



## **Rivista di diritto amministrativo**

Publicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,  
Mauro Orefice e Domenico Mutino

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento**

Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 9/2013

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

eurilink

## Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

## Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Massimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

# La natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione emessa a seguito del ricorso straordinario al Capo dello Stato

di Ferdinando Tufarelli

La decisione che si commenta ha origine da un ricorso per l'ottemperanza di una decisione emessa a seguito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, di cui il ricorrente ne lamentava la mancata esecuzione; la decisione di accoglimento del ricorso straordinario era stata emessa in conformità al parere del Consiglio di Stato.

La sezione del consiglio di Stato competente ha sottoposto la questione all'Adunanza plenaria al fine di ottenere una pronuncia che definisca la natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario e del giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 6 maggio 2013, n. 9, ha riconosciuto carattere sostanzialmente giurisdizionale alla decisione conclusiva del ricorso straordinario al Capo dello Stato; la medesima pronuncia ha riconosciuto la competenza del Consiglio di Stato, in unico grado, a decidere su un eventuale ricorso per l'ottemperanza della predetta decisione.

La sentenza rappresenta un importante traguardo nel risolvere la questione di diritto affrontata più volte dalla giurisprudenza e dalla dottrina relativamente alla natura giuridica della decisione resa a seguito della presentazione del ricorso straordinario e sull'individuazione del giudice per l'ottemperanza. Non è possibile tuttavia mettere la parola fine a tale dibattito che risulterà

invece alimentato da questa pronuncia che ha già ispirato nuovi commenti e prese di posizioni. Anzi è corretto leggere tale decisione come la conferma che il ricorso straordinario continua ad essere un atto dalla natura difficilmente inquadrabile in giurisdizionale e o amministrativa malgrado le diverse pronunce giurisprudenziali e le novità legislative di questi ultimi anni.

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, la cui nascita si fa risalire al 1723 con il ricorso Grazioso al sovrano, è nel nostro ordinamento fra i più importanti mezzi alternativi per la risoluzione di controversie. L'importante funzione di "mezzo di garanzia della legalità e della imparzialità" della pubblica amministrazione e strumento aggiuntivo, per i cittadini, rispetto a quelli ordinari, di tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi è stato sottolineato in più occasioni dalla Corte costituzionale (*ex multis* sent. n. 298/1996).

La motivazione della sentenza dei giudici di Palazzo Spada descrive, preliminarmente, quali siano le ragioni alla base dei due maggiori indirizzi giurisprudenziali, sviluppatasi in questi anni riguardo alla natura da assegnare all'atto finale del ricorso straordinario.

Il primo di questi indirizzi valorizza il ruolo svolto dalle diverse modifiche normative che avrebbero confermato la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, sì che venga assicurata "un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente" Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638. La

stessa pronuncia finirà poi per seguire tale posizione.

Vi è invece giurisprudenza, ritenuta minoritaria, la quale conferma che anche dopo le diverse modifiche normative, il ricorso straordinario possa e debba essere considerato un procedimento particolare che non può essere qualificato come giurisdizionale, a causa soprattutto della mancanza di elementi tipici dell'attività giurisdizionale quali il contraddittorio tra le parti, l'istruzione probatoria e il doppio grado del giudizio. Vanno aggiunti poi elementi più formali come ad esempio l'assenza della sospensione feriale dei termini per i ricorsi straordinari al Capo dello Stato. E' sostanzialmente per queste ragioni che, secondo quest'indirizzo, l'atto finale che conclude il ricorso straordinario non può considerarsi una decisione di natura giurisdizionale.

E' necessario, al fine di avere un quadro preciso della situazione, porre particolare attenzione alla sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza delle Sezioni riunite Prima e Seconda del 21 marzo 2012, n. 02131/2012 del 7 maggio 2012) la quale assume una posizione intermedia fra gli orientamenti giurisprudenziali ora illustrati. Molto chiaramente la sentenza precisa che "il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce quindi a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo. Né l'equiparazione alla giurisdizione può dirsi piena". Il giudice amministrativo ripercorre tutto lo sviluppo giurisprudenziale e dottrinale formatosi intorno al ricorso straordinario evidenziandone i momenti maggiormente significativi. In particolare nella pronuncia del Marzo 2012 si evidenzia che un impulso importante al dibattito è stato recato dalla Corte di Giustizia che nelle cause riunite C-9/96 e 79/96 "ha qualificato il Consiglio di Stato in sede consultiva nell'ambito del procedimento per la decisione del ricorso straordinario come giudice nazionale, in quanto tale idoneo a sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione in-

nanzi al giudice comunitario". In particolare il ragionamento della Corte di Lussemburgo, analizza le caratteristiche comuni tra l'organo competente sul ricorso straordinario con quello giurisdizionale individuandone alcune comuni quali l'identità delle condizioni di esperibilità, di *petitum* e dei motivi di doglianza, garanzia del contraddittorio fra le parti in causa e del principio di imparzialità; i giudici europei sostengono quindi che il Consiglio di Stato, quando emette il suo parere nel corso del procedimento, svolge, in effetti, una funzione non amministrativa, ma giurisdizionale idonea ad essere ricompresa nella definizione dell'art. 234 del Trattato. Da tale pronunciamento il legislatore italiano ha iniziato a cercare di rendere giurisdizionale la decisione emessa a seguito della presentazione di un ricorso straordinario, posizione a cui si è allineata anche parte della dottrina.

La posizione assunta dal giudice comunitario non può essere, seguendo le motivazioni della sentenza delle sezioni prima e seconda, però per il Consiglio di Stato decisiva per risolvere la questione della natura giuridica del ricorso al capo dello Stato. Si deve infatti tener conto che il giudice comunitario è chiamato a fornire una sua interpretazione in ordine alla legittimazione dei soggetti ad accedere alla sua giurisdizione (art. 177 del Trattato), e non a definire una controversia. Il giudice dell'Unione europea ha quindi riconosciuto la natura di giudice nazionale al Consiglio di Stato senza tuttavia riconoscere la natura giurisdizionale al parere emesso dal giudice amministrativo nel procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Da ciò deriva che "la qualificazione data, a propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato non può essere la riprova dell'avvenuto acquisto da parte dell'organo consultivo, anche nell'ordinamento giuridico di appartenenza, di poteri decisori che non gli competono e che l'ordinamento non gli ha mai attribuito" (n. 02131/2012 del 7 maggio 2012 sent. citata).

Tornando alla sentenza n. 9 del 2013 emessa dall'adunanza plenaria dei giudici di Palazzo Spada, questa attribuisce notevole importanza agli interventi normativi, ed individua in particolare tre fondamentali svolte normative.

• La prima novità è attribuita alla legge 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*) con cui il legislatore avrebbe inteso superare la lettura data dalla Corte costituzionale (sent. n. 254/04) che ha considerato il ricorso straordinario quale atto di carattere amministrativo. In particolare la Corte ha ritenuto questa conclusione ineludibile alla luce del dato che ove il ministro competente intenda proporre al Capo dello Stato una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, doveva (prima dell'entrata in vigore della citata norma) sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale. Mediante l'art. 69 della predetta legge del 2009, il legislatore, proprio al fine di superare le perplessità del giudice delle leggi, ha previsto per il Consiglio di Stato la possibilità, di sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di decisione del ricorso straordinario, (art. 69, comma 1); al contempo ha attribuito natura vincolante al parere del Consiglio di Stato, modificando la legge che prevedeva la possibilità di superare il parere da parte del Consiglio dei ministri (art. 69, comma 2 lett. b). Con il riconoscimento del carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato, si individua in tale atto del giudice amministrativo una sorta di "decisione preliminare sicché solo impropriamente questo possa ancora essere definito parere, assurgendo a vera e propria decisione del ricorso<sup>1</sup>. Il parere reso dal Consiglio di Stato assume quindi sempre più la veste di una decisione, equiparabile sostanzialmente ad una decisione giurisdizionale. Da

tempo la dottrina più autorevole aveva segnalato (per tutti M.S. Giannini) come i pareri di natura vincolante non possono essere qualificati come pareri, ma come vere e proprie decisioni. E' certamente questa una delle maggiori argomentazioni che permette di considerare il rimedio del ricorso straordinario sempre più vicino ad una decisione giurisdizionale. E' infatti proprio sulla base di tale affermazione che il ricorso al Capo dello Stato viene di sovente individuato come una esternazione del decisum del Consiglio di Stato.

• La seconda: l'art. 7, comma 8 del decreto legislativo n. 104 del 2010 (*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*) il quale limita il ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. La Plenaria ritiene che tale disposizione fotografa e prende atto delle modifiche normative; il riconoscimento della possibilità di proporre ricorso alle sole controversie in cui il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione fa sì, infatti, che la giurisdizione si atteggi come presupposto generale di ammissibilità di tale strumento. Il ricorso straordinario, con la modifica normativa citata, perde la sua connotazione di provvedimento di carattere amministrativo essendo ormai attratto nell'alveo della giurisdizione amministrativa; da ciò consegue che il ricorso straordinario possa essere considerato una sorta di forma semplificata di giurisdizione. Il ricorso ottiene quindi la dignità di decisione giurisdizionale, assumendo le vesti di una forma speciale di decisione direttamente assimilabile alla giurisdizione amministrativa. Tale intervento normativo ha dirette conseguenze anche sull'interpretazione di un'altra delle caratteristiche fondamentali di tale figura: l'alternatività. Il ricorso straordinario divenuto ammissibile per le sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, è ora mezzo alternativo al solo ricorso al tribunale amministrativo di primo grado.

<sup>1</sup> C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

• La terza è rappresentata sempre da una disposizione del Codice del processo amministrativo: l'art. 48, comma 1 del Codice prevede la facoltà di opposizione prevista dall'art. 10 del d.p.r. n. 1199/1971 (*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*) in favore di qualsiasi "parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario"; con tale intervento normativo il legislatore sembra qualificare in modo analogo sia la fase processuale del ricorso innanzi al T.A.R. sia quella del ricorso straordinario. La "generalizzazione della facoltà di opposizione" garantita in questo modo ai controinteressati e ai cointeressati appare garantire il rispetto del principio del contraddittorio, assicurando la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e con il principio del doppio grado di giudizio "in quanto l'unicità del grado e la caratterizzazione semplificata dell'istruttoria trovano fondamento nell'accordo sostanziale tra le parti". Il comma 3 del medesimo art. 48 configurerebbe, poi, una forma speciale di *translatio iudicii* che sembra quindi far pensare al ricorso straordinario come la continuazione dello stesso giudizio già instaurato con il ricorso al giudice amministrativo: mutamento del rito che non altera però la oramai riconosciuta natura giurisdizionale.

La pronuncia riferisce poi di un'importante sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 23464 del 19 dicembre 2012), che ha riconosciuto la natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione adottata a seguito del ricorso; il carattere giurisdizionale deriverebbe direttamente dal carattere vincolante riconosciuto dal legislatore al parere del Consiglio di Stato: "la valenza di decisione costituente esercizio di giurisdizione riferibile, nel contenuto recato dal parere vincolante, al Consiglio di Stato, *naturaliter* sottoposta al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per soli motivi inerenti alla giurisdizione".

La Suprema Corte ritiene poi che, la garanzia del doppio grado di giurisdizione, fortemente

richiamata come caratteristica fondamentale anche da recenti pronunce della Corte costituzionale (Sent. n. 108/2009), è comunque garantita in quanto sono le stesse parti a scegliere il procedimento speciale che consente l'accesso direttamente al Consiglio di Stato.

La pronuncia della Plenaria si conclude con l'affrontare l'altro quesito relativo all'individuazione del giudice competente a pronunciarsi su un eventuale giudizio di ottemperanza della decisione.

La stessa pronuncia ricorda preliminarmente che vi è identità di pensiero con la Corte di Cassazione, in relazione all'ammissibilità del ricorso per ottemperanza dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari.

Per individuarne la competenza, il giudice amministrativo basa il suo ragionamento su ragioni teleologiche e letterali.

Analizzando gli articoli 112 e 113 del Codice sul processo amministrativo, l'Adunanza plenaria ritiene che la decisione emessa sul ricorso al Capo dello Stato, debba essere equiparata ai provvedimenti del giudice amministrativo di cui all'art. 112, comma 2 lett. b), ("delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo") dello stesso Codice; in tal modo il giudice competente per l'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario è individuato dal successivo art. 113, comma 1, in quanto il Consiglio di Stato appare essere "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta". La decisione sul ricorso viene quindi inclusa fra "gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo" non tanto per un'imputazione formale dell'atto ma al dato sostanziale della paternità ideologica della decisione". La sentenza anzi si spinge sino a ritenere che l'unica motivazione del ricorso vada ricercata facendo rinvio al contenuto della decisione giurisdizionale resa dal Consiglio di Stato mediante "l'applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza".

L'argomentazione letterale per cui si riconosce nel Consiglio di Stato il giudice dell'ottemperanza della decisione, si basa su fatto che è lo stesso giudizio di ottemperanza che presuppone l'esistenza di un procedimento di natura giurisdizionale; la natura giurisdizionale della decisione adottata in questo caso, deriva direttamente dal parere vincolante del Consiglio di Stato. Ne consegue poi "l'estraneità al perimetro del giudizio di ottemperanza dell'attività di esecuzione di provvedimenti amministrativi equiparati, solo a limitati fini a decisioni giurisdizionali".

I giudici di Palazzo Spada, ritengono quindi non si possa più pensare al ricorso amministrativo come un rimedio di carattere amministrativo: sostanzialmente ritengono che il ricorso straordinario fino alla riforma normativa del 2009, rappresentava un provvedimento amministrativo alternativo ad una decisione giurisdizionale non assumendone però la dignità di decisione giurisdizionale<sup>2</sup>. Il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso incontra tuttavia forti resistenze che sono ravvisabili non tanto in elementi burocratici e formali, ma soprattutto nella necessità che un rimedio giustiziale debba assicurare e garantire i cittadini coinvolti: Non appaiono rispondenti a tali fini la segretezza dell'istruttoria l'assenza di discussione orale e l'assenza di un contraddittorio: Tali elementi sono posti alla base di numerose pronunce della giurisprudenza costituzionale che li pongono come elementi direttamente derivanti dagli articoli 24 e 113 della Carta costituzionale.

---

<sup>2</sup> Da relazione al Convegno "Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione" svoltosi in data 6 giugno 2013 presso l'Università Luiss – Guido Carli di Roma.

