alle parti di saltare un grado di giudizio (nella prospettiva, evidentemente, di giungere a una definizione più sollecita della lite), mentre, per altro verso consente alle medesime di esperire tale più celere forma di processo entro un termine più lungo.

Pare così che, anche a voler ricostruire il ricorso straordinario come un rito speciale e *alternativo* inserito nell'unitario processo amministrativo, ne emerga un quadro, in definitiva, piuttosto disordinato e scarsamente razionale, cosicché sembra doversi concludere che le tesi sulla giurisdizionalizzazione non sarebbero sostenibili neppure se si volesse ricorrere a questa particolare configurazione del rimedio.

Più in generale, emerge, a sunto di tutte le considerazioni sin qui sviluppate, che dette tesi tendano a rimodellare un istituto nato con altri scopi e con altri presupposti⁸⁵, senza potere tuttavia modificarne la natura essenziale e finendo per proporre una *nuova* figura che, però, attinge alla *vecchia*. Il tutto non per qualche motivata ragione, ma solo per il fatto che detta figura preesiste e che va salvaguardata, al prezzo, tuttavia, di descrivere un ibrido ormai difficilmente comprensibile e scarsamente giustificabile⁸⁶.

⁸⁵ Già in epoca anteriore al procedimento di giurisdizionalizzazione, L. VIOLA, *Il ricorso straordinario*, cit, *ibidem*, avvertiva: "non ha molto senso aprire "nuove strade" di tutela a livello generale, se prima non si procede oltre nell'opera quotidiana di aggiornamento "interno" della vecchia strumentazione giuridica alle nuove necessità".

⁸⁶ Assai significative le riflessioni di F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il 'nuovo' ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18/06/09*, n. 69, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 223: "Questo «nuovo» ricorso straordinario è, insomma, un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, e – ormai – giurisdizionale nella sostanza: in dichiarato omaggio al quantum di effettività di tutela ritraibile, il rimedio assume le vesti di un atipico subricorso in unico grado, sfornito però delle più elementari garanzie in tema di contraddittorio e giusto processo. Un ircocervo caratterizzato dalla segretezza dell'istruttoria, dall'unilateralità del contraddittorio scritto, dall'assenza di discussione orale, dalla dipendenza del tempo della decisione dalla volontà di autorità amministrative e – buon ultimo – dall'impossibilità per le parti di fruire del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione preveduto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. Un pericoloso

87.

9. Conclusioni e una proposta de iure condendo

L'indagine è pervenuta al punto in cui è necessario trarre alcune conclusioni.

emulo del processo, insomma: sfornito, però, di quelle fondamentali garanzie che consentirebbero di considerarlo tale a pieno titolo. Ancora una volta, insomma, quel pervasivo accidente costituito dall'effettività della tutela pretesamente garantita al ricorrente, sembrerebbe avere la meglio su ragioni di ordine sistematico che, in quanto tali, dovrebbero costituire un *prius* nell'azione del legislatore. E ciò, con la paradossale conseguenza di operare una sostanziale riduzione delle garanzie del cittadino. La riforma ha, per concludere, l'effetto (per riprendere le argomentazioni che, nel lontano 1953, Mario Nigro opponeva alla costituzionalità del rimedio di creare un istituto parallelo a quello giurisdizionale, munito di garanzie assolutamente improprie: con la duplice conseguenza di precludere la riconducibilità del ricorso straordinario all'unico paradigma costituzionale possibile (quello dell'art. 100 Cost.) e – al contempo – di rivitalizzarne quei profili di incostituzionalità che la positivizzazione operata dal d.P.R. 1199 (di concerto con l'opera della giurisprudenza) aveva scientemente neutralizzato. Non è, insomma, ancora un vero processo e non è più un rimedio di amministrazione giustiziale, quanto meno non nell'accezione – costituzionalmente orientata – di amministrazione giustiziale che si è tentato di fornire. Il ricorso straordinario è consegnato così – al di qua della trista riviera d'Acheronte – in un limbo grigio, da cui, *rebus sic stantibus*, difficilmente potrà emergere”.

⁸⁷ Chi scrive, pertanto, giunge a conclusioni diverse da quelle a cui perviene, pur partendo da presupposti simili S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'irrocervo esiste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1186: “L'ambiguità e l'ambivalenza, a ben vedere, sono condizione della stessa sopravvivenza, e anche del discreto successo, del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Per un verso, un rimedio alternativo alla giurisdizione può sopravvivere solo se è strumento di tutela che, dal punto di vista dell'effettività e delle garanzie, è sostanzialmente assimilabile a un rimedio giurisdizionale; come è stato osservato, «in tanto la via giurisdizionale può essere limitata, in quanto la via amministrativa sia ad essa equiparabile» o, altrimenti detto, «quanto più la via amministrativa è – in termini di garanzie previste e di utilità sostanziali conseguibili dal ricorrente – assimilabile alla via giurisdizionale, tanto maggiori sono le possibilità che l'utilizzo del rimedio straordinario non si traduca in un abbassamento del livello minimo di tutela fissato dai parametri costituzionali». Il ricorso straordinario, pertanto, deve essere almeno tanto “giurisdizionale” da giustificare la facoltà dell'organo decidente di sollevare questioni di legittimità costituzionale e l'esperimento di rimedi effettivi per garantire l'esecuzione delle decisioni. Ma, d'altra parte, se la tendenza alla “giurisdizionalizzazione” si spingesse troppo avanti, fino a far diventare il ricorso straordinario un semplice rito speciale, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, esso inevitabilmente perderebbe, presto o tardi, le caratteristiche di snellezza, rapidità, informalità, economicità, che costituiscono, invece, la ragion d'essere di tale istituto così come di tutti gli strumenti di risoluzione delle controversie “alternativi” alla giurisdizione. Il ricorso straordinario, dunque, è necessariamente ambiguo: deve essere giurisdizionale; ma non troppo. O è ibrido, oppure non è”.

Indipendentemente dalla fondatezza delle tesi che favoriscono una giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, per la verità piuttosto discutibili, le aporie e le incongruenze applicative a cui dette tesi si espongono sollecitano un ulteriore interrogativo che, in definitiva, si concentra sull'utilità e sull'attualità di un tale rimedio, cosicché non è forse improvvido auspicarne l'abrogazione.

Invero, si potrebbe obiettare che i profili di incoerenza messi sin qui in evidenza sussisterebbero indipendentemente dalla configurazione del ricorso straordinario come rito *alternativo* del processo amministrativo⁸⁸.

Il rilievo, in un certo senso, è vero.

Del resto, il dibattito sull'utilità di mantenere il rimedio è assai risalente e, come si è sopra riferito, esso va fatto risalire al periodo immediatamente successivo alla riforma dettata dalla l. 7 marzo 1907, n. 62, che, introducendo il termine di decadenza per la proponibilità del ricorso straordinario, lo aveva allontanato definitivamente dalle prerogative graziose del Sovrano.

Se, pertanto, il ricorso straordinario trascina con sé vizi in un certo senso *congeniti* o, quanto meno ormai risalenti, sembra, tuttavia, di doversi sostenere che l'emersione di tali incongruenze e aporie sia stata rafforzata proprio dalla valorizzazione del ricorso straordinario come vero e proprio giudizio e che, fino a quando era opinione generale che il rimedio avesse carattere amministrativo o, al più, meramente giustiziale, dette incongruenze fossero tollerate per il fatto che il medesimo ricorso costituiva una tutela ulteriore rispetto a quella giurisdizionale, la cui utilità, in genere, si riduceva nel permettere di recuperare termini d'impugnazione ormai scaduti.

Una volta, però, che si sostenga che tale caratteristica amministrativa del ricorso straordinario sarebbe venuta meno e che, con la giurisdizionalizzazione, il gravame varrebbe alla stregua di un vero e proprio rito sostitutivo dell'ordinario ricorso al tribunale territoriale, inserito pienamente nella struttura del processo amministrativo strettamente inteso, questi profili di incoerenza non sembrano più in alcun modo giustificati.

Il che, ben inteso, sembra ben possibile.

Le concessioni alla coerenza del sistema – alcune sostenibili, altre

⁸⁸ Tale, in particolar modo, è la preclusione alla impugnazione con ricorso straordinario degli atti non definitivi, scarsamente comprensibile dopo che la regola della definitività è venuta meno, nel giudizio amministrativo, per effetto della legge T.A.R. e che forse trova giustificazione unicamente nello scopo di non svilire, più di quanto già non siano vili, i ricorsi amministrativi ordinari.

meno facilmente promovibili – sono, invece, tali che davvero si pone il dubbio che un rimedio così concepito non abbia più molto senso e che lo stesso debba essere abolito⁸⁹.

⁸⁹ A conclusioni analoghe perviene anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un istituto ancora irrisolto*, in *Giur. it.*, 2014, 1982: “Se invece la prospettiva è quella di un rito speciale, alternativo al rito ordinario, attivabile su accordo delle parti, articolato “in un unico grado di giurisdizione”, del vecchio istituto ben poco merita di essere conservato; probabilmente il meccanismo della opposizione/richiesta di trasposizione, come mezzo di espressione del consenso delle parti convenute alla scelta del rito semplificato”. Quasi richiamando quanto rilevato da V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, cit., 812 (che ravvisava in esigenze pratiche l'unica utilità del permanere dell'istituto), S. BATTINI, *Aggiornamenti*, cit., 1187, ritiene, tuttavia, che tale utilità permanga, pur dando atto della necessaria ambiguità dell'istituto così come oggi conformato, per ragioni eminentemente empiriche: “Si potrebbe a questo punto replicare che del ricorso straordinario, quale strumento alternativo alla giurisdizione, se ne potrebbe anche fare a meno, disciogliendo appunto l'antico, e ormai obsoleto, rimedio amministrativo nel mare della funzione giurisdizionale. Del resto, la prospettiva di un'imminente scomparsa ha sempre connotato la vita dell'istituto. Ma quella scomparsa non è mai finora avvenuta, per ragioni che appaiono, oggi, ancora valide, forse più di ieri. Non si allude tanto a ragioni di legittimità costituzionale: si è già osservato che non mancano argomenti per sostenere la «necessità costituzionale di un rimedio giustiziale affidato al Consiglio di Stato». Nemmeno si allude alla circostanza, indubbiamente vera, che la tendenza attuale dell'ordinamento, fortemente incoraggiata dal diritto europeo, è caratterizzata dall'espansione, anziché dallo svuotamento, della sfera dei rimedi alternativi alla giurisdizione e della c.d. amministrazione giustiziale, a fini di effettività della tutela e di «differenziazione dell'offerta di giustizia». Si vuole invece alludere a una circostanza pratica, che emerge con chiarezza dai dati statistici: solo nel 2013 sono stati ben 5.189 i ricorsi straordinari definiti con parere del Consiglio di Stato, cifra che corrisponde alla quasi totalità dell'attività consultiva svolta (5.417 pareri) ed è più della metà dei ricorsi giurisdizionali definiti dal medesimo Consiglio di Stato (pari a 10.183)”. Cfr. altresì, C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *giustamm.it*, 2015: “Il ricorso straordinario fa parte della storia del Consiglio di Stato. Anzi è proprio il ricorso straordinario una delle ragioni che differenzia il Consiglio di Stato, nell'ambito della funzione consultiva allo stesso costituzionalmente attribuita, dal giudice amministrativo di primo grado. Tra Consiglio di Stato e ricorso straordinario si è verificata una relazione bidirezionale: il ricorso straordinario ha “arricchito” (nelle funzioni) il Consiglio di Stato e il Consiglio di Stato ha “arricchito” il ricorso straordinario, nel senso che la sua giurisprudenza ha contribuito a rafforzare le garanzie delle parti e a definire il procedimento ben al di là dei ristretti confini disegnati dal d.P.R. n. 1199/1971. Nell'ambito di meditazioni in tema di riforma della giustizia amministrativa forse è il caso di incominciare a pensare a una soppressione, o meglio ad un “pensionamento” del ricorso straordinario; il quale non è costituzionalmente imposto, così che il legislatore ordinario è libero di non prevederlo”. Quanto all'utilità pratica, l'A. aggiunge: “Negli ultimi due anni, 2014 e 2013, sono pervenuti al Consiglio di Stato una media di ricorsi straordinari di poco superiore a 3.000 all'anno (per l'esattezza 3.271), mentre quelli definiti sono stati in numero nettamente superiore. Attualmente, nelle sezioni I e II del Consiglio di Stato, la cui attività è quasi del tutto dedicata a rendere il parere sui ricorsi straordinari – essendo

E se l'unico motivo per il quale il ricorso straordinario è ancora tollerato (fermo restando che non sembra possibile sostenerne una sua implicita costituzionalizzazione⁹⁰) starebbe, appunto, nella maggior ampiezza del termine per presentare il gravame⁹¹, vista come un'estrema ancora di

numericamente esigua la risposta ai quesiti chiesti dalle amministrazioni – sono assegnati 20 magistrati (dei circa 100 in forze al Consiglio di Stato), che in tal modo vengono sottratti alle sezioni giurisdizionali. Il dato numerico di più di 3.000 ricorsi all'anno in entrata non è di poco conto, essendo superiore a quello dei ricorsi in entrata in diversi Tar e sezioni staccate. Ma se si creasse veramente un sistema effettivo e funzionale di deflazione di tutto il contenzioso amministrativo, che faccia da filtro all'accesso alla giurisdizione, si potrebbe pensare a eliminare il ricorso straordinario nell'ambito anche di una riforma complessiva della funzione consultiva del Consiglio di Stato – costituzionalmente riconosciuta ex art. 100, comma primo, della Cost. – che veda l'Istituto maggiormente coinvolto nella produzione normativa anche non solo statale. Il che consentirebbe di incrementare le risorse umane da destinare all'attività delle sezioni giurisdizionali del Consiglio e la conseguente produttività". In effetti, anche a voler affrontare un tale piano di valutazioni, la posizione di Battini forse non esprime una valutazione del tutto attuale, come dimostra la progressiva riduzione del numero delle sezioni consultive del Consiglio di Stato da tre a una e, corrispondentemente, l'incremento delle sezioni giurisdizionali da tre a sei. *L'appel* verso il rimedio, del resto, sembra essere sensibilmente scemato da quando è stato esteso allo stesso il regime del contributo unificato proprio del processo amministrativo propriamente detto: P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *Foro amm.*, 2011, 2636.

⁹⁰ Sul punto è concorde anche F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione*, cit., 222 s. che, muovendo da una lettura dell'art. 100 Cost., è invece favorevole alla costituzionalizzazione di generici rimedi giustiziali interni all'autorità amministrativa. La tesi è sviluppata anche nello studio sempre di F. FRENI, *Il nuovo ricorso*, cit., 93, ove (p. 100 s.) pone in evidenza un ulteriore dubbio, quanto alla conformità alla Costituzione della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario. L'A., infatti, reputa che il richiamo alla funzione di rendere giustizia "nell'amministrazione" a cui fa riferimento l'art. 100 Cost. non concerna l'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto quella di rendere giustizia attraverso rimedi interni, sicché il ricorso straordinario ne costituirebbe l'esempio più evidente. Una volta affermata la caratteristica giurisdizionale dell'istituto verrebbe così meno la sua *copertura* giurisdizionale. Precedentemente, negli stessi termini, V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, 813. In passato è stata sostenuta, tuttavia, persino l'incompatibilità dell'istituto con la sopravvenuta Costituzione: E. CIARDULLI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Adv. Stato*, 1951, 43, per incompatibilità con l'art. 113 Cost. che avrebbe fissato un sindacato sugli atti amministrativi riservato alla sede giurisdizionale.

⁹¹ L'introduzione di un termine per la proposizione del ricorso straordinario, originariamente di centottanta giorni, è dovuta all'art. 2, l. 7 marzo 1907, n. 62 e il fatto che detto termine fosse più ampio trovava spiegazione nel fatto che, in virtù dell'art. 4 della medesima legge, il ricorso al Re non poteva essere esperito se non fossero decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale. Prima di detta riforma, il ricorso straordinario era proponibile senza doversi rispettare alcun termine perentorio, in ossequio al carattere originario dell'istituto che ravvisava nel monarca l'organo di ultima, definitiva e graziosa istanza. In tal senso, v. L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria*, cit.,

salvezza per i ricorrenti e per i patroni un po' distratti; se il motivo per mantenere il ricorso straordinario si dovesse ridurre a questo e solo a questo, nulla impedirebbe, con un unico intervento riformatore, di disporre l'abrogazione del ricorso straordinario e, nel contempo, di prevedere che il termine generale per presentare al T.A.R. l'azione di annullamento debba essere di centoventi e non di sessanta giorni⁹².

Tutto questo non comporterebbe, a ben vedere, un grande cambiamento, stante il fatto che già adesso il provvedimento amministrativo, purché sia suscettibile di gravame straordinario, non raggiunge la piena inoppugnabilità prima della scadenza di tale più lungo termine.

L'eventuale riforma, da attuarsi nel modo sin qui descritto, inoltre, consentirebbe di superare i limiti alle tutele che da un termine di sessanta giorni – in alcuni casi troppo breve (specie quando la fase preliminare di istruttoria della causa richiedesse per il ricorrente l'esperimento di non brevi procedimenti per l'accesso ai documenti amministrativi) – potrebbero derivare.

Dette conclusioni non impediscono, però, di considerare in modo più ampio il quadro che l'emersione delle tesi sulla giurisdizionalizzazione hanno contribuito a delineare e di cogliere quel che di proficuo indiscutibilmente promana dalle stesse.

In effetti, va riconosciuto che l'indagine che, negli ultimi anni, si è sviluppata circa la natura del ricorso straordinario non è di per sé sterile né improduttiva, sicché tutte le sue risultanze non meritano affatto di essere scartate.

Essa, anzi, si presta a essere valorizzata proprio nell'esito a cui essa sembra in definitiva condurre e, quindi, per la possibilità che il processo amministrativo possa conoscere, accanto al rito ordinario, anche un rito

61 e il parere Cons. di Stato, Ad. Gen., 1 aprile 1909, *Giorlando*, ivi citato. Con la medesima riforma del 1907, pertanto, si è formalizzata la trasformazione del ricorso straordinario in vero e proprio ricorso amministrativo (V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, cit., 804).

⁹² Sostiene questa prospettiva anche F. GAFFURI, *La Consulta*, cit., *ibidem*: "Così come attualmente regolato, il ricorso straordinario appare sempre più un retaggio, ormai obsoleto, del passato, privo di valide giustificazioni teoriche e spogliato, altresì, di gran parte della sua utilità pratica. In effetti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma 8, c.p.a., il predetto ricorso è divenuto un mero "duplicato claudicante" del ricorso giurisdizionale amministrativo, la cui unica funzione residua, una volta venuta meno anche la sua gratuità, è quella di offrire un ultimo ed "estremo" strumento di tutela – peraltro semplificato e non conforme ai principi del giusto processo – ai privati che siano decaduti dal diritto d'azione giurisdizionale: tanto varrebbe, a questo punto, eliminarlo definitivamente ed ampliare i termini generali per la proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo".

speciale alternativo da svolgersi direttamente e in unico grado davanti al Consiglio di Stato, omettendo la fase davanti al Tribunale amministrativo, pur dovendosi riconoscere, per quanto sin qui esposto, che una tale eventualità non possa essere raggiunta muovendo *dall'esistente* e cioè da uno snaturamento del ricorso straordinario.

Se dunque fossero leciti alcuni rilievi *de iure condendo*, una valorizzazione del complessivo dibattito condotto in questi anni sul ricorso straordinario potrebbe tradursi proprio nell'introduzione di un tale rito speciale e alternativo, da promuoversi però davanti alle sezioni giurisdizionali (e non consultive) del Consiglio di Stato con ricorso, per così dire, *ordinario*.

Un giudizio *omisso medio* non è, infatti, una prospettiva di per sé incongrua.

Invero, non è raro che talune forme di contenzioso, a causa della natura degli interessi coinvolti o del valore della lite, siano sin dall'origine destinate a non arrestarsi con la sentenza che definisce il processo di primo grado, perché sono destinate, in ogni caso, a essere risolte solo in Consiglio di Stato, indipendentemente dall'esito del giudizio celebratosi davanti al tribunale di prime cure.

Per tali processi, la celebrazione del giudizio davanti al tribunale amministrativo territoriale si risolve, dunque, in una sorta di *passaggio obbligato*, ma non definitivo, che, quando poi la lite si trasferisca in appello, è anche potenzialmente foriero di incidenti in rito (di per sé ostativi all'esercizio di una piena e effettiva tutela), in ragione del non pieno effetto devolutivo dell'impugnazione disciplinata dagli artt. 100 e s. c.p.a. e in virtù dei limiti alla riproponibilità delle questioni assorbite o trattate nei capi di sentenza (o di questione) delle pronunce rese dai tribunali amministrativi.

Per tali ipotesi, non è dunque inopportuno ipotizzare che le parti possano concordemente decidere di rivolgersi direttamente al Consiglio di Stato, affinché esso definisca direttamente la controversia e, una volta che il legislatore ammettesse, pur con i dovuti accorgimenti⁹³, questo

⁹³ Onde evitare un sovraffollamento di contenzioso presentati *omisso medio* che potrebbe generare un sovraffollamento del contenzioso complessivo pendente davanti al Consiglio di Stato sarebbe utile prevedere, dunque, che quando le parti intendano aderire al rito *omisso medio*, siano tenute a sostenere oneri tributari analoghi a quelli che sarebbero sostenuti se si esperisse prima il giudizio al T.A.R. e, poi, l'appello in Consiglio di Stato. Non sembrerebbe, invece, opportuno riservare le impugnazioni dirette a una specifica sezione del Consiglio di Stato, perché una tale eventualità potrebbe consentire

ipotetico nuovo rito speciale e alternativo, non vi sarebbe neppure nessun motivo di limitarlo, a questo punto, alla sola azione di annullamento, potendosi, invece, immaginare che esso vada esteso anche a tutte le altre azioni indicate dagli artt. 29 e s. c.p.a. (quando non debba immaginarsi esteso anche alle liti che ricadano nella giurisdizione esclusiva e di merito).

Probabilmente – poste le opportune distinzioni di regime – non sussisterebbero ostacoli neppure alla devoluzione in tale sede delle questioni in materia elettorale o in materia di appalti, stante il fatto che le relative liti sono destinate con maggior frequenza ad affrontare entrambi i gradi di giudizio.

Secondo una prospettiva di sistema, non limitata alla valutazione delle tutele rese nella singola lite, ammettere tale eventualità sortirebbe, inoltre, il favorevole effetto di impegnare complessivamente in minor misura la stessa *macchina* della giustizia amministrativa, non fosse altro perché il tribunale territoriale non dovrebbe occuparsi di quel contenzioso che le parti intendessero deferire in via diretta al Consiglio di Stato, sì che il medesimo tribunale – invece di dedicarsi a emettere una pronuncia che, in ogni caso, sarebbe oggetto di scrutinio in secondo grado⁹⁴ – potrebbe dedicarsi alla trattazione di un'altra lite.

È questa, dunque, una prospettiva che qui si propone, affidandola alla valutazione di coloro a cui spetta.

Quella ora tratteggiata, in ogni caso, è una prospettiva che richiederebbe un organico intervento del legislatore⁹⁵ e che non potrebbe essere

alle parti di *scegliersi il giudice* in deroga ai principi di riparto interno delle competenze tra le Sezioni, quali sono definiti annualmente dal Presidente del Consiglio di Stato.

⁹⁴ Non si condivide, pertanto, l'ottimismo manifestato da L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *federalismi.it*, 2011, sulla attitudine di trasformare le incongruenze su descritte “in semplici aspetti di disciplina “correggibili” dal circuito virtuoso del Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere-Corte costituzionale oggi presupposto e regolamentato dal nuovo art. 13, 1° comma d.P.R. 1199 del 1971”, sì da auspicare che “la riconosciuta possibilità, per il Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere sul ricorso straordinario, di sollevare la questione di costituzionalità potrebbe costituire il fulcro per una riscrittura dell'istituto in termini maggiormente aderenti ad una strutturazione più vicina a quella del processo e maggiormente efficaci nella logica di una più efficace tutela del cittadino”.

⁹⁵ Un sicuro aspetto che il legislatore dovrebbe curare di disciplinare riguarda l'ipotesi in cui nel giudizio da celebrarsi in unico grado sopravvengano, in forza di un intervento volontario o in adempimento di un ordine del contraddittorio, parti necessarie a cui il ricorso non sia stato originariamente notificato, le quali avrebbero il pieno diritto di volere che il processo venga celebrato negli ordinari due gradi di giudizio. Ciò dovrebbe

affrontata solo invocando una creativa (già sulla base di questo motivo, discutibile) attività pretoria della giurisprudenza.

In effetti, ritenendo giusto qui omaggiare anche quanto da altri è stato osservato *in subiecta materia*⁹⁶, un intervento disorganico condotto, passo dopo passo o – più precisamente – sentenza dopo sentenza, sarebbe sicuramente equivoco e sarebbe, altrettanto sicuramente, causa di future incertezze.

comportare la necessità di traslare il giudizio già pendente davanti al Tribunale amministrativo. A ben vedere, tuttavia, questo è quel che già avviene quando, nella pendenza di un ricorso straordinario, quando sopravvengano nuove parti necessarie, le quali si oppongano sulla base dell'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, alla trattazione in sede non giurisdizionale (anche di recente Cons. di Stato, I, 5 ottobre 2022, n. 2040; Cons. di Stato, II, 22 febbraio 2017, n. 531).

⁹⁶ Così, LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem*, a riguardo del processo di giurisdizionalizzazione: “Al fine di porre rimedio a tutti gli aspetti di incostituzionalità, che presenterebbe la normativa sul ricorso straordinario se considerato quale espressione della funzione giurisdizionale, occorrerebbe introdurre tali e tante modifiche da alterare radicalmente l'istituto stesso”.