



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo 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. 9/2014

estratto

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

ISSN 2036-7821

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, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, 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 editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La natura giuridica del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

di Nicolina Fontana*

Sommario

1. Premessa – 2. La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2013 – 3. La questione giuridica oggetto della sentenza ed il *decisum*– 4. Il quadro normativo di riferimento – 5. Gli orientamenti della dottrina – 5.1 La dottrina precedente alla L. 69/2009 ed al C.P.A – 5.2 La dottrina successiva alla L. 69/2009 ed al C.P.A – 6. Gli orientamenti della giurisprudenza – 6.1 La giurisprudenza precedente alla L. 69/2009 e del C.P.A.– 6.2 La giurisprudenza successiva alla L. 69/2009 ed al C.P.A.– 7. Le affermazioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9/2013 e della Corte Costituzionale 73/2014 – 8. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa

Il presente contributo nasce dalla esigenza di fare il punto su di un tema in ordine al quale può ben dirsi non essersi ancora formata una opinione unanime, sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Lo spunto principale della riflessione, invero, è dato dalla singolare circostanza che l'Adunanza Plenaria – che per antonomasia dovrebbe indicare per un lasso di tempo, non breve, un orientamento 'omogeneizzante' – ha significativamente mutato indirizzo in un brevissimo arco temporale: il riferimento è, evidentemente, alla radicale differenza tra la posizione assunta nella decisione n. 2131/2012 e quella presa, da ultimo, nella sentenza n. 9/2013.

Questa più recente pronuncia (cd. 'gemella' della n. 10/2013) offre, per così dire, il paradigma per una riflessione sul tema della natura giuridica del provvedimento con il quale si decide il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Con riguardo alla dottrina, per la verità espressasi sul punto non frequentemente, occorre sin d'ora riferire della non sopita contrapposizione tra i fautori della natura amministrativa del decreto decisorio, da un lato, ed i sostenitori della natura giurisdizionale del medesimo decreto, dall'altro lato. Fra gli uni e gli altri va considerata la posizione di coloro i quali, da sempre, hanno sostenuto la fondatezza della tesi cd. *intermedia*.

Della giurisprudenza, si darà conto nel prosieguo del lavoro che, come accennato, prende le mosse dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9/2013 con riferimento alla quale, dopo aver richiamato la vicenda sostanziale che ha dato origine a quella processuale, e dopo aver illustrato i termini della questione giuridica sottesa, verranno analizzati i passaggi attraverso i quali il giudice amministrativo è pervenuto alla decisione.

Al fine di adeguatamente perseguire questo scopo, dovranno essere presi in considerazione, nell'ordine, il quadro normativo di riferimento, nonché gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.

2. La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2013

La vicenda che ha originato la sentenza n. 9/2013 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nasce dalla presentazione del ricorso per l'ottemperanza del giudicato formatosi sul decreto decisorio del Capo dello Stato del 18/5/2010, emesso in conformità al parere del Consiglio di Stato del 1/12/2009.

Il ricorrente, ufficiale delle forze armate, aveva chiesto all'INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica) il rimborso del contributo dello 0,5% previsto dall'art. 11 L. 8/4/1952 n. 212 all'atto della cessazione del cd. «periodo di ausiliaria», qualora gli ufficiali non avessero già usufruito di una richiesta di erogazione di prestito.

L'ufficiale interessato, vistosi negare il rimborso e proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l'annullamento del provvedimento di diniego, otteneva l'accoglimento della richiesta in sede di emissione del decreto decisorio, conforme al parere espresso dalla competente sezione consultiva del Consiglio di Stato. Con tale parere, il Supremo Collegio amministrativo (sezione III, conformemente all'indirizzo espresso dalla sezione II) aveva sostenuto l'illegittimità del diniego di rimborso del contributo versato, argomentando che non poteva ritenersi intervenuta, per gli ufficiali in ausiliaria, l'abrogazione tacita della normativa di cui alla L. 212/1952 per il solo fatto della entrata in vigore dell'art. 141, T.U. 1092/1973, in materia di rimborsi.

Nonostante il ricorso straordinario presentato dall'ufficiale interessato fosse stato accolto, non intervenendo il consequenziale provvedimento di liquidazione, il ricorrente vittorioso attivava il giudizio di ottemperanza innanzi al G.A. (Consiglio di Stato, Sez. VI) al fine di vedere soddisfatta la sua fondata pretesa.

Nel giudizio incardinato presso il Consiglio di Stato si costituiva anche l'INPS (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, successore *ex lege* dell'INPDAP, ai sensi dell'art. 21, co. 1, D.L. 6/12/2011 n. 201, convertito in L. 22/12/2011 n. 214) che chiedeva la reiezione del ricorso introduttivo atteso che – così sottolineava l'Ente previdenziale – il ricorrente aveva già chiesto ed ottenuto un piccolo prestito in costanza del periodo di collocamento in ausiliaria, diversamente da quanto egli aveva sostenuto nella originaria istanza di rimborso del 19/10/2005 (in cui aveva dichiarato, viceversa, di non aver contratto prestiti nel periodo di ausiliaria).

Ciò premesso, il Collegio giudicante, considerata ammissibile la questione sottoposta al suo giudizio con riferimento alla natura dell'atto da eseguire, ai fini della proponibilità del giudizio di ottemperanza e della individuazione dell'organo giurisdizionale competente, la sottoponeva alla cognizione dell'Adunanza Plenaria, *ex art. 99 C.P.A.*, per la soluzione delle sottese questioni di diritto oggetto di annosi contrasti giurisprudenziali (e non). Questioni relative, da un lato, alla natura (amministrativa o giurisdizionale) della decisione emessa in esito alla presentazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato e, dall'altro lato, al giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per l'ottemperanza ai sensi dell'art. 113 C.P.A.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 6/5/2013 n. 9, pronunciandosi sulla questione di diritto sottoposta alla sua attenzione, ha riconosciuto alla decisione sul ricorso straordinario del Repubblica, emessa su con-

forme parere del Consiglio di Stato, natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, carattere sostanzialmente giurisdizionale. Conseguentemente, ha riconosciuto la competenza del Consiglio di Stato, in unico grado, a decidere sull'eventuale ricorso per l'ottemperanza della decisione in parola¹.

Alla luce di quanto appena riferito, emerge che della vicenda rimessa all'Adunanza Plenaria, la questione sulla quale è opportuno soffermarsi è, senza dubbio, quella della natura (amministrativa o giurisdizionale) della decisione che decide il ricorso straordinario essendo direttamente collegata alla soluzione di essa – come meglio si dirà nelle pagine che seguono – la trattazione delle altre argomentazioni critiche poste all'attenzione dell'Adunanza Plenaria (il riferimento è, *in primis*, all'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza della decisione straordinaria del Capo dello Stato).

3. La questione giuridica oggetto della sentenza ed il decisum

Con l'ordinanza di rimessione del 1/2/2013, n. 636, la Sezione VI del Consiglio di Stato, preso atto dell'irrisolto dibattito sulla natura della decisione sul ricorso straordinario, sottopone la questione all'Adunanza Plenaria, esprimendo considerazioni critiche sulla infruttuosità sortita dalla sentenza del 7/5/2012, n. 2131, della medesima Adunanza Plenaria, nella quale il ricorso straordinario era stato qualificato come «rimedio [...] tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo»², per ragioni che si facevano risalire alla giuri-

sprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea.

Nell'ordinanza n. 636/2013, il G.A. individua alcune circostanze «preclusive di un'acritica equiparazione [del ricorso straordinario] ai ricorsi proposti in sede giurisdizionale e conclusi con sentenza» ed, in particolare, sostiene che: «a) appare innegabile che – per i pareri emessi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, dopo l'emanazione della legge n. 69/2009 – sia configurabile un'accezione nuova e non meramente provvedimentale dell'atto, conformemente emesso in forma di decreto presidenziale; b) la piena assimilazione di tale atto ad una sentenza risulta, d'altra parte, da escludere, per i delicati interrogativi che dovrebbero porsi, in caso contrario, in rapporto all'art. 111 della Costituzione e all'art. 6 CEDU; c) appare ragionevole ritenere che [...] la presa d'atto, ormai vincolata, proveniente dall'Amministrazione e formalmente espressa dal Capo dello Stato sia da considerare non “provvedimento esecutivo del giudice amministrativo”, ma provvedimento equiparato a sentenza ai fini dell'esecuzione (nei limiti delle statuizioni nel parere stesso contenute), con conseguente riconducibilità della fattispecie all'art. 112, comma 2, lettera d) c.p.a.».

In ragione di ciò – conclude il giudice rimettente – la decisione sul ricorso straordinario non perde «il formale carattere di provvedimento», sebbene risulti rafforzato sul piano della esecutorietà.

Con la sentenza del 6/5/2013, n. 9, invece, l'Adunanza Plenaria – non accogliendo le considerazioni contenute nell'ordinanza di rimessione – riconosce al decreto presidenziale decisorio, emesso su conforme parere del Consiglio di Stato, natura di decisione di giustizia e, quindi, carattere sostanzialmente giurisdizionale.

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

¹ Cons. St., Ad. Pl., sent. 06/05/2013, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it. Le massime di questa sentenza sono riprodotte in calce al presente scritto.

² Cons. St., Ad. Pl., sent. 07/05/2012 n. 2131, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tale decisione offre, perciò, lo spunto per ragionare sull'eventuale definitivo riconoscimento della natura giurisdizionale della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato e, dunque, sulla plausibilità del superamento della tradizionale linea interpretativa orientata, invece, nel senso del riconoscimento – ad essa decisione – della natura amministrativa, pur nella consapevolezza dei profili di specialità che la contraddistinguono.

La questione della natura amministrativa o giurisdizionale del decreto decisorio, e delle implicazioni che l'adesione all'una o all'altra tesi può avere in ordine alla individuazione dell'organo giurisdizionale competente a pronunciarsi sull'eventuale ricorso per ottemperanza, evidentemente, non è nuova essendo stata essa, più volte, al centro di un acceso dibattito, sia in dottrina sia in giurisprudenza (civile ed amministrativa); dibattito che è pervenuto a soluzioni non sempre univoche.

La tenuta del ragionamento fatto dai giudici dell'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2013 va quindi verificata, anche e soprattutto, alla luce delle modifiche introdotte, sia con la L. 69/2009 sia – e principalmente – con il codice del processo amministrativo (d'ora in poi C.P.A.). Essa riconosce al «decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, [...] natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, [...] carattere sostanzialmente giurisdizionale derivandone, da ciò, il superamento delle 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».

In particolare, statuisce che, in materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato, il decreto presidenziale che recepisce il parere del Consiglio di Stato, pur non essendo, in ragione della

natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, costituisce «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. Pertanto, poiché il decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, reso in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, rientra nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell'art. 112, comma 2, c.p.a., il ricorso per l'ottemperanza andrà proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, c.p.a. dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta».

Nella motivazione della sentenza n.9/2013, in effetti, si fa ampio riferimento ai due orientamenti assuntisi sulla questione. Si riferisce anzitutto «un primo, maggioritario, indirizzo» secondo cui «il nuovo assetto normativo avrebbe consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola, in modo da assicurare 'un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente' (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638)». Dall'adesione a siffatto orientamento viene fatto discendere il duplice corollario dell'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza del decreto presidenziale inattuato e del radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato alla stregua del combinato disposto dell'art. 112, co. 2, lett. b), C.P.A. e 113, co. 1, C.P.A.³.

³ In tal senso, Cons. St. Ad. Pl., sent. 05/06/2012, n. 18. Negli stessi termini, *ex multis*, Cass. Civ., SS. UU., sent. 28/01/2011, n. 2065; 10/03/2011, n. 5684; 28/04/2011, n. 9447; 19/07/2011, n. 15765; 13/10/2011, n.21056; 22/12/2011, n. 28345; 28/12/2011, n. 29099; 15/03/2012, n. 2129.

A seguire viene richiamato «un secondo, minoritario, approccio ermeneutico (Cons. Stato, sez. III, Ordinanza 4 agosto 2011, n. 4666; sez. I, parere 7 maggio 2012, n. 2131), sposato dall'ordinanza di rimessione» nell'opinione del quale «anche dopo le modifiche normative [...] il rito del ricorso straordinario continuerebbe a presentare profili di specialità rispetto al procedimento schiettamente giurisdizionale – con precipuo riferimento ai nodi essenziali del contraddittorio, dell'istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio – tali da indurre a qualificare l'atto conclusivo della procedura come provvedimento amministrativo, solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza». D'altra parte, non diversamente dai sostenitori del primo orientamento, secondo l'Adunanza Plenaria, anche per quelli che hanno sposato il secondo, è esperibile il giudizio di ottemperanza per la piena esecuzione del *decisum* conseguente a ricorso straordinario, sebbene essi ritengano che il decreto decisorio non vada considerato come un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo *ex art. 112, co. 2, lett. b)*, C.P.A. bensì come un provvedimento equiparato alle sentenze ai sensi della successiva lett. d). Se ne consegue che, evidentemente, il giudice competente per l'ottemperanza (art. 113, co.2, C.P.A.) non può essere il Consiglio di Stato bensì il Tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento equiparato a sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza (dunque il Presidente della Repubblica è, in un certo senso equiparato a 'giudice'), e cioè il TAR del Lazio. Non v'è dubbio che con la sentenza n. 9/2013 l'Adunanza Plenaria sposi il secondo orientamento, in discontinuità con l'avviso da essa stessa manifestato con la sentenza n. 18/2012. E nel farlo si rivela determinante lo *jus superveniens* (L. 69/2009 e C.P.A.) che ha esplicitamente riconosciuto, da un lato, il carattere vincolante

del parere espresso dal Consiglio di Stato e, dall'altro lato, la legittimazione in capo allo stesso Consiglio a sollevare – in sede di emissione del parere – questione di legittimità costituzionale.

Del resto nella sentenza n. 9/2013 si fa espresso riferimento al C.P.A.: in essa si legge che «la matrice sostanzialmente giurisdizionale del rimedio del ricorso straordinario è corroborata dalle indicazioni ricavabili dal codice del processo amministrativo di cui al D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

Con riferimento al carattere vincolante del parere espresso dal Consiglio di Stato, l'argomento di diritto positivo a sostegno della tesi sposata è indicato nell'art. 7 C.P.A. che nel definire il concetto e la estensione della giurisdizione amministrativa, al co. 8, limita l'ammissibilità del ricorso alle sole controversie «devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo», e quindi alle fattispecie nelle quali, in ragione della consistenza della posizione soggettiva azionata, o in funzione della materia di riferimento, il G.A. è dotato di giurisdizione. La decisività dello *jus superveniens* nel determinare la decisione dell'Adunanza Plenaria, d'altra parte, viene riconosciuta anche dalla Cassazione la quale – secondo l'Adunanza Plenaria – nel dicembre 2012, sarebbe stata indotta, proprio dalla valorizzazione delle coordinate normative di cui alla L. 69/2009 ed al D.lgs. n. 104/2010, ad assegnare al decreto che definisce il ricorso straordinario «la valenza di decisione costituente esercizio della 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 *ex artt. 111, comma 8, Cost., 362, comma 1,*

c.p.c. e 110 c.p.a.»⁴. Per la Suprema Corte infatti, «il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, con il corollario dell'ammissibilità del sindacato della Corte di Cassazione sul rispetto dei limiti relativi alla giurisdizione, non contrasta con il disposto dell'articolo 125, comma 2, Cost., in materia di istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado», atteso che – anche a non considerare che la riserva elaborata dalla giurisprudenza costituzionale intende in realtà impedire l'attribuzione ai tribunali amministrativi regionali di competenze giurisdizionali in unico grado⁵ – in ogni caso «la garanzia del doppio grado di giurisdizione è pienamente assicurata dalla circostanza che sono le stesse parti ad optare per il procedimento speciale che consente l'accesso per saltum al Consiglio di Stato»⁶.

Diversamente, si deve invece argomentare in ordine alla riconosciuta legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare, in via incidentale, questione di legittimità costituzionale.

Per i giudici di Palazzo Spada, invero, «non si pone un problema di compatibilità, rispetto alla riserva di legge costituzionale relativa alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137 Cost., comma 1), della [...] previsione che legittima il Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario, a sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, dal momento che non è precluso al legislatore ordinario – nel rispetto del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali – di riconoscere o confermare la natura giurisdizionale di una sede in cui una controversia è dibattuta

tra le parti in contraddittorio ed è decisa da un giudice terzo ed imparziale ai sensi dell'art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23».

La diversità di conclusioni sulla natura del decreto decisorio del ricorso straordinario cui pervengono i diversi orientamenti richiamati non conduce – così come poc'anzi ricordato – ad una diversa conseguenza in merito alla sua ottemperabilità. Entrambi gli orientamenti convergono infatti sulla risposta affermativa⁷. Ciò che li differenzia – come appare conseguentemente logico – è l'individuazione del giudice competente per l'azione di ottemperanza concernente il decreto decisorio inattuato.

Relativamente a questo profilo, al punto 5.2 della sentenza n. 9/2013 viene precisato che l'art. 113 C.P.A., «nell'individuare il giudice competente in sede di ottemperanza, dispone che il ricorso si propone, nel caso di cui all'art. 112, comma 2, lettere 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

⁷E non potrebbe essere diversamente giacché in virtù della nuova formulazione dell'art.112, co. 1, C.P.A., il medesimo decreto è in ogni caso ottemperabile, sia che lo si faccia rientrare tra i provvedimenti di cui alle lett. a) e b), sia che lo si faccia rientrare tra i provvedimenti di cui alle lett. c), d) ed e). Nella sentenza 9/2013 si legge infatti che «quanto alla questione di competenza, l'articolo 112 del codice del processo amministrativo, 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. a), delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b), delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (lett. c), delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza (lett. d) nonché dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (lett. e)».

⁴ Così Cass. Civ., SS.UU., sent. 19/12/2012, n. 23464 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ Così Corte cost., sent. n. 108/2009, in *Giur. cost.*, 2009.

⁶ Sono ancora le parole della Cass. Civ., SS.UU., sent.19/12/2012, n. 23464.

del tutto conforme) (comma 1), mentre nei casi di cui all'art. 112, comma 2, lettere c), d) ed e), il ricorso va proposto al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza (co. 2)»⁸. Si legge inoltre che, «le considerazioni formulate in merito alla qualificazione della decisione su ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadabile nel sistema della giurisdizione amministrativa conducono al precipitato indefettibile della collocazione del decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell'art. 112, comma 2». Da ciò viene fatto conseguentemente discendere che il ricorso per l'ottemperanza va proposto, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta (art. 113, co.1, C.P.A.)⁹: Il riconoscimento di tale competenza in capo al Consiglio di Stato¹⁰ – per

l'Adunanza Plenaria – troverebbe giustificazione su di «un accordo sostanziale tra le parti secondo uno schema consensuale non dissimile da quello che permea il ricorso per *saltum ex art. 360, co.2, c.p.a.*», e perciò «scongiurerebbe l'anomalia logica della previsione di un giudizio di esecuzione in doppio grado finalizzato all'attuazione di uno *iussum iudicis* perfezionatosi all'esito di un giudizio semplificato in grado unico»¹¹.

Tanto premesso, scopo finale del presente lavoro è chiarire la natura del decreto decisorio del Capo dello Stato, anche alla luce del ragionamento dell'Adunanza Plenaria n. 9/2013.

Si cercherà in particolare di stabilire se, relativamente ad esso decreto, possa dirsi definitivamente determinata la «piena giurisdizionalizzazione»¹², o se invece se ne debba comunque continuare a professare la natura amministrativa.

Uno scopo così ambizioso – com'è evidente – non potrebbe essere adeguatamente perseguito se non previo esame preliminare del quadro normativo di riferimento e degli orientamenti

⁸ Si delinea così una netta distinzione fra l'ottemperanza di sentenze e l'ottemperanza degli altri provvedimenti del giudice amministrativo (art. 112, comma 2, lett. a) e b), per i quali è prevista la competenza del giudice amministrativo che ha emesso la sentenza o il provvedimento, e l'ottemperanza delle sentenze passate in giudicato, o degli altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice ordinario o di altri giudici, nonché dei 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, co. 2, C.P.A.

⁹ Conformi Cass. Civ., SS. UU., sent. 28/01/2011 n. 2065 e 15/03/2012 n. 2129; Cons. St., Ad. Pl., sent. 05/06/2012 n. 18; Cons. St., sez. IV, sent. 29/08/2012. n. 4638; Cons. St., sez. VI, sent. 10/06/2011 n.3513.

¹⁰ Si richiama a conforto anche la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile, la n. 23464 del 19/12/2012, secondo cui il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, con il corollario dell'ammissibilità del sindacato della Corte di Cassazione sul rispetto dei limiti relativi alla giurisdizione, non con-

trasta con il disposto dell'articolo 125, comma 2, Cost., in materia di istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado, in quanto, anche a non considerare che la riserva elaborata dalla giurisprudenza costituzionale intende in realtà impedire l'attribuzione ai tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado, in ogni caso la garanzia del doppio grado di giurisdizione è pienamente assicurata dalla circostanza che sono le stesse parti ad optare per il procedimento speciale che consente l'accesso per *saltum* al Consiglio di Stato.

¹¹ Non v'è d'altronde chi non veda come una simile aporia contraddirebbe, proprio nella nevralgica fase dell'esecuzione, le esigenze perseguite dal legislatore mediante la previsione di un rito speciale e semplificato finalizzato a consentire, nell'accordo tra le parti, una sollecita definizione della controversia.

¹² La locuzione è quella adoperata dalla giurisprudenza amministrativa, e segnatamente dalla Ad. Pl. 9/2013.

elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggiormente rappresentative.

4. Il quadro normativo di riferimento

Il tradizionale istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato è stato oggetto di recenti e profonde innovazioni legislative le quali sembrerebbero aver inciso significativamente sulla configurazione giuridica di esso.

L'art. 3, co. 4, L. 21/7/2000, n. 205, recante '*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*', prevede che «nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell'art.8 del DPR n. 1199 del 24.11.1971, dietro conforme parere del Consiglio di Stato, su richiesta del ricorrente, possa essere concessa la sospensione dell'atto impugnato [...] laddove siano allegati danni gravi ed irreparabili». Il D.lgs. 12/4/2006, n. 163, cd. '*Codice dei contratti pubblici*', all'art. 245, al co. 2, sancisce l'applicazione degli strumenti di esecuzione di cui agli artt. 33 e 37 della L. 6/12/1971, n. 1034, con riguardo ai decreti di accoglimento dei ricorsi straordinari aventi ad oggetto atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici ed atti dell'Autorità di vigilanza sugli stessi.

Di portata più generale sono poi le novità introdotte con L. 18/6/2009 n. 69, recante '*Disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile*', da un lato, e quelle previste dal C.P.A., dall'altro lato.

La L. 69/2009, all'art. 69, attribuisce al Supremo Consesso amministrativo il potere di sollevare incidenti di costituzionalità in sede di emissione del parere su ricorso straordinario; parere al quale viene altresì conferito il carattere della immodificabilità essendo stata esclusa la facoltà del Ministro competente di sottoporre al Consiglio dei Ministri un progetto di decisione dif-

forme. Il menzionato art. 69 prevede in particolare che il Consiglio di Stato, «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 articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953 n. 87».

Per quanto concerne invece le novità introdotte dal C.P.A., va poi fatto cenno a quelle previste dagli artt. 7, 48 e 102. Al co. 8, l'art. 7 stabilisce che il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa¹³. L'art. 48 ripropone, invece, la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso ordinario al G.A. ed, in applicazione dell'art. 10, D.P.R. n. 1199/1971, riconosce altresì la facoltà di opposizione in favore di tutte le parti nei cui confronti fosse stato proposto il ricorso straordinario. L'art. 102, infine, nell'elencare i casi in cui è possibile esperire l'azione di ottemperanza, omette ogni riferimento esplicito al ricorso straordinario: tale omissione non è priva di rilievo se si pensa al fatto che la *ratio* iniziale della norma veniva ravvisata nella esigenza di porre fine all'annosa questione della ottemperabilità o meno della decisione emessa in esito alla presentazione del ricorso straordinario¹⁴; ed infatti, sia in dottrina

¹³ Nel senso dell'inapplicabilità dello *jus superveniens* ai ricorsi proposti in un turno di tempo anteriore all'entrata in vigore del codice si v. Cons. St, Ad Pl., sent. 22/02/2011, n. 4520.

¹⁴ L'art. 102 C.P.A. così recita: «l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; c) delle sentenze passa-

sia in giurisprudenza, si è discusso in ordine alla decisione del Capo dello Stato possa considerarsi ricompresa nella lista dei provvedimenti ottemperabili ex art. 112 C.P.A.¹⁵. I dubbi si sono appuntati essenzialmente sul collocare la decisione in parola fra quelle di cui alla lett. b), nel qual caso la decisione sul ricorso straordinario viene fatta rientrare fra i «provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» (così venendole negato il riconoscimento della definitività propria del giudicato); ovvero tra quelle di cui alla lett. d) (e questa sembrerebbe l'opzione largamente preferita in dottrina), nel qual caso la decisione sul ricorso straordinario viene fatta rientrare fra le «sentenze passate in giudicato ed agli altri provvedimenti ad esse equiparati» (così venendole invece riconosciuto il carattere di definitività proprio del giudicato).

La questione non è, evidentemente, senza rilievo, giacché dall'adesione all'una o all'altra delle

ipotesi prospettate derivano conseguenze toriche ed applicative notevolmente diverse¹⁶.

5. Gli orientamenti della dottrina

Il tema della natura giuridica del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è stato al centro di un intenso dibattito, sia in dottrina sia in giurisprudenza, in parte ancora in corso nonostante i recenti interventi di riforma.

Passando in rapida rassegna le più significative opinioni manifestatesi in dottrina, già da prima delle riforme del 2009 e del 2010, occorre riferirne secondo ciascuno dei due orientamenti in essa distinti: quello che sostiene la natura amministrativa dell'atto decisorio e quello che, diversamente, ne sostiene la natura giurisdizionale (e ciò a prescindere dalle conclusioni cui si perviene con riguardo alla collocazione dell'istituto del ricorso straordinario, nell'ambito del gravame amministrativo o in quello del gravame giurisdizionale)¹⁷.

te in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato; d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione; e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato».

¹⁵ In effetti, la dottrina maggioritaria sembra oramai non avere dubbi sull'ottemperabilità della decisione straordinaria in forza dell'art. 112 C.P.A. In contrasto si v. C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino 2011, 18, il quale sostiene che l'omessa inclusione della decisione sul ricorso straordinario nell'elenco di cui all'art. 112 C.P.A., co.2, conferma la sua non assoggettabilità al giudizio di ottemperanza e S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011.

¹⁶ Per un approfondito esame delle conseguenze dell'adesione all'una o all'altra ipotesi si v. G. MANCOSU, *Luci ed ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, 2011.

¹⁷ La *querelle* sulla natura (amministrativa o giurisdizionale) del ricorso straordinario ha radici antiche; sul punto S. MORELLI, *La problematica dimidiabilità del termine di trasposizione del ricorso straordinario nelle materie sensibili ex art. 23 bis l. 1034/71*, in *Corriere Giuridico* n. 4/2008, afferma che «la parabola del ricorso straordinario è scandita dalle tre fasi che ne segnano, rispettivamente, il passaggio dall'area della giustizia ritenuta (riservata al sovrano ed esercitata in forma «meramente graziosa» v. Costituzioni piemontesi del 1723), a quella della tutela delegata (in cui la firma del Re compare in calce ad un decreto istruito e deciso dal Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato [...]) e dal successivo avvicinamento all'area della giurisdizionalità, per tutto il periodo in cui, prima dell'istituzione della giurisdizione amministrativa speciale di legittimità [...] la tutela degli interessi legittimi [...] fu di fatto, appunto, assicurata dal ricorso straordinario, la sede del quale costituì il laboratorio per la sperimentazione ed introduzione di una serie di istituti di garanzia che

5.1. La dottrina precedente alla L. 69/2009 ed al C.P.A.

Fino alla emanazione della L. 69/2009 e del C.P.A. la dottrina si divideva fra chi sosteneva la natura amministrativa del decreto straordinario del Presidente della Repubblica e chi, viceversa, ne argomentava la natura giurisdizionale¹⁸.

Fra i primi v'era chi, autorevolmente, asseriva che «la natura amministrativa del ricorso straordinario [...] risulta [...] espressamente dichiarata dall'art. 34 T.U. C.d.S.: l'instaurazione della monarchia costituzionale, infatti, trasformò in un vero e proprio rimedio giuridico quello che in origine era stato un estremo appello alla grazia sovrana»¹⁹.

La tesi, seguita anche da altri esponenti della dottrina, si basava principalmente sulla mancanza, nel procedimento che caratterizza l'istituto del ricorso straordinario, di un giudice terzo ed imparziale; sulla circostanza che la decisione, con cui il procedimento si conclude, è

resa in ogni caso da un organo estraneo al plesso giurisdizionale; sulla impossibilità di esperire il giudizio di ottemperanza ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 234 Trattato CEE; sulla incompatibilità del rimedio straordinario con alcuni tipici strumenti giurisdizionali (ad es. quelli previsti dagli artt. 295 e 404 c.p.c. e quello del giudizio di revocazione ex art. 365 c.p.c.); sull'assenza del contraddittorio in senso stretto; sul difetto del doppio grado di giurisdizione; sulla possibilità di trasporre il ricorso in sede giurisdizionale, così come previsto dall'art. 10 del DPR 1169/1971²⁰.

Per contro, i sostenitori della tesi della natura giurisdizionale del decreto decisorio del Presidente della Repubblica inferivano una tale conclusione dal fatto che il ricorso straordinario al Capo dello Stato è «un istituto il quale sta a sé tra il diritto sostanziale e il diritto processuale»: la questione della natura giurisdizionale del ricorso straordinario e della decisione conclusiva di esso va risolta «tenendo conto anche dei precedenti storici e dei principi riguardanti le decisioni amministrative costituenti espressioni delle giurisdizioni speciali».

hanno segnato la storia della giustizia amministrativa». Per ulteriori approfondimenti circa la storia del ricorso straordinario, si v. L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 04, 691 e L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, 2009, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Per avere una prospettiva cd. 'ante-riforma' di carattere monografico, si v. oltre a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in AA. VV., *Diritto Amministrativo* (a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA), Bologna, 2005, II, 407 e ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2006, pp. 950-951; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2008, p. 173; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di Amministrazione giustiziale*, Milano 2008, pp. 244-245.

¹⁹ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, II, 1265.

²⁰ Tra i sostenitori della tesi secondo cui il procedimento che caratterizza il ricorso straordinario al Capo dello Stato ha natura amministrativa si v. tra gli altri: L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. Amm.*, 1990, p. 226 ss.; R. VILLATA, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 191 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza e il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.* 1995, p. 976 ss.; P. CARPENTIERI, *Giudicato e atti successivi dell'Amministrazione tra ottemperanza e azione impugnatoria ordinaria*, in *Foro amm.*, 1996, p. 1042 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, p. 523 ss.; S. GIACCHETTI, *La lunga marcia del giudizio d'ottemperanza verso la ragionevolezza*, in *Cons. Stato*, 2002, II, p. 981 ss.; C. E. GALLO, *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 478 ss.; M. FRATTINI, *Giudizio di ottemperanza: natura ed effetti*, in *Urb. e App.*, 2008, p. 183 ss.

Per i fautori di tale orientamento da un lato, «i concetti di giurisdizione e di giudicato risalgono ai soppressi sistemi unitari del contenzioso amministrativo e sono stati a lungo riferiti anche alla decisione sul ricorso amministrativo»²¹; dall'altro lato, la cd. 'indole' giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato, e dunque del decreto decisorio conclusivo di esso, ben potrebbe essere desunta da una serie di argomentazioni afferenti anche a dati normativi²².

Per ciascuna delle riferite opinioni – a giudizio di chi scrive – è possibile muovere qualche rilievo critico (evidentemente tenendo conto del quadro di riferimento normativo in allora vigente).

Con riguardo alla posizione di coloro per i quali «la natura del ricorso straordinario è di vero e proprio ricorso amministrativo»²³ può obiettarsi

non solo che esso ricorso «costituisce uno strumento intermedio tra il gravame amministrativo e quello giurisdizionale», ma anche che il medesimo «presenta alcuni tratti che i ricorsi amministrativi, tipici ed atipici, non hanno».

Con riguardo alla posizione di coloro per i quali il decreto decisorio del Capo dello Stato ha invece natura giurisdizionale può obiettarsi che, nel procedimento in cui si realizza il rimedio straordinario manca la figura del giudice terzo ed imparziale essendo resa la decisione conclusiva di esso ricorso da un organo non estraneo alla P.A.. Può quindi eccepirsi che non tutte le garanzie del giusto processo trovano piena ed incondizionata applicazione.

5.2. La dottrina successiva alla L. 69/2009 ed al C.P.A.

Con l'entrata in vigore della L. 69/2009, prima, e del C.P.A., poi, la dottrina auspicava che la diversità di opinioni appena riferita sarebbe stata definitivamente composta. Diversamente dalle attese, le criticità sul tema sono invece rimaste in vita ed anzi, per certi aspetti, sembrerebbero essere state acuite.

Il legislatore del 2009, modificando gli artt. 13 e 14 del D.P.R. 1169/1971, ha previsto l'obbligatorietà e la vincolatività del parere del Consiglio di Stato²⁴; ha inoltre previsto la possi-

²¹ Così L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, 4445, il quale ricorda che «era pacifico che le decisioni della Gran Corte dei conti di Napoli, eseguibili 'dopo l'approvazione sovrana' fossero 'decisioni giurisdizionali' comportanti un giudicato» (nota 67). L'A. riprende anche l'autorevole opinione di N. COMERCI, *Corso di diritto amministrativo*, Napoli, stabilimento letterario-tipografico dell'Ateneo, 1836, 195; M.S. Giannini, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 50; G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*, Milano, Giuffrè, 1977, 1042.

²² Il riferimento è, ad es., al D.P.R. 1169/1971, il cui art. 9, co. 4, prevede la notifica ad almeno uno dei controinteressati, a pena di inammissibilità, e la possibilità per questi ultimi, di far valere motivi di carattere anche sostanziale qualora non avessero potuto chiedere la trasposizione giurisdizionale. Ancora, la L. 205/2000, all'art. 3, ha dotato il ricorso straordinario, come emerge da prassi consolidata, di una tutela cautelare sospensiva, attivabile *ex officio* dalla stessa autorità che ha emanato l'atto o dall'autorità decidente su domanda del ricorrente

²³ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 68 e ss..

²⁴ Sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato si v., *ex plurimus*, G. LANDI, *Rapporti tra funzione consultiva e giurisdizionale nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 845 e ss., ora in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1985; V. CAIANIELLO, *L'attività consultiva nei confronti della funzione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1969, II, 9191 e ss.; G. PESCATORE, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *Quaderni giustizia*, 1981, 1 e ss.; A. QUARANTA, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Un nodo da sciogliere*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 279 e ss.; P. DE LISE, *Potestà regolamentari dello Stato, delle regioni e delle autonomie locali dopo il Titolo quinto: riflessi sulla giurisdizione amministrativa e sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1611 e ss.

bilità, per questo, di sollevare, in sede di emissione del parere, questioni di legittimità costituzionale per violazione dei principi costituzionali innanzi alla Consulta.

Nonostante l'evoluzione normativa da ultimo riferita la dottrina ancora oggi – come già sopra accennato – continua a dividersi secondo due indirizzi interpretativi²⁵.

Da un lato, v'è infatti chi sostiene la natura giurisdizionale del decreto decisorio del Capo dello Stato; dall'altro lato chi, al contrario, continua a professarne la natura amministrativa.

Per i sostenitori del primo orientamento, le novità introdotte con la riforma del 2009 – e principalmente la possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare questioni di legittimità costituzionale – avrebbero solo contribuito a 'legalizzare la giurisdizionalizzazione' del ricorso straordinario al Capo dello Stato (per questi, quindi, la riforma del 2009 non avrebbe avuto alcuna portata innovativa, bensì di semplice interpretazione autentica di norme già vigenti)²⁶.

Per i fautori del secondo orientamento, al contrario, proprio l'interpretazione 'costituzionalmente orientata' delle disposizioni vigenti porterebbe ad escludere la natura giurisdizionale del decreto decisorio confermandone, viceversa, quella amministrativa²⁷. La possibilità del Consiglio di Stato di proporre questioni di legittimità costituzionale è stata infatti riconosciuta con legge ordinaria n. 69/2009 ed è stato perciò realizzato l'unico caso in cui il legislatore ordinario ha imposto alla Corte Costituzionale la propria nozione di giudice, seppur ai limitati fini dell'attivazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale²⁸. In ragione di

²⁵ Per avere una prospettiva cd. 'post-riforma' di carattere monografico, si v. oltre ai recenti lavori di F. FRENI, *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, anche S. MORELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Padova, 2010.

²⁶ A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1619, sostiene che «a fronte del novellato quadro normativo, il decreto decisorio si limita ad esternare il parere licenziato dalle Sezioni consultive, mutuando da esso (e dal procedimento che porta alla relativa adozione) la sua natura giurisdizionale». Esplicitamente, L. CARBONE, in *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2009, sostiene che «la riforma del 2009 ha un'intrinseca portata di revisione ricognitiva di un istituto avente natura giurisdizionale già *ab initio*».

²⁷ 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, 3, 1008, «all'indomani della riforma del 2009 [...] il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ne esce ampliato e rafforzato nella sua capacità di porsi quale alternativa, concreta ed effettiva, al rimedio giurisdizionale, senza che tali obiettivi debbano essere raggiunti sacrificandone le peculiarità, in nome di una sua giurisdizionalizzazione»; L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in *www.forumcostituzionale.it*, secondo il quale (nonostante la riforma del 2009) «il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non può essere considerato giurisdizionale, secondo gli standard pretesi dal nostro ordinamento».

²⁸ Secondo N. PIGNATELLI, *Sulla «natura» del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «non può non sorgere un dubbio sulla legittimità costituzionale della sessa scelta del legislatore di disporre in via definitiva di uno dei presupposti del sistema di giustizia costituzionale ed in particolare modo sulla compatibilità dell'art.69 della l. n.69/2009 con l'art. 137 Cost., che pone una riserva di legge costituzionale sulla "condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale", precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia [...]. In realtà il legislatore ordinario, a parer nostro, poteva certamente (come ha fatto) riformare il procedimento del ricorso straordinario, valorizzando il peso del parere del Consiglio di Stato, ma non poteva (come ha fatto) spingersi a definire il significato del giudice *a quo* ai fini dell'attivazione del giudizio costituzionale».

ciò – hanno precisato quelli – la neo-riconosciuta legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità non può essere considerata «un indice univoco nel senso di qualificare [il medesimo Consiglio di Stato] come giudice a quo riconoscendo natura giurisdizionale al rimedio in parola»; il decreto decisorio manterrebbe dunque la natura amministrativa ed il ricorso straordinario, il carattere di rimedio giustiziale perfettibile²⁹.

Alla luce di quanto finora esposto è insomma palese che la dottrina – e non solo questa, come si avrà modo di verificare nel paragrafo che segue – è ancora ben lontana dal raggiungere una posizione unanime in ordine alla natura, amministrativa o giurisdizionale, del decreto che definisce il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

6. Gli orientamenti della giurisprudenza

Il dibattito sulla natura della decisione straordinaria del Capo dello Stato – come già riferito – ha interessato non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza, sia civile sia amministrativa. Quest'ultima in particolare, ritornando più volte sulla questione, si è pronunciata in maniera non sempre concorde.

6.1. La giurisprudenza antecedente alla L. 69/2009 ed al C.P.A.

Fino all'entrata in vigore del C.P.A. la giurisprudenza civile, e segnatamente la Cassazione, sosteneva che il decreto decisorio del Capo dello Stato è soggetto a gravame dinanzi al G.A. per qualsiasi vizio di legittimità, e dunque anche per gli *errores in iudicando*, su iniziativa dei controinteressati pretermessi i quali, non essendo stati evocati nella procedura, siano rima-

sti estranei al contraddittorio instaurato e pregiudicati dalla decisione presidenziale. Il carattere amministrativo della decisione straordinaria porta così ad escludere la ricorribilità in Cassazione *ex art. 111 Cost.* e, quindi, l'attuabilità del decreto decisorio mediante il giudizio d'ottemperanza qualora in seguito al suo accoglimento, totale o parziale, l'Amministrazione non vi si conformi spontaneamente³⁰.

Le conclusioni da ultimo riferite, in realtà, riprendevano – e sviluppavano maggiormente – quelle a cui il Giudice nomofilattico, già nel 2001, era pervenuto quando aveva affermato che il decreto di accoglimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato ha esclusivamente natura amministrativa e non giurisdizionale e, pertanto, non è suscettibile di esecuzione attraverso il rimedio del giudizio di ottemperanza³¹. Il ricorso straordinario infatti – così argomentava il Giudice civile nella riferita sentenza n. 15978/2001 – pur differenziandosi dagli altri ricorsi amministrativi, non può mai avere natura giurisdizionale atteso che, diversamente da quanto previsto dall'art. 111 Cost., il procedimento attivato con la sua presentazione non si svolge davanti ad un giudice terzo ed imparziale. Protagonista di esso procedimento è infatti pur sempre un'Autorità amministrativa la quale non è neppure vincolata in modo assoluto al parere espresso dal Consiglio di Stato – questo era sostenibile almeno fino a prima della riforma del 2009 –; l'obbligo dell'Amministrazione di uniformarsi ai decreti

²⁹ Così G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 702.

³⁰ Così Cass. Civ., SS. UU., sent. 14/12/2004 n. 23236, in *Cons. Stato* 2004, II, 2438; Cass. Civ., SS. UU., sent. 17/01/2005 n. 734, in *Cons. Stato* 2005, II, 735; CdS, Ad. Pl., sent. 27/06/2006 n. 9 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹ Il riferimento è, evidentemente a Cass. Civ., SS. UU., sent. 18/12/2001, n. 15978 in *Foro it.* 2002, I, 2448, e in *Cons. Stato* 2002, II, 1299, con nota di R.E. IANIGRO, G. MESCIA, p. 1302 ss.

presidenziali che decidono i ricorsi straordinari, inoltre, non ha carattere assoluto e vincolante (che è invece proprio del giudicato connaturato all'attività giurisdizionale) ma discende, semmai, dalla posizione di preminenza e supremazia che spetta al Presidente della Repubblica. La decisione finale pertanto – pur avendo carattere cogente per l'Amministrazione e determinando in capo ad essa l'obbligo di esecuzione – va identificata con un provvedimento amministrativo a contenuto eliminatorio non equiparabile a quelli giudiziari, essendo il provvedimento amministrativo privo della natura di giudicato. L'orientamento professato dalla Cassazione nella sentenza 15978/2001 è stato seguito dalla stragrande maggioranza della giurisprudenza civile cd. *'ante-riforma'*.³² Non altrettanto può dirsi della giurisprudenza amministrativa la quale, già da prima del 2009, quanto alla natura della decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha invece manifestato di aderire, talvolta, alla tesi della natura amministrativa; talaltra, alla tesi della natura giurisdizionale.

³² Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione già con la sentenza n. 3141/1953 cassarono per difetto di giurisdizione la decisione del Consiglio di Stato che aveva affermato l'ammissibilità del Giudizio di ottemperanza in relazione ai decreti di accoglimento dei Ricorsi Straordinari al Capo dello Stato, rimasti inadempiti. Un siffatto orientamento ermeneutico poggiava sulla natura formalmente amministrativa del decreto *de quo*, di tal che seppur la P.A. è obbligata ad uniformarsi ad esso, un siffatto obbligo non è assoluto e vincolante (come avviene nella fattispecie del giudicato), discendendo esso, piuttosto, dalla posizione di preminenza o di supremazia ordinamentale che spetta al Capo dello Stato. La questione si era nuovamente riproposta, quando ha ribadito il proprio tradizionale orientamento ermeneutico con sentenza n. 15978/2001. In tale decisione ha infatti escluso espressamente che i decreti di decisione dei ricorsi straordinari possano essere assimilati alle sentenze passate in giudicato, abbiano natura giurisdizionale e, quindi, possano essere portati ad esecuzione per il tramite del Giudizio di ottemperanza.

A dire il vero il Consiglio di Stato, già in alcune pronunce emesse tra il 2000 ed il 2001 – richiamata una sua pregressa ed isolata decisione nella quale, al fine di portare ad esecuzione il decreto decisorio inattuato, aveva concluso per la possibile attivazione del giudizio di ottemperanza³³ –, ha sostenuto l'assimilabilità del ricorso straordinario a quello giurisdizionale riconoscendo, in conseguenza, natura giurisdizionale non solo al parere espresso in tale procedura dal Consiglio di Stato, ma anche al decreto presidenziale col quale essa procedura si conclude³⁴.

Epperò, in altre pronunce di poco successive, lo stesso G.A ha invece aderito all'orientamento contrario: sposata la tesi dell'inammissibilità del ricorso per la ottemperanza della decisione straordinaria (ed allineatosi così così al filone interpretativo della giurisprudenza nomofilattica del 2001³⁵) ha infatti concluso che, per ottenere la conformazione dell'Amministrazione ad un decreto decisorio del Presidente della Repubblica agli interessati non rimane altra strada

³³ Il riferimento è a Cons. St., sez. VI, sent.16/10/1951 n. 430 in www.giustizia-amministrativa.it. A confortare tale orientamento del Consiglio di Stato è stato, in tempi recenti, il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione del giudizio di ottemperanza, quale rimedio di portata generale, ammesso anche per l'esecuzione del decreto ingiuntivo non opposto, dell'ordinanza di convalida di sfratto, nonché del lodo arbitrale dichiarato esecutivo. A tal proposito si v. CdS, sez. V, sent. 01/03/2000 n. 1089, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Il riferimento è, evidentemente a Cons. St., sez. IV, sent.15/12/2000 n. 6695, in *Cons. Stato 2000*, I, 2649 (si tratta però di una sentenza annullata, per difetto di giurisdizione, da Cass. Civ., SS. UU., sent. n. 15978/2001). *Ex plurimis*, si annoverano CdS, sez. IV, sent. 15/12/2000 n. 6702, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, sez. V, sent.22/11/2001 n.5934, in *Cons. Stato 2001*, I, 2501, nonché in più pareri, tra i quali quello della Sez. II, 26/03/2003 nn. 2898/2002, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Il riferimento è, in particolare a Cass. Civ., SS. UU., sent. n. 15978/2001, cit.

se non quella di attivare in primo grado i normali rimedi contemplati dal sistema processuale amministrativo per reagire ad un'ingiustificata inerzia amministrativa³⁶. Il G.A. ha quindi riconosciuto natura amministrativa al ricorso straordinario al Capo dello Stato e, quindi ed in via riflessa, al decreto decisorio finale³⁷.

³⁶ A ben vedere, tali rimedi sono stati recentemente 'potenziati' dalla previsione introdotta dall'art. 3 D.L. 14/3/2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla L. 14/5/2005, n. 80, della potestà del giudice amministrativo, adito ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 della L. 7/8/1990, n. 241 e 21-bis della legge n. 1034/1971, di conoscere direttamente anche della fondatezza dell'istanza non riscontrata. Ed infatti di fronte al D.P.R. che accolga, in tutto o in parte, le doglianze del ricorrente, la mancata messa in atto dell'attività conformativa e consequenziale alla decisione di annullamento, da parte dell'Amministrazione rimasta soccombente in sede straordinaria, sarebbe assimilabile al caso in cui il privato inoltrasse una istanza alla Pubblica amministrazione, che quest'ultima sarebbe obbligata a riscontrare in senso favorevole con un provvedimento espresso, ma la stessa rimanesse inerte. In tali evenienze sarebbe esperibile il giudizio avverso l'inerzia ingiustificata della Amministrazione, qualificabile come silenzio-rifiuto ai sensi dell'art.21-bis della l. n. 1034/1971 ss.m.i. nell'ambito del quale il giudice amministrativo ordina alla medesima di provvedere, indicando il tipo di atto da adottare, ovvero rinviando la determinazione dei contenuti di quest'ultimo al commissario *ad acta* da esso nominato, il quale entrerebbe in azione nel caso in cui la Pubblica amministrazione persista nel suo comportamento inerte.

³⁷ Nello stesso senso si v., tra le altre, Cons. St., sez. IV, sent.05/07/2002 n. 3699, in *Foro amm. CdS* 2002, 1640; Cons. St., sez. V, sent.29/01/2003 n. 456, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Cons. St., sez. IV, sent.22/09/2003 n. 5393, in *Foro amm. CdS* 2003, 2546, e in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Cons. St., sez. VI, sent.26/09/2003 n. 5501, in *Foro amm. CdS* 2003, 2629, e in *www.giustizia-amministrativa.it.*, nonché CGA, sent. 07/11/2002 n. 604, in *www.giustizia-amministrativa.it.* L'orientamento espresso nelle decisioni ivi elencate è stato ampiamente ripreso e confermato dai giudici di Palazzo Spada nella decisione 29/08/2006 n. 5036, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

6.2. La giurisprudenza successiva alla L. 69/2009 ed al C.P.A.

Anche dopo l'emanazione della L. 69/2009 e del C.P.A., tanto nella giurisprudenza civile, quanto nella giurisprudenza amministrativa sembrano potersi segnalare orientamenti non concordi riscontrandosi, tanto nell'una quanto nell'altra, decisioni espressione di due contrapposte tesi.

Con la sentenza n. 2065/2011 le Sezioni Unite della Cassazione civile, (chiamate a pronunciarsi sul ricorso avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza 2/3/2009, n.63, pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia in accoglimento del ricorso per l'ottemperanza di un decreto del Presidente della Regione, al fine di suffragare la tesi della natura giurisdizionale del gravame straordinario, riprendendo le ragioni esposte nelle 'remote ed isolate' decisioni nn. 3141/1953 e 15978/2001), hanno riconosciuto, di fatto e per la prima volta esplicitamente, l'ottemperabilità del decreto decisorio del Presidente della Regione³⁸. Contestualmente, tenuto conto dei no-

³⁸ La *vexata quaestio* era stata adeguatamente affrontata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il cui condivisibile orientamento veniva, poi, fatto proprio dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 2065 del 28 gennaio 2011). Sul punto, G.P. JARICCI, *L'Adunanza Plenaria torna sul ricorso straordinario*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2013, precisa: «L'unico elemento di discrepanza tra la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e quella dell'Adunanza Plenaria, è che la prima rinviene l'esperibilità dell'ottemperanza nell'art. 112, comma 2, lett. d), del codice del processo amministrativo, mentre la seconda colloca il decreto decisorio nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lett. b) della norma predetta. Comunque, ciò che più conta è aver ribadito, da parte dei massimi organi giurisdizionali, la natura sostanzialmente giurisdizionale del gravame straordinario che costituirebbe estrinsecazione di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico

tevoli influssi che il ricorso straordinario aveva subito con la recente legislazione, hanno evidenziato, da un lato, che l'eliminazione con L. 69/2009 del potere della P.A. di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato rappresentava una conferma del fatto che il provvedimento finale conclusivo del procedimento era 'meramente dichiarativo di un giudizio'³⁹; dall'altro lato, che la vincolatività del parere espresso dal Consiglio di Stato, sebbene non avesse trasformato il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione essenzialmente della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto) lo aveva quanto meno assimilato ad esso nei contenuti, e quindi negli strumenti di tutela sotto il profilo della effettività⁴⁰.

grado incardinata sulla base del consenso delle parti, come si verifica nel ricorso *per saltum* ai sensi dell'art. 360, comma 2, cod. proc. civ. Di qui, l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione».

³⁹ P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la "giurisdizionalità" del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *www.giustamm.it*, 2011, pone l'accento sulla terminologia impiegata dal Collegio: «l'autorevole statuizione delle Sezioni Unite che le modifiche apportate dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009, pur incidendo sul procedimento, confermano che il provvedimento che definisce il ricorso straordinario è meramente dichiarativo di un giudizio, sembra avvalorare la tesi che la revisione legislativa non ha modificato, innovandola, la natura originaria dell'istituto, così come è accaduto per la revisione della commissione tributaria, e, quindi, la sua equivalenza alla "giurisdizionalità", secondo l'accezione propria del nostro ordinamento, ferma rimanendo l'alternatività dell'istituto».

⁴⁰ Il *revirement* delle Sezioni Unite si iscrive in un contesto normativo e giurisprudenziale che, soprattutto a partire dalla riforma del 2009, si presentava sufficientemente maturo per ammettere l'ottemperabilità della decisione straordinaria potendo individuare nell'art. 112, co. 2, lett. b), C.P.A. il supporto normativo fino ad allora mancante per aprire le porte del giudizio di ottemperanza al rimedio amministrativo. Se la positivizzazione dell'ottemperabilità della decisione straordinaria ha il pregio di affrancare

La tesi professata dal G.O. nel 2011 ha trovato riscontro anche in alcune successive pronunce amministrative. La V Sezione di Palazzo Spada, ad esempio, nella sentenza n. 3513/2011, accogliendo il ricorso per l'ottemperanza del decreto decisorio inattuato (ricorso proposto in unico grado innanzi al Consiglio di Stato), ha infatti ammesso la nomina di un commissario ad *acta* in caso di perdurante inadempienza dell'Amministrazione. In effetti il G.A. – che così opinando aveva lasciato inferire la sua adesione alla tesi della natura giurisdizionale della decisione su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – è pervenuto a siffatte conclusioni tenendo conto non solo dell'evoluzione – normativa e giurisprudenziale – che aveva interessato l'istituto del ricorso straordinario, ma anche della *ratio* della intervenuta riforma legislativa del 2009 la quale, evidentemente, non

l'interprete dalla necessità di disconoscerne la natura giustiziale al fine di garantirgli l'azionabilità in *executivis*, la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite soffre di una serie di contraddizioni: a. come si concilia la persistente natura giustiziale del decreto presidenziale che accoglie il ricorso straordinario con la sua equiparazione ai provvedimenti esecutivi del "giudice amministrativo"? b. Come si coniuga la "intangibilità" delle decisioni finali di giustizia rese da un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario con la instabilità dei provvedimenti non definitivi del giudice amministrativo, il cui regime (art. 114, comma 4, lett. c), c.p.a.) è esteso alla decisione straordinaria? c. Dall'esame dei lavori preparatori, richiamati dallo stesso Collegio, si evince con assoluta chiarezza l'*intentio legis* di includere la decisione straordinaria nell'art. 112, comma 2, lett. d), c.p.a. e non nella lett. b); d. il Collegio giudica insufficiente, in termini di effettività, il meccanismo della c.d. ottemperanza "mediata"; perché, allora, viene indicata una soluzione interpretativa che comporta l'applicazione dell'altrettanto inappagante ottemperanza 'attenuata' (come visto *supra*)? Simili interrogativi lungi dal restare confinati in una dimensione puramente teorica, sono, invece, destinati a influenzare il futuro applicativo dell'Istituto. Pertanto, l'autorevole sentenza delle Sezioni Unite si preannuncia foriera di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale non meno intenso e articolato che in passato.

poteva che essere individuata nell'esigenza di assicurare «un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente»⁴¹. Epperò, contrariamente alle aspettative, in una decisione di poco successiva a quella da ultimo esposta il medesimo G.A. ha mostrato di aderire, ancora una volta, ad una tesi diversa da quella da esso stesso professata poco prima. Ed infatti, con l'ordinanza del 4/8/2011, n. 4666, la III Sezione del Consiglio di Stato, discostandosi dalla pronuncia n. 3513/2011, ha individuato il giudice competente per l'esecuzione della decisione inattuata in base all'art. 113, co. 2, C.P.A. ed ha in conseguenza ricondotto la decisione sul ricorso straordinario all'art. 112, co. 1, lett. d) C.P.A. (che sancisce la proponibilità del giudizio di ottemperanza non solo per le sentenze passate in giudicato, ma anche per *“gli 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”*). Questo perché – così si legge nella ordinanza n. 4666/2011 – pur dopo le significative novità introdotte con L. 69/2009 (natura vincolante del parere del Consiglio di Stato e possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale), l'attività consultiva del Consiglio di Stato continua comunque a conservare 'significativi profili' di differenza rispetto a quella giurisdizionale, organizzata «secondo i canoni più rigorosi del giusto processo (v. art. 2 c.p.a.)». Proprio ta-

li perduranti distinzioni non consentirebbero l'integrale equiparazione del ricorso straordinario a quello giurisdizionale, specie se si tiene conto della «specificità e perfettibilità del rito del ricorso straordinario [...] con riferimento ai nodi essenziali del contraddittorio, dell'istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio [...] Qualora venissero estese al procedimento straordinario tutte le garanzie e le formalità proprie del ricorso giurisdizionale, esso perderebbe le sue caratteristiche di semplicità, snellezza e concentrazione», con sostanziale perdita di ogni relativa 'ragion d'essere'. Per tali motivi – conclude la ordinanza n. 4666/2011 – il decreto decisorio del Presidente della Repubblica va identificato con un provvedimento amministrativo solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza (fattispecie ricompresa nell'art. 112, co.1, lett. d), C.P.A.), e non con un 'provvedimento esecutivo del giudice amministrativo', ossia con un atto propriamente giurisdizionale (art. 112, co. 1, lett. b), C.P.A.). Il giudice competente per l'esecuzione va perciò individuato a norma non del primo comma dell'art. 113 C.P.A., ma a norma del secondo comma, e quindi con riferimento non «al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta» (così recita l'art. 113, co. 1, C.P.A., intendendo per tale, nel caso che qui interessa, il Consiglio di Stato in unico grado), bensì con riguardo al «tribunale amministrativo regionale, nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza» (così recita l'art. 113, II co. C.P.A.). In proposito il G.A. ha ritenuto indispensabile precisare che il termine 'giudice' debba ritenersi richiamato nella norma presa in esame – e cioè l'art. 113, co. 2, C.P.A. – «in senso ampio e necessariamente atecnico». Questo, del resto, sarebbe dimostrato pure dalla circostanza che in tale categoria sono ricompresi anche gli arbitri – ex art. 112, co. 1, lettera e) C.P.A. – con

⁴¹ Il riferimento è, in particolare, a Cons. St., sez. V, sent. del 10/6/2011, n. 3513, in www.giustizia-amministrativa.it. L'Alto Consesso così si esprime: «l'effettività del parallelismo e dell'alternatività dei due rimedi impone che – nelle materie e limitatamente alle domande per cui è proponibile ricorso straordinario – tale rimedio appresti un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente. Ed in tale affermazione è compresa la possibilità di esperire il ricorso per l'ottemperanza al fine di ottenere l'esecuzione del decreto presidenziale».

conseguente assegnazione, *ex art. 16 C.P.A.*, della competenza per l'ottemperanza ai ricorsi straordinari al TAR del Lazio, nella cui circoscrizione operano il Presidente della Repubblica, il Ministro proponente ed il Consiglio di Stato in sede consultiva.

Ad ogni modo, pur avendo già espresso la sua opinione sulla natura del decreto decisorio del Capo dello Stato, la III Sezione del Consiglio di Stato – avuto riguardo sia ai delicati profili ordinamentali coinvolti, sia alla diversità delle linee interpretative formatesi in relazione all'argomento oggetto di delibazione –, ritenendo indispensabile un approfondimento sul tema, con l'ordinanza n. 4666/2011 ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria. Questa, con la sentenza del 7/5/2012, n. 2131 – facendo propria la tesi prospettata dal giudice rimettente – ha delibato che «il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce [...] a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo»⁴². Ha infatti precisa-

to che anche dopo le modifiche normative intervenute «il rito del ricorso straordinario continuerebbe a presentare profili di specialità rispetto al procedimento schiettamente giurisdizionale – con precipuo riferimento ai nodi essenziali del contraddittorio, dell'istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio – tali da indurre a qualificare l'atto conclusivo della procedura come provvedimento amministrativo, solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza».

Ancora una volta però, contrariamente alle aspettative, la decisione n. 2131/2012 non ha prodotto gli sperati effetti cd. «omogeneizzanti», né in sede civile né in sede amministrativa.

Con la sentenza del 19/12/2012, n. 23464, le Sezioni Unite della Cassazione civile hanno infatti statuito che «il decreto decisorio del ricorso straordinario è impugnabile con ricorso per cassazione a norma dell'art. 362, comma 1, cod. proc. civ., esclusivamente per motivi attinenti alla giurisdizione». Il G.O. ha cioè ritenuto che lo sviluppo normativo e giurisprudenziale consente di assegnare al «decreto presidenziale, emesso su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario, natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura sostanziale giurisdizionale: costituisce, quindi, espressione della giurisdizione il parere reso dal 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 e senza l'opposizione (e, quindi, con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per

⁴² L. PISCIOTTA, *La natura della pronuncia emessa dal Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario*, in *www.collegiuristi.it*, precisa «nell'ordinanza n. 4666/2011 i giudici chiariscono, fin da subito, come anche alla luce della sentenza n. 2065 delle Sezioni Unite non vi possa essere alcun dubbio circa "l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti del decreto presidenziale di accoglimento del ricorso straordinario". Ciò che, invece, secondo i giudici della III sezione non può essere condiviso è la pretesa di equiparare il decreto presidenziale agli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo di cui all'art. 112, comma 2, lettera b) c.p.a. A parere della III sezione occorre, infatti, evidenziare che, nonostante le modifiche apportate dalla legge 69/2009, l'intervento del Consiglio di Stato in sede consultiva [...] conserva rilevanti profili differenziali rispetto all'attività giurisdizionale da questi generalmente espletata e modellata secondo i noti canoni del giusto processo (oggi mirabilmente espressi dall'art. 2 c.p.a.). [...] Il ragionamento seguito dai giudici nell'ordinanza n. 4666 ha, poi, trovato conferma nel parere emesso in data 7 maggio 2012 dall'Adunanza delle Sezioni riunite Prima e Seconda del 21 marzo 2012. In tale parere, infatti, testual-

mente si afferma che "il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce [...] a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo"».

accedere direttamente *per saltum* al giudizio del Consiglio di Stato».

Con la sentenza n. 9/2013 – della questione giuridica oggetto di questa e del relativo *decisum* già si è detto (al § 3) – l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha riconosciuto al decreto decisorio del Capo dello Stato, emesso su conforme parere del Consiglio di Stato, natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, carattere sostanzialmente giurisdizionale.

7. Le affermazioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9/2013 e della Corte Costituzionale 73/2014

L’evoluzione giurisprudenziale testé riassunta dimostra l’alternanza, e più spesso la diversità, degli orientamenti del G.A. e del G.O. sulla natura della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Questo avvicendamento di posizioni si riscontra persino nella giurisprudenza della stessa Adunanza Plenaria che, a distanza di poco più di un anno, ha manifestato opinioni significativamente diverse⁴³.

⁴³ E ciò nonostante l’art. 99 CPA, al fine di assicurare uniformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, abbia confermato la funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria, prevedendo al co. 1, che la sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, può rimettere il ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria. Il co. 2 dell’art. 99 CPA, invece, attribuisce al Presidente del Consiglio di Stato il potere di deferire all’Adunanza Plenaria qualunque ricorso, prima della decisione, su richiesta delle parti o d’ufficio, per risolvere questioni di particolare importanza, ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. I primi due commi dell’articolo in esame riprendono sostanzialmente la normativa precedente (art. 45, co. 3, del r.d. n. 1054/1924 ed art. 73 del r.d. n. 642/1907). Innovativa è invece la previsione contenuta al co. 3 secondo cui «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ri-

corso». Il co. 3 individua quindi un terzo caso, oltre i tradizionali due previsti dai co. 1 e 2, di rimessione all’Adunanza Plenaria. Il massimo consesso della giustizia amministrativa, è noto, svolge una funzione d’indirizzo e di tendenza all’uniformità delle questioni giuridiche oggetto di contenzioso, funzione assimilabile a quella nomofilattica svolta dalle sezioni unite della Cassazione. Tradizionalmente, le pronunce dell’Adunanza Plenaria, come quelle delle Sezioni Unite, non vincolano le sezioni per i casi analoghi successivi, posto che il principio fondamentale della giurisdizione è cristallizzato nell’art. 101 Cost. secondo cui “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”. Ne consegue che la sezione del Consiglio di Stato, cui è rimessa una questione sulla quale per un caso analogo si è già pronunciata l’Adunanza Plenaria, potrebbe da questa discostarsi. Su questi principi consolidati si inserisce ora la previsione di cui all’art. 99, co. 3 che, in senso contrario, impone alla sezione, ove non condividesse il principio enunciato dall’Adunanza Plenaria, di rimettere a quest’ultima nuovamente la questione. La norma tuttavia non contempla alcun rimedio processuale specifico avverso pronunce difformi della sezione che abbiano disapplicato il co. 3: non sembra possibile attivare il giudizio revocatorio, in quanto rimedio straordinario previsto per casi specifici e tassativi tra i quali non rientra quello in esame, né appare percorribile il ricorso in Cassazione, possibile per le decisioni del Consiglio di Stato solo per motivi attinenti la giurisdizione e che sembra del tutto estraneo ad una presunta ‘insubordinazione’ della sezione nei confronti dell’Adunanza Plenaria. È certo tuttavia che una pronuncia difforme della sezione dall’Adunanza Plenaria sarebbe resa in contrasto con una precisa norma di legge – qual è ora l’art. 99, co. 3, in esame – la quale tuttavia sembra contenere a sua volta profili d’incompatibilità con il richiamato principio sancito dall’art. 101, co. 2, Cost. Allo scopo di assicurare la ragionevole durata del processo evitando decisioni frazionate della lite, inoltre il co. 4 prevede che l’Adunanza Plenaria decida l’intera controversia, salvo che ritenga di limitarsi ad enunciare il principio di diritto, restituendo per il resto il giudizio alla sezione remittente. Infine il co. 5, in conformità all’art. 363 c.p.c. ed in coerenza con la natura delle giurisdizioni superiori, prevede che l’Adunanza Plenaria, se ritiene che la questione sia di particolare importanza, nei casi in cui definisce il giudizio con una sentenza di rito, possa enunciare comunque il principio di diritto nell’interesse della legge. In tali casi, la pronuncia dell’Adunanza Plenaria non ha effetto sulla sentenza impugnata.

Con la sentenza n. 2131/2012, accogliendo sostanzialmente i rilievi contenuti nella ordinanza di rimessione della III Sezione n. 4666/2011, dopo aver puntualizzato che il rito del ricorso straordinario mantiene comunque profili di specialità rispetto al procedimento schiettamente giurisdizionale, ha infatti concluso per il riconoscimento della natura formalmente amministrativa del decreto decisorio del Presidente della Repubblica – ritenendo esso decreto equiparabile a sentenza solo per certi aspetti –.

Con la sentenza n. 9/2013, sconfessando quanto essa stessa aveva poco prima dichiarato, in contrasto con le conclusioni rassegnate nella ordinanza di rimessione della VI Sezione n. 636/2013, ha invece riconosciuto natura di decisione di giustizia, e quindi carattere giurisdizionale, al decreto decisorio.

L'Adunanza Plenaria, quindi, si è da ultimo 'conformata' all'orientamento giurisprudenziale che assimila la decisione sul ricorso straordinario al giudicato amministrativo, e che, quanto all'ottemperabilità della decisione in parola, individua il giudice competente nel Consiglio di Stato (essendo questo identificato peraltro come il giudice che ha emanato la sentenza di cui viene chiesta l'ottemperanza).

Sembra pertanto opportuno esprimere un giudizio critico sia sull'approccio metodologico seguito per la sua estensione, sia sul merito della sentenza del 2013.

Ed invero, con riguardo al primo profilo, viene di rilevare che il G.A. non si sia soffermato – o almeno non lo abbia fatto analiticamente – su alcune circostanze – per usare le parole della ordinanza di rimessione n. 636/2013 (già ampiamente richiamate nel § 3) – «preclusive di un'acritica equiparazione [del ricorso straordi-

nario] ai ricorsi proposti in sede giurisdizionale e conclusi con sentenza»⁴⁴.

Quanto al merito della sentenza, invece, va sottolineato come in essa il G.A. si sia concentrato unicamente sulle tre argomentazioni che – più delle altre – dovrebbero far propendere per la natura giurisdizionale del decreto decisorio⁴⁵. Per ciascuna di dette argomentazioni – delle quali già si è fatto cenno (nel § 3) – è però possibile muovere una critica.

Anzitutto, l'attuale carattere vincolante del parere espresso dal Consiglio di Stato non può essere utilizzato come elemento cardine per riconoscere natura giurisdizionale alla decisione straordinaria in quanto, in virtù della corrente interpretazione dell'art. 100 Cost. (sulla funzione esercitata in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato), il medesimo parere può sì valere come decisione, ma non come decisione giurisdizionale, e cioè come sentenza. A sostegno di questo assunto possono farsi valere due

⁴⁴ Si pensi, ad esempio, alla garanzia del giusto processo e del contraddittorio. Per i giudici rimettenti, infatti, così come già precisato al § 3 del presente lavoro, la piena assimilazione del decreto presidenziale ad una sentenza è «da escludere per i delicati interrogativi che dovrebbero porsi, in caso contrario, in rapporto all'art. 111 Cost. e all'art. 6 CEDU». I giudici dell'Adunanza Plenaria, infatti, si limitano a sostenere che «la generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle pubbliche amministrazioni, ai controinteressati ed ai cointeressati, garantisce il pieno rispetto del contraddittorio». Non esaminano, cioè, in maniera approfondita, se ogni aspetto della procedura (ed in particolare dell'istruttoria) sia effettivamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento, nonché con il parametro di cui all'art. 6 CEDU sull'equo processo.

⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, al carattere vincolante del parere espresso dal Consiglio di Stato; all'alternatività del ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale; alla legittimazione del Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere, a sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale.

argomenti. Da un lato, va ricordato il recente *arret* della Corte di Cassazione che, nell'ammettere l'ottemperabilità delle decisioni emesse in sede di ricorso straordinario, riconduce le medesime agli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» ex art. 112, co. 2, lett. b), C.P.A., con ciò non implicitamente negandole la forza di giudicato, propria delle sentenze⁴⁶. D'altro canto non possono sottrarsi le stesse perplessità, manifestate dalla VI Sezione rimettente, sulla piena equiparazione tra pronuncia emessa in esito a ricorso straordinario e sentenza conclusiva di un processo, equiparazione che dovrebbe considerarsi introdotta secondo il *dictum* dell'Adunanza Plenaria 2013: l'ordinanza n. 636/2013 invero la esclude, affermando invece che «le decisioni rese in esito a ricorso straordinario non perderebbero il formale carattere di provvedimento amministrativo, ma risulterebbero [solo] rafforzate sul piano dell'esecutorietà»⁴⁷.

Insomma, ove si opini diversamente – così si legge nella ordinanza di rimessione – si realizzerebbe l'«anomalo riconoscimento di un 'doppio binario' giurisdizionale nell'ambito del quale potrebbero acquisire la forza propria del giudicato (indiscutibile per principio risalente al diritto romano: 'facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis') anche pronunce non assistite dalle preve garanzie del 'giusto processo', così come oggi scolpite nell'art. 111 della Costituzione». In altre parole, qualora si riconoscesse al decreto presidenziale la natura giuridica di sentenza non si riuscirebbe a comprendere «perché – a livello di competenza interna – [il] ricorso non potrebbe essere esaminato dalle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, [e

perché] – per l'ottemperanza al medesimo – venga chiamata a pronunciarsi una sezione giurisdizionale, anziché la sezione consultiva che abbia emesso il parere. In altri termini, la possibile configurazione del parere in questione come 'iusdicere', non distinguibile dalla pronuncia giurisdizionale, porrebbe evidenti problemi di rilevanza costituzionale e comunitaria, ove le scarse indicazioni, contenute nell'art. 112 c.p.a., fossero da considerare introduttive di una totale equiparazione fra attività consultiva di tipo giustiziale e attività giudicante in senso proprio (riconducibili, rispettivamente, agli articoli 100 e 103 della Costituzione)».

In secondo luogo, circa la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale – regola che l'Adunanza Plenaria richiama *en passant*, ritenendola ben consolidata già da prima della intervenuta riforma del 2009 –, è sufficiente precisare che neppure essa può risultare sufficiente per qualificare come giurisdizionale il decreto decisivo del Capo dello Stato, giacché la sua imperfezione «a causa della possibilità di trasporre il ricorso straordinario in sede giurisdizionale e non viceversa, porta ad escludere [...] che l'uno e l'altro possano condividere la medesima natura»⁴⁸.

Meno sinteticamente si deve trattare della terza argomentazione utilizzata dall'Adunanza Plenaria n. 9/2013 per sostenere la tesi della natura giurisdizionale della decisione sul ricorso straordinario. Il riferimento è, evidentemente, al discusso 'neo-potere' del Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale

⁴⁶ Cass. Civ., SS. UU., sent. 28/01/2011 n. 2065, in *www.ipsoa.it*.

⁴⁷ Cons. St., Sez. VI, ord. n. 636/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ N. PAOLOANTONIO, *Art. 7, in AA. VV., Codice del processo amministrativo* (a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI), Roma, 2010, 90, in cui rileva come «l'unico processo che viene a mente è quello che verrebbe a radicarsi in esito alla trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale», il che induce ad escludere che il ricorso straordinario possa avere natura giurisdizionale.

in sede di emissione del parere vincolante. Il dubbio che sorge è se l'attribuzione di tale potere possa, di per sé, far propendere per l'avvenuta definitiva giurisdizionalizzazione del rimedio straordinario e per la conseguente natura giurisdizionale del decreto decisorio: «si tratta, in buona sostanza, di comprendere se il Consiglio di Stato (sia pure in sede consultiva) debba essere considerato 'giudice a quo', e se ciò possa consentire, conseguentemente, l'assimilazione del ricorso straordinario ai rimedi giurisdizionali»⁴⁹. È opportuna, perciò, una breve digressione sulla giurisprudenza costituzionale e sulla delimitazione della nozione di giudice a quo legittimato ad introdurre un processo incidentale di legittimità costituzionale⁵⁰.

La Consulta, se da un lato riconosce che l'«ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale all'esistenza di un procedimento o di un giudizio», dall'altro, sottolinea «che il preminente interesse alla certezza del diritto [...], insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi [...] si traggano conseguenze così gravi» come la limitazione della tutela di interessi costituzionalmente protetti⁵¹. Così opinando, il giudice delle leggi, nel lungo arco temporale che va dalla sentenza n. 226/1976 alla

sentenza n. 376/2001, dando rilievo «assai più (a) i caratteri sostanziali del procedimento e dell'atto, che non (a)lla natura del soggetto decidente» ha riconosciuto la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente, alla sezione di controllo della Corte dei conti ed agli arbitri rituali⁵².

Seguendo l'appena riferito ragionamento della Consulta, «non avrebbero dovuto esserci grosse difficoltà ad estendere la medesima legittimazione [anche] al Consiglio di Stato» chiamato ad esprimersi nel corso del procedimento finalizzato all'emanazione del decreto presidenziale⁵³. Ed invece, diversamente dalle aspettative, la medesima Corte costituzionale – 'sconfessando' l'orientamento da essa stessa manifestato quasi unanimemente almeno fino al 2001 – nella sentenza n. 254/2004, non solo ha escluso esplicitamente ciò, ma ha anche chiaramente manifestato di aderire alla tesi della natura amministrativa della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato⁵⁴.

Ora, pur non potendo in questa sede indugiare *ex professo* sulle criticità della riferita sentenza

⁴⁹ Così G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Ed. Scientifica, vol. II, 2010, p. 695.

⁵⁰ Per una esaustiva rassegna della giurisprudenza in materia di legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, si rimanda a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 267; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 94; RIGANO, *Rimane chiusa la porta della Corte Costituzionale ad organi che non esercitano la giurisdizione*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3608.

⁵¹ Corte cost., sent. 12/12/1957 n. 129, in *Giur. cost.*, 1957, 1229.

⁵² Corte cost., sent. n. 376/2001, in *Giur. cost.*, 2001, 3735. Quelli riportati sono gli esempi più significativi ed infatti, la medesima legittimazione, già era stata riconosciuta dalla Corte, tra gli altri e a titolo esemplificativo, al giudice dell'esecuzione esattoriale; al giudice di sorveglianza; alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura etc. per una più ampia esposizione della questione si v. M. ESPOSITO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e giudizio incidentale di legittimità costituzionale: anacronismi decisori del giudice delle leggi*, *Giur. Cost.*, 2004, 4, 2249, in G. MARTINI, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione cit.*, p. 696.

⁵³ Così G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 695.

⁵⁴ Corte cost., sent. del 21.07.2004, n.254 in *Foro amm. CdS*, 2004, 1960. In senso critico si pone L. TARASCO, *Revocazione dell'errore di fatto del decreto decisorio del Capo dello Stato: un'interpretazione restrittiva delle sezioni consultive*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 10, 3118.

costituzionale, a parere di chi scrive – e per quel che qui rileva –, sembra sufficiente limitarsi ad evidenziare che, eccezion fatta per la sentenza 254/2004, per la dominante giurisprudenza costituzionale la ‘capacità’ di sollevare la pregiudiziale di costituzionalità può comunque ammettersi a prescindere dalla natura dell’organo rimettente, quando la funzione esercitata sia volta alla «obiettiva applicazione della legge»⁵⁵. Facendo tesoro dell’indirizzo giurisprudenziale da ultimo riferito, diventa allora difficilmente sostenibile che, già prima della novella del 2009, il Consiglio di Stato in sede consultiva non fosse legittimato a provocare incidente di costituzionalità. Certo, qualcosa è cambiato con la riforma del 2009 e con il riconoscimento legislativo della legittimazione di cui trattasi. Tuttavia, però, una cosa è l’avvenuta positivizzazione del potere del Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale; tutt’altra cosa è inferirne, in conseguenza, la natura giurisdizionale del decreto decisorio del Presidente della Repubblica: il riconoscimento della legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità non può infatti considerarsi «un indice univoco nel senso di qualificare [il Consiglio di Stato] come giudice a quo riconoscendo natura giurisdizionale al rimedio in parola»⁵⁶.

Che le critiche espresse con riguardo alle tre argomentazioni avanzate dall’Adunanza Plenaria n. 9/2013 non siano del tutto peregrine sembra esser dimostrato anche dagli assunti della recentissima Corte costituzionale del 2/4/2014, n.

73⁵⁷. In questa sentenza la Consulta, ‘bocciando’ l’orientamento espresso nel maggio 2013 dall’Adunanza Plenaria, ha infatti riconosciuto natura amministrativa giustiziale alla decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La vicenda sottoposta all’attenzione della Corte trae origine dalla questione sollevata dalla I Sezione del Consiglio di Stato la quale, nell’esercizio della propria funzione consultiva in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, aveva eccepito l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, co. 8, C.P.A. (ai sensi del quale «il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa»), per violazione del combinato disposto degli artt. 76 e 77, co. 1, Cost⁵⁸.

La Corte Costituzionale, esaminata la vicenda e ritenuta la questione infondata, ha osservato che la «legge n. 69 del 2009 [...] ha profondamente modificato la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato e consentendo che in tale sede vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale. Per effetto di queste modifiche, l’istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo». La *ratio* del censurato art. 7, co. 8, C.P.A. – e

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 129/1957, in *www.giurcost.org*; sent. n. 83/1966, in *www.giurcost.org*; sent. n. 376/2001, in *Giur. cost.*, 2001, 3735.

⁵⁶ Così G. MARTINI, *Il ‘ricorso straordinario’ al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 702.

⁵⁷ Così Corte cost., sent. 2/4/2014 n. 73, in *www.federalismi.it*. Le massime di questa sentenza sono riportate in calce al presente scritto.

⁵⁸ Ad avviso del collegio rimettente la disposizione censurata, nel prevedere che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica «è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa», avrebbe determinato un effetto innovativo in una materia estranea all’oggetto della delega di mero riordino sulla cui base è stata adottata.

la limitazione della proponibilità del ricorso straordinario per le sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa – risiederebbe perciò nell’esigenza di «coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l’ambito di applicazione di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell’orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche».

La Consulta ha invero precisato che l’esperibilità del rimedio straordinario, anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, trovava la sua origine nella risalente tradizione interpretativa (consolidatasi *praeter legem* sul presupposto della natura amministrativa del rimedio) secondo cui al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Con le modifiche previste dalla L. n. 69/2009, e precisamente con l’abolizione del regime della concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all’autorità giurisdizionale ordinaria (qualora si fosse continuato a fare applicazione della tradizione interpretativa da ultimo riferita) sarebbe stata realizzata una «inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali».

In ragione di ciò – ha continuato la Corte – ed al solo fine di superare questa anomalia, la disposizione censurata, (superando l’assetto consolidatosi in via interpretativa) ha limitato l’ammissibilità del ricorso straordinario al Pre-

sidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa⁵⁹.

Dall’esame della motivazione della sentenza n. 73/2014 – sintetica ma incisiva – sembra potersi inferire che il fondamentale passaggio logico-argomentativo risieda nella considerazione che «per effetto delle modifiche normative introdotte nell’ultimo decennio, l’istituto del ricorso straordinario ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la “qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo”».

Da tale passaggio la Consulta ricava infatti, da un lato, «la consacrazione della teoria sostanzialistica sancita da Adunanza Plenaria e Corte di Cassazione in ordine ad un rimedio che da amministrativo si è trasformato in giustiziale», dall’altro lato, «e per conseguenza, l’attrazione del ricorso straordinario nella materia (o “oggetto”) “giurisdizione amministrativa”»⁶⁰. Ciò

⁵⁹ Così si legge nella sentenza Corte Cost., 2/4/2014 n. 73, cit.: «Sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell’art. 44 della legge n. 69 del 2009». Siffatta soluzione, che avrebbe potuto comunque ricavarci dal sistema, è in ogni caso la conseguenza logica della scelta compiuta dalla L. 69/2009 – e cioè, della traslazione del suddetto ricorso straordinario dall’area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali –.

⁶⁰ Così A. POZZI in *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta? Nota a Corte cost. 2/4/2014, n. 73*, in *Giustamm.it*. L’A. sostiene che «La disposizione censurata [l’art. 7, co.8, C.P.A.], è intesa a coordinare i rapporti fra giurisdizione amministrativa e un rimedio giustiziale attratto “per alcuni profili” nella giurisdizione amministrativa medesima, in quanto strumento alternativo di risoluzione di conflitti, “pur senza possederne tutte le caratteristiche”». A ben vedere la soluzione coerentemente adottata dal comma 8 dell’art. 7, in relazione ai criteri di riparto della giurisdizione, ben avrebbe potuto ricavarci in via interpretativa dal sistema complessivo. Non ci sarebbe stata infatti l’esigenza di una tale soluzione ove si fosse consolidato un assetto interpre-

non di meno, la medesima Corte osserva che «la traslazione dell'istituto del ricorso straordinario nell'alveo della giurisdizione amministrativa non è incondizionata, essendo piuttosto limitata ad "alcuni profili": il rimedio giustiziale amministrativo possiede sì "caratteristiche strutturali e funzionali assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo", ma soltanto "in parte". Si tratta, in altri termini, di uno strumento di risoluzione di conflitti alternativo al rimedio giurisdizionale vero e proprio, "pur senza possedere tutte le caratteristiche"»⁶¹.

8. Brevi osservazioni conclusive

Alla luce del ragionamento svolto sin qui sembra doversi propendere per la tesi che riconosce natura giustiziale amministrativa alla decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

In favore di tale conclusione militano sia le ragioni a sostegno dell'orientamento da ultimo riferito, sia le ragioni ostative all'accoglimento dell'orientamento che, all'opposto, riconosce natura giurisdizionale della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Con riguardo alle prime, si deve ribadire che, pure a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 69/2009 e dal C.P.A., il procedimento in cui si svolge il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica continua a caratterizzarsi per la quasi segretezza della istruttoria condotta prevalentemente dall'autorità amministrativa; per i limiti alla effettività del contraddittorio ed, ancora, per la mancanza della discussione orale e la dipendenza della decisione dalla 'buona volontà' dell'amministrazione precedente. Tutti

tativo diverso da quello espresso dall'Adunanza Generale del 1999 la quale aveva invece creato un *vulnus* all'esigenza di "composizione sistematica" degli strumenti di tutela.

⁶¹ Ancora A. POZZI, in *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*. Nota a Corte cost. 2/4/2014, n. 73, cit.

questi elementi, com'è noto, «contrastano con [...] i caratteri che, secondo la Costituzione, non possono mancare perché un procedimento possa aspirare ad essere considerato espressione della funzione giurisdizionale»⁶².

D'altra parte, gli stessi argomenti utilizzati a sostegno della tesi che riconosce natura giurisdizionale alla decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato sembrano non resistere ad alcuna significativa obiezione.

Con riguardo all'attuale formulazione dell'art. 69 L. n. 69/2009 – finalizzato a novellare il DPR 1199/71 – viene infatti di rilevare che esso è pur sempre rubricato '*Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione*' il che, evidentemente, non può che essere sintomatico della *ratio legis* di non voler incidere sulla natura giuridica del ricorso straordinario e del provvedimento conclusivo di esso.

Con riguardo all'introduzione – con la L. n. 69/2009 e con il C.P.A., non solo del potere incidentale del Consiglio di Stato di sollevare la questione pregiudiziale di costituzionalità, ma anche – della vincolatività del parere emesso dal Consiglio di Stato, viene invece di rilevare che la sua ragione risieda nell'esigenza di rafforzare la natura giustiziale di un rimedio volto unicamente all'imparziale applicazione del diritto. Ed infatti, l'aver escluso che il Governo possa discostarsi dal parere espresso in sede consultiva dal Consiglio di Stato dovrebbe, ad esempio, portare ad escludere che nel procedimento possano trovare spazio 'valutazioni ulteriori' rispetto a quelle propriamente di diritto (anzi, proprio in tal senso andrebbe letta la possibilità di sollevare questione di costituzionalità) e dovrebbe servire a confermare che «scopo della riforma sia stato, piuttosto, quello di dar vita ad un rimedio realmente alternativo alla

⁶² Così, L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., p. 701.

giurisdizione» – ciò anche sulla base di istanze provenienti dall’Unione Europea – che per essere tale necessitava di un particolare assetto organizzativo scevro da ogni forma di dipendenza dal Governo⁶³.

In ogni caso, a prescindere dall’adesione alla tesi della natura formalmente amministrativa (giustiziale) ovvero giurisdizionale, viene infine di osservare che sia la dottrina sia la giurisprudenza sembrano pacificamente convenire su un punto: il decreto decisorio emesso in esito alla presentazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato presenta comunque, nella sostanza, caratteri che lo avvicinano al provvedimento giurisdizionale – evidentemente il problema è capire fine a che punto –.

Proprio tale assunto – unitamente alle considerazioni già *retro* esposte – potrebbe essere utilizzato per rafforzare ulteriormente la tesi che riconduce il decreto decisorio del Capo dello Stato all’area delle funzioni amministrative in senso lato (e dunque giustiziali)⁶⁴. Del resto, anche parte autorevole della dottrina continua a so-

stenere che la strada migliore da percorrere consista nel conservare l’istituto del ricorso straordinario così com’è, mantenendone la natura amministrativa e, al contempo, improntarlo a logiche di effettività⁶⁵.

Una siffatta operazione consentirebbe infatti di prendere a prestito – soltanto se ed in quanto occorra –, istituti che pur se propri della giurisdizione tecnicamente intesa, costituiscono in realtà patrimonio comune di qualunque percorso di tutela, a prescindere dalla sua natura e dalla sua essenza.

In conclusione – e nel dirlo con le parole della dottrina più recente – proprio nella valorizzazione delle differenze rispetto sia agli altri ricorsi amministrativi, sia al ricorso giurisdizionale, «dei quali tutti pur compendia e riplasma con originalità le caratteristiche salienti, sta la perdurante ragion d’essere del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dove l’accezione procedurale tradizionalmente data all’aggettivo, quella cioè di qualificare un rimedio contenzioso avverso atti amministrativi definitivi, viene affiancata e completata da una sostanziale e forse più pregnante valenza semantica, quella cioè di operare in antinomia senza doversi necessariamente travestire da ciò che non è»⁶⁶.

⁶³ Così G. MARTINI, *Il ‘ricorso straordinario’ al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 714. Sul fatto che dopo la riforma, non dovrebbero neanche sorgere problemi ad ammettere l’esperibilità del ricorso straordinario pure nei confronti di atti amministrativi regionali e delle autorità indipendenti, argomenta ampiamente L. MAZZAROLI, *Ricorsi straordinari ed amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 93 ss.

⁶⁴ In tal senso M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come rimedio alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 94; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 509, ove viene individuata quale indice della natura amministrativa del rimedio in esame la circostanza che «mentre nel ricorso straordinario la verifica di legittimità degli atti impugnati, sotto il profilo del controllo finale degli atti medesimi, si svolge in un contesto sostanzialmente interno all’amministrazione, diversamente, il ricorso giurisdizionale presuppone la fuoriuscita dal processo formativo dell’atto».

⁶⁵ Si v. F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l’effettività della tutela (rilievi critici all’approccio)*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1601 e ss.

⁶⁶ Così, F.F. TUCCARI, *Nota a CdS, Ad. Gen., parere 22 febbraio 2011n. 808*, in *Urb. e Appalti*, 1/2012.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., sent. 6/5/2013 n. 9

Il decreto con cui si decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che recepisce il parere del Consiglio di Stato, 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.

La previsione che legittima il Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario, a sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, non è incompatibile con la riserva di legge costituzionale relativa alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137 Cost., comma 1), dal momento che non è precluso al legislatore ordinario – nel rispetto del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali – di riconoscere o confermare la natura giurisdizionale di una sede in cui una controversia è dibattuta tra le parti in contraddittorio ed è decisa da un giudice terzo ed imparziale ai sensi dell'art. 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23.

Corte Costituzionale, sent. 2/4/2014 n. 73

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, co. 2, L.69/2009 che, modificando l'art. 14 del DPR. n. 1199/1971, 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 Consi-

glio 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.

È da escludere che la disposizione censurata [art. 7, co. 8, D.Lgs. 2/7/2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 L. 18/6/2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo)] si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «riassetto della disciplina del processo amministrativo», contenuta nell'art. 44 L. 69/2009. Questa tesi, sostenuta dal collegio rimettente, non considera che la medesima L. 69/2009 ha profondamente modificato la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato e consentendo che in tale sede vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale. Per effetto di queste modifiche, l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo. La disposizione censurata è perciò diretta a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di applicazione di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche.