**Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza del Consiglio di Stato**

[**1. Evoluzione storica del ricorso straordinario**](#_Toc88898252)

[**2. Il ricorso straordinario e la Costituzione**](#_Toc88898253)

[**3. La natura giuridica del ricorso straordinario**](#_Toc88898254)

[**3.1 Il parere delle Sezioni riunite prima e seconda n. 2131/2012 e il rilievo della sentenza della Corte di Giustizia C-69/96 e 79/96**](#_Toc88898255)

[**3.2 La successiva giurisprudenza: la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio**](#_Toc88898256)

[**3.3 L’approdo ermeneutico della Corte Costituzionale con la sentenza n. 73/2014: un rimedio giustiziale assimilabile ad un giudizio**](#_Toc88898257)

[**3.4 L’orientamento nel senso della persistente natura amministrativa del ricorso straordinario**](#_Toc88898258)

[**3.5 Gli interventi giurisprudenziali più recenti: la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali**](#_Toc88898259)

[**4. Le condizioni dell’azione nel ricorso straordinario**](#_Toc88898260)

[**5. Azioni esperibili con il ricorso straordinario**](#_Toc88898261)

[**5.1 Inammissibilità delle azioni di accertamento, di condanna e delle azioni risarcitorie**](#_Toc88898262)

[**5.1.1 Inammissibilità della domanda di rifusione delle spese legali e del contributo unificato**](#_Toc88898263)

[**5.1.2 Inammissibilità dell’azione di accertamento dell’illegittimità del silenzio**](#_Toc88898264)

[**5.2 Inammissibilità delle azioni per violazione del giudicato**](#_Toc88898265)

[**6. Atti impugnabili**](#_Toc88898266)

[**6.1 Gli atti impugnabili prima del Codice del processo amministrativo: il ricorso straordinario come strumento di carattere generale, indifferente al riparto della giurisdizione**](#_Toc88898267)

[**6.2 Gli atti impugnabili dopo il Codice del processo amministrativo: il ricorso straordinario è ammesso solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. La retroattività o meno della nuova disposizione**](#_Toc88898268)

[**6.2.1 I dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo**](#_Toc88898269)

[**6.2.2 La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità**](#_Toc88898270)

[**6.3 Atto politico e atto di alta amministrazione**](#_Toc88898271)

[**6.4 Atti delle autorità amministrative indipendenti**](#_Toc88898272)

[**7. Le controversie devolute al giudice amministrativo per le quali non è ammesso il ricorso straordinario**](#_Toc88898273)

[**7.1. Le procedure di affidamento di appalti pubblici**](#_Toc88898274)

[**7.1.1 Gli atti dell’Autorità nazionale anticorruzione**](#_Toc88898275)

[**7.1.2 L’approvazione di perizia di variante**](#_Toc88898276)

[**7.1.3 La revisione prezzi**](#_Toc88898277)

[**7.2 Le prestazioni di trasporto scolastico ed assistenza specialistica a favore di alunni disabili**](#_Toc88898278)

[**7.3 L’ accesso agli atti**](#_Toc88898279)

[**7.4 La competenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa-Sezione autonoma di Bolzano**](#_Toc88898280)

[**7.5 Le operazioni elettorali**](#_Toc88898281)

[**8. Le controversie devolute al giudice ordinario**](#_Toc88898282)

[**8.1 Il criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo**](#_Toc88898283)

[**8.1.2 In materia di concessione di beni pubblici**](#_Toc88898284)

[**8.1.2.1 In materia di rideterminazione del canone demaniale per le concessioni marittime**](#_Toc88898285)

[**8.1.3 In materia di strade e autostrade**](#_Toc88898286)

[**8.1.4 In materia di violazione al codice della strada**](#_Toc88898287)

[**8.1.5 In materia di immigrazione**](#_Toc88898288)

[**8.1.6 In materia di compensi arbitrali**](#_Toc88898289)

[**8.1.7 In materia di rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A.**](#_Toc88898290)

[**8.1.7.1 In materia di mancata stipula del contratto per mancanza dei requisiti**](#_Toc88898291)

[**8.1.8 In materia di rapporto tra i medici convenzionati esterni**](#_Toc88898292)

[**8.1.9 In materia di contributi e sovvenzioni**](#_Toc88898293)

[**8.1.9.1 In materia di contributi a seguito del verificarsi di eventi sismici**](#_Toc88898294)

[**8.1.10 In materia di edilizia popolare**](#_Toc88898295)

[**8.1.11 In materia di misure antiestorsione e antiusura**](#_Toc88898296)

[**8.1.12 In materia di provvedimenti sanzionatori**](#_Toc88898297)

[**8.1.13 In materia di escussione di polizze fideiussorie**](#_Toc88898298)

[**8.1.14 In materia di referendum**](#_Toc88898299)

[**8.1.15 In materia anagrafica**](#_Toc88898300)

[**8.1.16 In materia di espropriazione**](#_Toc88898301)

[**9. Le controversie devolute alla Corte dei conti**](#_Toc88898302)

[**9.1 La materia pensionistica**](#_Toc88898303)

[**9.2 Il riscatto degli studi universitari**](#_Toc88898304)

[**10. Le controversie devolute al Tribunale superiore delle acque pubbliche**](#_Toc88898305)

[**11. Le controversie devolute alle Commissioni Tributarie**](#_Toc88898306)

[**12. Le controversie devolute al Consiglio nazionale forense**](#_Toc88898307)

[**13. La definitività dell’atto e la scusabilità dell’errore**](#_Toc88898308)

[**13.1 Casistica giurisprudenziale in tema di definitività dell’atto**](#_Toc88898309)

[**14. L’alternatività**](#_Toc88898310)

[**14.1 L’ambito di applicazione del principio di alternatività**](#_Toc88898311)

[**14.2 I profili temporali in ordine all’applicazione del principio di alternatività**](#_Toc88898312)

[**14.3 Alternatività, cointeressati e controinteressati**](#_Toc88898313)

[**14.4 Alternatività e irricevibilità o inammissibilità del primo ricorso**](#_Toc88898314)

[**14.5 Alternatività e ottemperanza**](#_Toc88898315)

[**14.6 Alternatività e rinuncia al ricorso proposto per primo**](#_Toc88898316)

[**14.7 Alternatività e perenzione**](#_Toc88898317)

[**15. Il contenuto del ricorso**](#_Toc88898318)

[**15.1 Il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti**](#_Toc88898319)

[**15.2 I motivi di ricorso in caso di precedente ricorso gerarchico**](#_Toc88898320)

[**16. Il termine per la proposizione del ricorso**](#_Toc88898321)

[**16.1 Sospensione feriale dei termini**](#_Toc88898322)

[**16.2 Sospensione dei termini per emergenza COVID**](#_Toc88898323)

[**17. La notifica ai controinteressati e la presentazione del ricorso. L’integrazione del contraddittorio**](#_Toc88898324)

[**17.1 La presentazione del ricorso: la questione della notificazione all’Avvocatura dello Stato**](#_Toc88898325)

[**17.1.1 La presentazione del ricorso direttamente alla Presidenza della Repubblica**](#_Toc88898326)

[**17.1.2 La presentazione del ricorso ad un Ministero incompetente**](#_Toc88898327)

[**17.2 La notifica ai controinteressati, la presentazione di deduzioni e documenti e la proposizione del ricorso incidentale**](#_Toc88898328)

[**17.2.1 La produzione della prova della notifica ai controinteressati**](#_Toc88898329)

[**17.3 La questione della notifica alla pubblica amministrazione non statale che ha emesso il provvedimento**](#_Toc88898330)

[**17.4 La trasmissione del ricorso al Ministero competente**](#_Toc88898331)

[**18. L’opposizione dei controinteressati**](#_Toc88898332)

[**18.1 La compatibilità dell’opposizione con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea**](#_Toc88898333)

[**18.2 La tardività dell’opposizione e la mancata trasposizione del ricorso straordinario**](#_Toc88898334)

[**18.3 Opposizione e sospensione feriale dei termini processuali**](#_Toc88898335)

[**18.4 Il rapporto tra la sospensione dell’emissione del parere disposta per rimessione degli atti alla Corte costituzionale e l’opposizione**](#_Toc88898336)

[**18.5 Opposizione e dimidiazione dei termini processuali innanzi al giudice amministrativo**](#_Toc88898337)

[**18.6 Rapporti tra opposizione e revocazione**](#_Toc88898338)

[**18.7 La legittimazione a chiedere la trasposizione**](#_Toc88898339)

[**18.8 La questione della possibilità da parte dei cointeressati di chiedere la trasposizione in sede giudiziaria del ricorso straordinario**](#_Toc88898340)

[**18.9 Forma e termine per l’istanza di trasposizione**](#_Toc88898341)

[**18.10 Conseguenze per il controinteressato della mancata richiesta di trasposizione**](#_Toc88898342)

[**18.11 Effetti dell’istanza di trasposizione sul ricorso straordinario e sul d.P.R. sopravvenuto**](#_Toc88898343)

[**18.12 Conseguenze, per l’originario ricorrente, della mancata trasposizione**](#_Toc88898344)

[**18.13 Modalità della trasposizione**](#_Toc88898345)

[**19. La riattivazione della sede straordinaria**](#_Toc88898346)

[**20. L’istruttoria e la relazione ministeriale**](#_Toc88898347)

[**20.1 Il ministero competente all’istruttoria**](#_Toc88898348)

[**20.2 La firma del ministro sulla relazione**](#_Toc88898349)

[**20.3 Il deposito diretto di documenti al Consiglio di Stato**](#_Toc88898350)

[**20.4 I termini dell’istruttoria ministeriale**](#_Toc88898351)

[**20.5 Il deposito diretto del ricorso al Consiglio di Stato**](#_Toc88898352)

[**21. Il contraddittorio**](#_Toc88898353)

[**21.1 Deposito di memorie e documenti direttamente al Consiglio di Stato**](#_Toc88898354)

[**21.2 La conoscenza degli atti del procedimento: il contraddittorio sotto forma di accesso ai documenti del ricorso straordinario**](#_Toc88898355)

[**22. Il procedimento cautelare**](#_Toc88898356)

[**22.1 Il parere della Commissione speciale n. 920/2009**](#_Toc88898357)

[**22.2 La questione della possibilità di esprimere il parere sulla sospensiva a seguito di deposito diretto al Consiglio di Stato pur in assenza di relazione ministeriale**](#_Toc88898358)

[**22.3 La questione della mancanza di una disposizione che preveda misure cautelari monocratiche**](#_Toc88898359)

[**23. La sospensione del procedimento**](#_Toc88898360)

[**24. La morte o incapacità del ricorrente**](#_Toc88898361)

[**25. La rinuncia al ricorso straordinario e l’opposizione alla rinuncia delle altre parti del procedimento**](#_Toc88898362)

[**26. L’incidente di costituzionalità**](#_Toc88898363)

[**27. La pregiudiziale comunitaria**](#_Toc88898364)

[**27.1 La risposta della Corte di giustizia con sentenza n. C-69/96: il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato**](#_Toc88898365)

[**28. Il parere del Consiglio di Stato**](#_Toc88898366)

[**28.1 La questione dell’audizione delle parti**](#_Toc88898367)

[**28.2 I poteri istruttori del Consiglio di Stato**](#_Toc88898368)

[**28.2.1 La verificazione: la questione del rimborso delle spese**](#_Toc88898369)

[**29. Il decreto di decisione del ricorso straordinario**](#_Toc88898370)

[**29.1 L’esecuzione del decreto decisorio**](#_Toc88898371)

[**30. I rimedi**](#_Toc88898372)

[**30.1. La richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato**](#_Toc88898373)

[**30.2 Il riesame dei pareri del Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia**](#_Toc88898374)

[**30.3. La revocazione**](#_Toc88898375)

[**30.4 La correzione di errore materiale**](#_Toc88898376)

[**30.5. Il ricorso giurisdizionale per vizi di forma e del procedimento**](#_Toc88898377)

[**30.5.1 I vizi deducibili**](#_Toc88898378)

[**30.6 Il ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost.**](#_Toc88898379)

[**30.7 Il regolamento preventivo di giurisdizione**](#_Toc88898380)

[**30.8 L’opposizione di terzo**](#_Toc88898381)

[**31. La questione delle spese processuali**](#_Toc88898382)

[**32. Il contributo unificato**](#_Toc88898383)

[**33. Ricorso al Presidente della Regione Sicilia e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica**](#_Toc88898384)

[**33.1 Origini e fonti normative del ricorso al Presidente della Regione Sicilia**](#_Toc88898385)

[**33.2 La tipologia degli atti impugnabili con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia**](#_Toc88898386)

[**33.3 Rilievi critici della disciplina del ricorso al Presidente della Regione Sicilia**](#_Toc88898387)

[**34. Le istanze di riforma del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica**](#_Toc88898388)

[**35. Conclusioni**](#_Toc88898389)

# **1. Evoluzione storica del ricorso straordinario**

Il ricorso straordinario è istituto di antica tradizione che, soprattutto in certe epoche storiche, è risultato fondamentale per garantire la giustizia amministrativa.

Secondo la *communis opinio* fu la legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 (cd. legge Rattazzi) a prevedere normativamente per la prima volta il ricorso straordinario, ancorché si ricolleghi alle istanze in via di giustizia e di grazia proposte al sovrano nelle monarchie assolute (**Cons. Stato, sez. I, n. 2553/2014**).

È noto che, dopo l’abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, il Consiglio di Stato rimase titolare delle sole funzioni consultive.

Proprio in questo periodo il ricorso straordinario conobbe la sua massima fortuna in quanto con l’abolizione del contenzioso amministrativo rimaneva l'unico strumento a disposizione dei singoli contro la lesione di quella particolare situazione soggettiva che sarebbe stata poi definita di interesse legittimo.

In tal modo il Consiglio, utilizzando l’unico strumento di tutela rimasto, cominciò ad elaborare i principi che saranno poi alla base della formazione della giustizia amministrativa.

Difatti, già prima del 1889, in sede di ricorso straordinario, in alcuni casi la legittimità dei provvedimenti iniziò ad essere valutata alla stregua di criteri concernenti la legittimità intrinseca.

E probabilmente questa fu una delle ragioni per le quali nel 1889 gli furono affidate nuove funzioni che presto furono riconosciute di carattere giurisdizionale.

Dopo all’istituzione della IV sezione ci si poteva attendere che potesse seguire l’eliminazione del rimedio ed infatti, nel 1897, il governo Di Rudinì provò ad abrogare le relative disposizioni, senza esito.

E qui è da rilevare il severo giudizio di Vittorio Emanuele Orlando, sulle orme di Antonio Salandra, secondo cui il ricorso straordinario aveva perduto ogni ragion d’essere e che “*non si può dire soltanto inutile: esso è ingombrante e perciò dannoso”*.

A tali critiche avrebbe risposto più tardi Santi Romano.

Il progetto di Giolitti nel 1906, però, non prevedeva l’abolizione del ricorso straordinario ma solo l’eliminazione di alcune “*complicanze e difficoltà*” e portò alla legge n. 62/1907 che riguardò anche il ricorso straordinario. Diceva Giolitti in parlamento: *“Questa soppressione … non sarebbe una cosa buona. Il ricorso straordinario al re costituisce una giustizia gratuita, giacché essa non costa che il foglio di carta per ricorrere al Governo”.*

A quanto pare, tale eliminazione non vi fu anche per una sorta di rispetto nei confronti di poteri formalmente propri del re, oltre al fatto che l’abolizione poteva sembrare misura antiliberale e odiosa.

La riforma del 1907, comunque, se rimuoveva i più vistosi degli inconvenienti, lasciava in piedi la questione di fondo: qual è la ragion d'essere del ricorso straordinario una volta che era stata istituita la IV Sezione con funzioni giurisdizionali?

E infatti continuò il dibattito anche all’interno dell’Istituto, se nel 1911 il Presidente Giorgio Giorgi scriveva con decisione: “*Ormai il ricorso straordinario è in agonia, e non tarderà il giorno che non se ne parlerà più*.”

Previsione che però non si è mai avverata e anzi il ricorso straordinario appare ancora uno strumento utile, come si vedrà alla fine di questo lavoro.

Una compiuta ricostruzione storica del ricorso straordinario è stata effettuata dal parere della **Prima sezione n. 2553/2014**, nell’ambito di una indagine ricostruttiva che attribuisce al rimedio natura amministrativa.

Di seguito la pronuncia.

 “*Il ricorso straordinario trae origine dalle istanze in via di giustizia e di grazia proposte al sovrano nelle monarchie assolute e aventi ad oggetto sia provvedimenti giudiziari che amministrativi. Il re pronunciava sul ricorso, acquisito in un primo tempo il parere del Consiglio dei memoriali, successivamente, quando il Consiglio dei memoriali fu unito al Consiglio di Stato, il parere del Consiglio di Stato (Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770). I ricorsi avverso le sentenze furono attribuiti alla cognizione del Magistrato di Cassazione dall’art. 2 del regio editto 30 ottobre 1847, n. 653.*

*Lo Statuto Albertino del 4 marzo 1848, che pur mutava il complessivo quadro istituzionale, in relazione al Consiglio di Stato, si limitava a prevedere che una delle categorie fra le quali potevano essere scelti i senatori fosse quella dei magistrati del Consiglio di Stato dopo 5 anni di funzioni (art. 33, primo comma, n. 15), e a stabilire che si sarebbe dovuta emanare una legge sul riordinamento del Consiglio di Stato (art. 83, primo comma), e non conteneva alcuna disposizione sul ricorso straordinario.*

*Con la legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 (una delle 4 leggi di riordino del contenzioso amministrativo, voluta dal Governo Rattazzi), sono disciplinate le attribuzioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato, che diviene il giudice supremo del contenzioso amministrativo. Gli artt. 15, comma primo, n. 4, e 16 di tale legge possono essere indicati come la prima fonte normativa espressa del ricorso straordinario al Capo dello Stato.*

*Tali disposizioni così recitano:*

*“Art. 15 – Oltre le materie alle quali è provveduto per leggi speciali, dovrà essere necessariamente inteso il parere del Consiglio di Stato: …*

*4. sui richiami che si facciano al Re contro la legittimità di provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, per quali già siano esaurite, o non si possano proporre in via gerarchica, le domande di riparazione.*

*Art. 16 – Nei casi di cui nei precedenti articoli 14 e 15 può il ministro, veduto lo avviso della sezione competente, richiedere il Presidente del Consiglio di Stato perché faccia emettere un secondo avviso dell’intiero Consiglio a sezioni riunite”*.

*Con l’allegato D (“legge sul Consiglio di Stato”) alla legge n. 2248 del 20 marzo 1865 (“Per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia) la disposizione sul ricorso straordinario di cui all’art. 15 della legge n. 3707/1859, sopra riportato, fu trasfusa nell’art. 9, comma primo, n. 4, con l’aggiunta della specificazione di cui all’ultimo capoverso del n. 4:*

“*Art. 9 – Oltre i casi nei quali il voto del Consiglio di Stato è richiesto per legge dovrà domandarsi: …*

*4. Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica.*

*Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei Ministri”.*

*Quindi, in base alle fonti normative riportate, il ricorso straordinario è delineato dal legislatore come un rimedio generale di legittimità avverso provvedimenti definitivi, che non ha natura giurisdizionale ed in cui la tutela dell’interessato si realizza attraverso un procedimento amministrativo che si conclude con un atto amministrativo di giustizia avente la forma del decreto reale adottato su parere obbligatorio, ma non vincolante, del Consiglio di Stato (la difformità del parere doveva essere deliberata dal Consiglio dei ministri).*

*La Sezione rileva che la natura amministrativa dell’istituto in questione emerge in modo evidente dalle due leggi richiamate che entrambe trattano sia l’attività giurisdizionale (che nella previsione dell’art. 10 dell’allegato D alla legge del 1865 è residuale mentre nella legge del 1859 è generale), che l’attività amministrativa del Consiglio di Stato.*

*La Sezione nota in proposito che con l’allegato D alla legge n. 2248 del 1865 i conflitti di attribuzione, che secondo la legge n. 3707/1859 (art. 17), di competenza del Consiglio di Stato, non rientravano nelle attribuzioni giurisdizionali di tale organo, sono divenuti oggetto di giurisdizione propria del Consiglio di Stato (art. 10, all. D alla legge n. 2248/1865). La materia del ricorso straordinario mantiene invece la originaria natura amministrativa.*

*Il ricorso straordinario è stato delineato dalle disposizioni richiamate quale rimedio di carattere generale avente natura amministrativa avverso atti definitivi, esperibile per sole ragioni di legittimità da chiunque fosse titolare di un interesse personale.*

*La sua natura amministrativa o, comunque non giurisdizionale, come si è esposto, era connessa alla espressa volontà manifestata nelle fonti normative.*

*La sua generalità, quindi la sua estensione alla tutela avverso la lesione dei diritti soggettivi, derivava dalla circostanza che la figura dell’interesse legittimo non era emersa, seppur negli atti parlamentari della seconda metà dell’ ’800 è stata utilizzata per indicare controversie che non rientravano nelle attribuzioni del giudice ordinario. È con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato per la Giustizia Amministrativa che la figura emerge sostanzialmente, con la conseguente lenta presa di coscienza di dottrina e giurisprudenza.*

*Ed è soltanto con la Costituzione della Repubblica Italiana che ad essa si dà formale ed espresso riconoscimento.*

*Quindi fino all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo che con l’art. 7, comma 8 (“Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”), ha limitato l’ambito delle controversie proponibili in sede di ricorso straordinario, la tutela del ricorso straordinario comprendeva anche tutte le controversie per lesione di diritti soggettivi derivanti da atto amministrativo, in concorrenza con la tutela innanzi al giudice ordinario. Ciò, come è stato sopra rilevato, è derivato dal fatto che, al momento della espressa, originaria previsione legislativa del ricorso straordinario, dopo l’avvento della monarchia costituzionale, la distinzione nell’ambito delle situazioni giuridiche soggettive fra diritto soggettivo e interesse legittimo non esisteva.*

*In questo senso va precisata l’osservazione reiterata in dottrina e giurisprudenza secondo cui l’esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per la violazione di diritti soggettivi in regime di concorrenza con la giurisdizione ordinaria si basa su un orientamento interpretativo consolidatosi praeter legem.*

*Con l’introduzione della IV Sezione il rapporto fra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario è stato disciplinato dal secondo comma dell’art. 7 della legge n. 5992/1889 istitutiva della IV Sezione (“[t]ale ricorso [alla sezione quarta] non è più ammesso quando, contro il provvedimento definitivo, siasi presentato ricorso al Re in sede amministrativa, secondo la legge vigente”). Tale disposizione fu riportata tal quale al secondo comma dell’art. 28 del R.D. n. 6166 del 2 giugno 1889. Va da sé che il ricorso straordinario in tale testo unico è menzionato all’art. 12 del Titolo II concernente le attribuzioni consultive del Consiglio di Stato e non nel Titolo III concernente le attribuzioni giurisdizionali.*

*Con la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione avente natura giurisdizionale, fu anche previsto il termine di 180 giorni per la proposizione del ricorso straordinario (art. 2, nella parte in cui ha modificato l’art. 12, primo comma, n. 4, della legge n. 6166/1889), in precedenza esperibile senza un termine specificamente previsto da una fonte normativa. Con tale legge fu anche introdotta una disposizione di favore nei confronti del ricorso giurisdizionale (art. 4 che ha aggiunto un capoverso all’art. 28 della legge n. 6166/1889). Secondo il nuovo capoverso “…quando il provvedimento si riferisce direttamente ad altri interessati, il ricorso al Re non può essere proposto se non siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale, ovvero quando nessuno degli interessati abbia dichiarato entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso al Re di fare opposizione. In caso contrario il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale”.*

*Questi caratteri sostanziali sono stati ripetuti nel R.D. n. 638 del 17 agosto 1907 (artt. 12 e 26), e nel R.D. n. 1054 del 26 giugno 1924 recante Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (artt. 16 e 34).*

*La Costituzione della Repubblica italiana non fa espresso riferimento al ricorso straordinario; dai lavori dell’Assemblea costituente emerge che l’espressione “di tutela della giustizia nell’amministrazione” contenuta nell’art. 100 Cost. sia riferita anche alla funzione consultiva e, in particolare al ricorso straordinario (discussione sulla proposta Romano soppressiva della formula “di tutela della giustizia nell’amministrazione”; interventi degli onorevoli Bozzi, Ruini e, in maniera più argomentata, Tosato – A.C. pag. 1574).*

*La dottrina ha chiarito anche che la norma di cui all’art. 87 Cost. non esclude il permanere in capo al Presidente della Repubblica delle attribuzioni di carattere amministrativo già spettanti al Re. Peraltro il legislatore ordinario ha confermato la vigenza dell’istituto con l’art. 7 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 (“Modificazioni al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato”). Tale vigenza è stata anche confermata dalla previsione del ricorso straordinario al Presidente della Regione, di cui all’art. 23, terzo comma, dello statuto della Regione siciliana.*

*Con l’entrata in vigore della Costituzione veniva quindi riaffermato il carattere amministrativo dell’istituto, in ordine al quale il Ministro era competente per l’istruzione e la decisione, la garanzia era data dal parere, pur non vincolante del Consiglio di Stato, organo di tutela della giustizia nell’amministrazione ai sensi dell’art. 100 Cost., la forma era quella del decreto del Presidente della Repubblica.*

*La Sezione, comunque, osserva che fin dall’entrata in vigore della Costituzione, la posizione costituzionale del Presidente della Repubblica, quale capo dello Stato rappresentante dell’unità nazionale e quindi garante dei supremi principi dell’ordinamento, non ha consentito di qualificare la sua partecipazione al procedimento per ricorso straordinario, che si conclude con un atto a sua firma, quale meramente formale o simbolica.*

*La disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha, quindi, trovato una sistemazione normativa negli articoli da 8 a 15 del decreto legislativo di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, recante titolo “Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi”.”*

# **2. Il ricorso straordinario e la Costituzione**

Il ricorso straordinario – pur non essendo formalmente previsto dalla Costituzione – trova fondamento nell’art. art. 100 della Costituzione là dove, mentre la prima parte fa riferimento ai pareri del Consiglio di Stato in funzione di collaborazione (“*organo di consulenza giuridico-amministrativa*”), nella seconda parte si riferisce ai pareri in funzione giustiziale (“*e di tutela di giustizia nell’amministrazione*”).

In taluni casi, difatti, la richiesta di parere mira a risolvere una controversia, con una finalità, quindi, di tipo giustiziale e quando ciò accade, i parametri di giudizio sono quelli – sostanzialmente non dissimili dall’attività giurisdizionale - della tutela delle posizioni soggettive sulle quali l’azione amministrativa è destinata ad incidere.

Ciò premesso, la disciplina del ricorso straordinario è stata sottoposta al vaglio di costituzionalità in relazione a diversi profili.

In primo luogo, la questione di legittimità costituzionale del ricorso straordinario e in particolare della regola della alternatività è stata risolta in senso positivo dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 78 del 1966.

La **Corte di cassazione** con **ordinanza del 29 ottobre 1964**, ha prospettato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, secondo e terzo comma, del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, in quanto pone in alternativa il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato.

La questione è stata proposta in relazione al rilievo che al predetto principio di alternatività sembra contrapporsi la regola dell'art. 113 della Costituzione, la quale garantisce sempre la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica Amministrazione ed assicura quindi una protezione che non dovrebbe incontrare ostacoli a causa della scelta di un rimedio la cui natura resta amministrativa.

Non è decisivo opporre - secondo la Cassazione - che un conflitto fra la decisione del Capo dello Stato e quella dell'autorità giurisdizionale deve essere evitato per far salvo il prestigio del Capo dello Stato, perché questo prestigio non viene in causa quando sull'atto amministrativo di lui si fa prevalere la pronunzia di un organo di giurisdizione; non è nemmeno rilevante obiettare - sempre secondo la Cassazione - che, essendo la decisione del ricorso straordinario emanata su parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, di cui fanno parte anche i componenti delle Sezioni giurisdizionali, costoro, ove dovessero esser chiamati a decidere anche sul ricorso giurisdizionale, verrebbero investiti per ben due volte della pronuncia sulla medesima questione, perché diversa è la funzione svolta dal Consiglio di Stato nelle due sedi, e soprattutto perché soltanto nella sede giurisdizionale assume particolare rilevanza la pienezza del contraddittorio e della difesa.

La **Corte costituzionale, con sentenza n. 78/1966**, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale.

In particolare ha osservato la Corte che “*le norme denunciate non escludono né attenuano la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi da un atto amministrativo.*

*Esse regolano il concorso di due rimedi giuridici avverso un medesimo atto; e lo regolano permettendo all'interessato una scelta fra i medesimi, sulla base di una valutazione di convenienza. Quando l'interessato preferisce proporre ricorso straordinario, è egli stesso che ritiene di poter prescindere dalla tutela giurisdizionale, così come ritiene di farne a meno quando lascia decorrere il termine stabilito per invocarla. Le norme denunciate cioè offrono una alternativa che sollecita l'autonomia soggettiva, e, così essendo, non intaccano il precetto costituzionale che garantisce quella tutela, perché esso non obbliga l'interessato a rivolgere la sua autonomia unicamente nel senso dell'esperimento della protezione assicurata: concetti simili ha espresso la Corte nella sua sentenza 5 febbraio 1963, n. 2, e in quella successiva del 4 giugno 1964, n. 47, si è pure rilevato che l'art. 113 non impedisce alla legge ordinaria di regolare l'esercizio della tutela giurisdizionale nei modi e con la efficacia che più aderisca alle singole situazioni, purché quell'esercizio non sia reso estremamente difficile o puramente apparente (v. anche sentenze 16 dicembre 1964, n. 118, e 3 luglio 1962, n. 87). Ai fini della questione, non importa conoscere per qual motivo l'ordinamento non ammette il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato quando sia stato proposto quello straordinario: il sistema peraltro appare in logica coerenza con il fatto che il ricorso straordinario è ammissibile anche quando non lo sia più il ricorso giurisdizionale per il decorso del termine assegnato per il suo esperimento. Importa soltanto rilevare che il principio contestato, dando alla parte piena libertà di adire alla tutela giurisdizionale, e facendo dipendere dalla libera determinazione di lei la decadenza da quella tutela, non la rende né impossibile, né difficile, né fittizia: la legge anzi offre, in seno allo stesso ordinamento amministrativo, una protezione ai diritti soggettivi o agli interessi legittimi, che si aggiunge a quella giurisdizionale quando la parte ritiene di poterne fare a meno o da essa è decaduta. E in questo senso essa aumenta la possibilità di reazioni contro l'atto amministrativo illegittimo.*

*La sostanza del sistema desumibile dalle norme denunciate è che la proposizione del ricorso straordinario ha il medesimo effetto del decorso del termine prescritto per la presentazione del ricorso giurisdizionale: la perdita del diritto a questo rimedio si produce prima del tempo ordinario a seguito di un atto volontario al quale si addiviene nella consapevolezza del valore che vi ha dato la legge, perché questo valore non può non essere presente a colui che utilizza il dettato della norma dalla quale l'effetto deriva. Non conta il motivo per cui l'interessato addiviene alla scelta, così come non conta la causa dell'inutile decorso del termine fissato per l'esperimento della tutela giurisdizionale; non conta nemmeno qualificare la situazione giuridica che si determina mediante la proposizione del ricorso straordinario. Rileva invece l'osservare, e la Corte altra volta l'ha già fatto presente (sentenza 4 giugno 1964, n. 47), che la genericità del precetto contenuto nell'art. 113 della Costituzione non è tale da permettere di opinare che l'esperimento della tutela giurisdizionale non possa essere assoggettata a cause di decadenza, e da far ritenere che la protezione accordata sia invocabile in perpetuità.*

*5. - Si obietta che la preclusione alla impugnativa dell'atto lesivo mediante ricorso al Consiglio di Stato è stata intesa anche come preclusione dell'impugnativa giurisdizionale della decisione sul merito del ricorso straordinario, in modo che resta impedito ogni sindacato di legittimità sul merito della decisione. Anzitutto però la questione dell'estensione così data al principio di alternatività non viene in considerazione in un giudizio, come quello che ha determinato l'ordinanza della Corte di cassazione, in cui si discute soltanto dell'effetto che la presentazione del ricorso straordinario ha prodotto sul diritto a quello giurisdizionale innanzi al Consiglio di Stato. Comunque il rilievo non avverte che il controllo di legittimità della decisione sul merito del ricorso straordinario, se fosse ammissibile, tenderebbe a fare accertare dal Consiglio di Stato i vizi dell'atto lesivo, per la via mediata della denuncia degli errores in iudicando che inficiano quella decisione, dopo che l'interessato è decaduto dal diritto di far valere tali vizi mediante l'impugnativa giurisdizionale dell'atto; vale a dire tenderebbe ad elidere l'effetto che la proposizione del ricorso straordinario ha causato a seguito della scelta fatta dalla parte. Lo stesso principio di alternatività rimarrebbe inutilmente posto se la controversia, esclusa dalla competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato, potesse ritornarvi sotto il profilo dell'errore di giudizio verificatosi nella sede straordinaria, perché, reagendosi in via giurisdizionale contro questo errore, si reagirebbe contro quello che vizia l'atto amministrativo, e, per di più, si conferirebbe efficacia ripristinatoria del diritto alla tutela giurisdizionale amministrativa anche al ricorso straordinario proposto dopo la scadenza del termine stabilito per chiedere quella tutela.*

*6. - Nessuno dei profili prospettati dà pertanto alla questione un contenuto di fondatezza.*

*Non ha fondatezza nemmeno l'osservazione dell'amministrazione finanziaria, per cui, se si muove dall'esatta premessa che il principio di alternatività non concerne il rapporto fra il ricorso straordinario e l'azione giudiziaria ordinaria, diviene inspiegabile la diversità di trattamento emergente dalle norme impugnate per quanto concerne la tutela degli interessi legittimi. L'osservazione fa eco a quella analoga della Corte di cassazione, la quale ha considerato che, dichiarandosi illegittimo il principio di preclusione del ricorso al Consiglio di Stato a causa dell'esperimento del ricorso straordinario, si verrebbe a configurare una situazione simile a quella che vige per le posizioni soggettive tutelabili dinanzi al giudice ordinario.*

*Vi è però da opporre che il ricorso straordinario mira all'annullamento dell'atto lesivo e si pone pertanto nell'ambito medesimo in cui può operare il ricorso al Consiglio di Stato, non in quello coperto dall'azione giudiziaria, che è delimitato dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, sulla abolizione del contenzioso amministrativo; epperò ben si spiega che al ricorso straordinario si dia un valore preclusivo unicamente in confronto al ricorso al Consiglio di Stato, e non anche a quello giudiziario, che assolve a scopi non perseguibili mediante il ricorso straordinario.*

*Inoltre l'azione giudiziaria ordinaria ha in sé caratteristiche di durata non sempre coincidenti con quelle che delineano l'azione giurisdizionale amministrativa, in coerenza alle diversità sostanziali che tra esse intercorrono; e non appare perciò anomalo che il diritto al ricorso giudiziario non sia assoggettato alle stesse cause di decadenza previste per il ricorso al Consiglio di Stato*.”

Con decisione del **Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 299/1986** è stato poi affrontato il tema dell'eventuale incostituzionalità del D.P.R. n. 1199 del 1971 per supposto eccesso di delega, osservando che tale questione è stata ampiamente dibattuta, in dottrina, in tutti i suoi possibili profili, così come era stata anche preventivamente esaminata dal Consiglio di Stato in Adunanza generale (parere 31 maggio 1971 n. 690) e dalla Commissione parlamentare di cui all'art. 51, L. 18 marzo 1968 n. 249 ottenendo soluzione favorevole alla legittimità del decreto. Tenuto conto, poi, del risalto che la dottrina ha dato alla questione, e della frequenza con cui questa o quella disposizione del decreto assume rilievo in procedimenti giurisdizionali, può apparire significativa la circostanza che non si registrino, dopo molti anni, ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale.

Nel merito della questione, il Consiglio di Stato ha osservato che la legge delega, con la sua ampia dizione («*disciplinare i singoli procedimenti amministrativi nei vari settori*») impedisce di ritenere l'oggetto della delega ristretto ai procedimenti per così dire sostanziali, anziché esteso anche ai procedimenti conseguenti a ricorso, che peraltro sono un esempio non secondario di procedimento amministrativo.

Ciò anche a prescindere da quanto affermato in dottrina (proprio con riferimento alla presente questione) circa l'impossibilità di considerare il contenzioso amministrativo come una «*materia*» piuttosto che un modo d'essere delle diverse materie. Se poi l'eccezione di legittimità costituzionale si deve intendere come riferita specificamente al procedimento relativo al ricorso straordinario contro provvedimenti di enti diversi (come nella specie) dello Stato, e con richiamo al principio per cui la legge delega concerneva solo la riforma dell'Amministrazione statale, il Consiglio di Stato ha osservato che il procedimento conseguente al ricorso straordinario si svolge interamente all'interno dell'Amministrazione statale, compresa la fase istruttoria, di competenza del Ministero; l'autorità emanante, se non appartenente all'apparato statale, interviene non quale organo del procedimento, bensì quale parte. Di conseguenza l'eccezione così prospettata non ha fondamento.

Successivamente anche il **TAR Calabria-Reggio Calabria (ordinanza 9 giugno 1999, n. 825)** ha dubitato della legittimità costituzionale dell’istituto ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 8-10, d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 per contrasto con gli art. 76-77 comma 1 e 87, cost. in quanto: a) non si rinviene nella legge di delega alcuna determinazione, da parte del Parlamento, di principi e criteri direttivi nonché di definizione dell’oggetto su cui delegare la funzione legislativa; b) è da escludere che, con decreto legislativo ed in assenza di valutazioni parlamentari, possano essere attribuite funzioni al Presidente della Repubblica; c) neppure può essere attribuita, con legge, al Presidente della Repubblica una competenza «non nominata» nella Costituzione, ulteriore rispetto a quelle individuate dall’art. 87, cost. né ad esse riannodabile; d) pur ammesso che si possano ritenere presenti, nella legge di delega, i presupposti dell’art. 76, cost. i suddetti articoli della legge delegata contrastano con i generali principi di semplificazione, snellimento nonché economicità del procedimento amministrativo.

Anche in questo caso, però, la **Corte Costituzionale**, **con ordinanza n. 56/2001 (reiterata con ordinanza n. 301/2001)**, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale alla luce delle seguenti motivazioni:

“*Considerato che l'art. 4 della legge n. 249 del 1968, come modificato dall'art. 6 della legge n. 775 del 1970, delegava il Governo ad emanare uno o più decreti aventi valore di legge ordinaria per disciplinare i singoli procedimenti amministrativi nei vari settori, stabilendo che le norme di tali decreti avrebbero dovuto "ispirarsi al modello della disciplina generale dell'azione amministrativa da approvarsi con legge con gli adeguamenti resi necessari dalle specifiche esigenze proprie dei singoli settori", e che si sarebbe dovuto "sempre tendere alla semplificazione ed allo snellimento delle procedure, in modo da rendere quanto più possibile sollecita ed economica l'azione amministrativa", e a tal fine si sarebbe dovuta realizzare, tra l'altro, "l'eliminazione delle duplicazioni di competenze, dei concerti non necessari e dei pareri, dei controlli e degli adempimenti in genere, che non siano essenziali per una adeguata valutazione del pubblico interesse o per la consistente tutela degli interessi dei cittadini";*

*che, contrariamente a quanto affermato dal remittente, non vi sono ostacoli né letterali né sistematici a ritenere che la delega abilitasse il Governo a riordinare i procedimenti relativi ai ricorsi amministrativi;*

*che infatti la funzione amministrativa esercitata a seguito della proposizione dei ricorsi amministrativi, pur se inerente ai diversi settori dell'amministrazione attiva, possiede tuttavia una sua autonomia che ne consente, ed anzi ne suggerisce, una disciplina unitaria, come indirettamente confermato da questa Corte, nella sentenza n. 298 del 1986, là dove ha riconosciuto al ricorso straordinario la natura di procedimento amministrativo di secondo grado;*

*che la questione è manifestamente infondata anche in relazione al profilo della mancanza di principî e criteri direttivi, in quanto, pur se la legge relativa al modello della disciplina generale dell'azione amministrativa, cui i decreti adottati dal Governo avrebbero dovuto ispirarsi, non è stata emanata prima dell'esercizio della delega da parte del Governo, tuttavia il citato art. 4 della legge n. 249 del 1968, come sostituito dall'art. 6 della legge n. 775 del 1970, conteneva altri principia e criteri idonei ad orientare e indirizzare l'attività legislativa delegata;*

*che, con riferimento alla censurata mancanza di indicazioni circa i poteri del Consiglio di Stato nel procedimento volto alla adozione del decreto attuativo della delega, è sufficiente rilevare che il Consiglio di Stato è intervenuto ai sensi dell'art. 14 del regio decreto n. 1054 del 1924 che lo abilita, appunto, a formulare i progetti di legge e i regolamenti che gli vengono richiesti dal Governo, tra i quali rientrava certamente, in assenza di previsioni di segno contrario, anche lo schema di decreto delegato in attuazione della delega di cui alla legge n. 249 del 1968;*

*che, quanto alla censura concernente la violazione dell'art. 87 della Costituzione, per avere il decreto legislativo attribuito competenze ulteriori al Presidente della Repubblica, è sufficiente rilevare che questa Corte (sentenza n. 35 del 1962) ha già chiarito che, per quanto attiene alla funzione amministrativa, secondo una prassi seguita sin dalla entrata in vigore della Costituzione, molte leggi deferiscono alla firma del capo dello Stato, non soltanto i regolamenti, "ma anche provvedimenti attinenti in concreto all'attività della pubblica amministrazione", senza che in ciò possa ravvisarsi alcuna lesione delle attribuzioni del Capo dello Stato e, quindi, una violazione dell'invocato parametro;*

*che manifestamente infondata è anche la censura sollevata, in via subordinata, dal tribunale remittente, in riferimento all'art. 76 della Costituzione, sul presupposto che, quand'anche si volesse ritenere che la legge di delegazione conteneva principia e criteri direttivi, ad essi il decreto adottato dal Governo non si sarebbe attenuto;*

*che, infatti, al contrario di quanto sostiene il remittente, la disciplina posta dal d.P.R. n. 1199 del 1971, non solo ha confermato la natura del tutto atipica che il ricorso straordinario aveva assunto sin dall'epoca della monarchia costituzionale, adeguando la disciplina della alternatività al ricorso giurisdizionale ai principia desumibili dalla sentenza di questa Corte n. 1 del 1964, ma, in attuazione del criterio della economicità posto dalla legge di delegazione, ne ha ribadito il suo carattere di rimedio straordinario contro eventuali illegittimità di atti amministrativi definitivi, che i singoli interessati possono utilizzare con modica spesa, senza il bisogno di assistenza tecnico-legale e con il beneficio di termini di presentazione del ricorso particolarmente ampi (v. sentenza n. 298 del 1986);*

*che, infine, se si considera che il ricorso straordinario è esperibile contro atti definitivi e che esso è alternativo ai rimedi giurisdizionali, non appare affatto incongruo o contrario al principio di economicità il fatto che nel procedimento di decisione sia coinvolto l'apparato statale ai suoi più alti livelli.*”.

Infine, un altro profilo di costituzionalità oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza è stato quello relativo alla asserita invasività delle competenze costituzionalmente garantite alle regioni, tutte le volte in cui si intenda estendere il ricorso straordinario agli atti amministrativi regionali. **La Corte costituzionale con sentenza n. 298/1986** ha dichiarato inammissibili e infondate le questioni.

Di seguito la pronuncia.

*“Con i ricorsi introduttivi dei presenti giudizi, riuniti in un'unica decisione per l'identità dell'oggetto, le regioni Toscana e Abruzzo lamentano che lo Stato, estendendo agli atti amministrativi regionali il proprio potere di decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, invade le competenze amministrative riservate alle Regioni dall'art. 118 Cost., in relazione con gli artt. 4 e 81 del d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, concernente il trasferimento e la delega alle Regioni di funzioni amministrative dello Stato.*

*A motivo delle loro richieste le predette Regioni pongono la convinzione che il ricorso straordinario sia un atto rientrante nell'amministrazione attiva statale e, come tale, non potrebbe riguardare gli atti regionali, considerato che di esso non v'è traccia alcuna in nessuna delle disposizioni che definiscono le competenze amministrative dello Stato nelle materie attribuite alle Regioni ovvero in quelle trasferite o delegate alle stesse.*

*2. - I ricorsi sono infondati.*

*Come questa Corte ha più volte affermato (sentenze n. 31/1975, n. 148/1982), il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un istituto singolare, anomalo, che unisce a spiccati caratteri amministrativi un procedimento contenzioso sui generis finalizzato alla risoluzione non giurisdizionale di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi definitivi.*

*L'attuale disciplina legislativa, contenuta nel capo III (artt. 8 e 15) del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), ha conservato la natura del tutto atipica che quest'istituto ha assunto sin dall'epoca della monarchia costituzionale. Essa, infatti, ne conferma il carattere di rimedio straordinario contro eventuali illegittimità di atti amministrativi definitivi, che i singoli interessati possono attivare con modica spesa, senza il bisogno dell'assistenza tecnico-legale e con il beneficio di termini di presentazione del ricorso particolarmente ampi (artt. 8 e 9). La sua procedura prevede che l'istruttoria sia svolta dai Ministeri competenti o, in mancanza di questi, dalla Presidenza del Consiglio (art. 11), i quali, quando si tratta di atti amministrativi emanati da enti diversi dello Stato, possono avvalersi, e di fatto risulta che ciò non avvenga, della più piena collaborazione di questi ultimi. La decisione è adottata nella forma tipica degli atti governativi, il decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente (che poi controfirma l'atto), previo conforme parere del Consiglio di Stato (solo nel caso in cui il Ministro intenda proporre una pronunzia difforme rispetto a quest'ultimo parere, il d.P.R. è adottato su deliberazione del Consiglio dei Ministri, che deve essere sorretta da un'adeguata motivazione circa la diversa interpretazione del diritto seguita) (art. 14). Il d.P.R., al pari di ogni atto del Governo è poi sottoposto al visto della Corte dei conti.*

*Il carattere amministrativo del procedimento risulta tuttavia temperato dall'esigenza derivante dal fatto che si è pur sempre in presenza di un meccanismo di risoluzione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi e, soprattutto, in considerazione di una caratteristica peculiare dell'istituto: la sua alternatività, peraltro attenuata nel tempo, rispetto al ricorso giurisdizionale. Beninteso, siffatti caratteri non sono tali da far tramutare il ricorso straordinario in un procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale e, quindi, in una dichiarazione del diritto diretta a far stato fra le parti e pronunziata da un organo istituzionalmente imparziale.*

*Prova ne sia che, tanto per ricordare gli elementi più importanti, la complessiva disciplina legislativa del procedimento manca di alcune fondamentali caratteristiche delle attività giurisdizionali, quali, ad esempio, la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente.*

*Nondimeno, in considerazione delle predette esigenze, la legislazione e la giurisprudenza, compresa quella di questa Corte, si sono sforzate di stabilire sostanziali parallelismi e sicuri raccordi con l'attività giurisdizionale. I principali fra questi sono, oltre al carattere contenzioso del procedimento, la facoltà dei privati - cui questa Corte con sentenza n. 148/1982 ha equiparato gli enti pubblici non statali autori dell'atto impugnato - di chiedere in limine litis la trasportazione della controversia nella sede giurisdizionale e quella di impugnare presso il giudice amministrativo la decisione del ricorso per vizi di forma o di procedimento, nonché l'estensione allo stesso ricorso straordinario del rimedio della revocazione e dell'azione giudiziaria di fronte al giudice ordinario.*

*Se la previsione di tali garanzie, come ha riconosciuto questa Corte (sentenza n. 78/1986), rende il ricorso straordinario non incompatibile con l'art. 113 Cost., non può tuttavia comportare l'effetto di integrarlo, come sostiene l'Avvocatura dello Stato, nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi verso gli atti della Pubblica Amministrazione facente capo allo stesso art. 113. Tantomeno ciò appare sostenibile ove si voglia alludere a una pretesa costituzionalizzazione del ricorso straordinario, considerato che attualmente è nella piena libertà del legislatore ordinario stabilire una disciplina positiva sostanzialmente diversa da quella vigente oppure conservare intatta quella attuale o, finanche, decretare l'abolizione dell'istituto stesso. In realtà, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, come da tempo riconoscono senza contrasto alcuno giurisprudenza e dottrina, è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di ircocervo giuridico.*

*3. - Sulla base dei caratteri appena descritti risulta chiaramente come il ricorso straordinario, se non può essere minimamente assimilato ad atti di tipo giurisdizionale o "paragiurisdizionale", non può tuttavia essere definito neppure come atto di amministrazione attiva.*

*È, certo, vero che la decisione del ricorso è giuridicamente imputabile ad un organo politico-amministrativo, mentre l'intervento del Consiglio di Stato è pur sempre costituito da un parere, che, anche se rappresenta normalmente il contenuto della decisione, è comunque, dal punto di vista giuridico, espressione di una funzione consultiva obbligatoria, ma non vincolante. Ed è altrettanto vero che questo carattere appare addirittura accentuato nel caso, in verità di rarissima evenienza, in cui gli organi di governo intendano discostarsi dal parere del Consiglio di Stato e adottino in conseguenza un'apposita deliberazione del Consiglio dei Ministri, vale a dire una decisione dell'organo supremo di direzione politico-amministrativa. Tuttavia, tanto nella sua forma più comune quanto sotto specie di autotutela (com'è nel caso dell'annullamento d'ufficio del governo a norma dell'art. 6 1. com. e prov.), l'amministrazione attiva è caratterizzata nella sua essenza dal perseguimento degli specifici fini e dalla soddisfazione dei particolari interessi che la legge attribuisce alle singole amministrazioni pubbliche.*

*In parole diverse, per far riferimento al caso di specie, altro è curare nel modo migliore gli assetti urbanistici, altro è dirimere i conflitti insorgenti nella materia urbanistica: nel primo caso si è di fronte a un'attività della Pubblica Amministrazione di natura discrezionale diretta allo specifico fine predeterminato dalla legge, nel secondo ricorre invece un'attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo o, comunque, un'attività diretta a soddisfare un interesse generale diverso da quelli attribuiti alle singole amministrazioni. E che quest'ultimo sia il caso in questione è dimostrato tanto dal fatto che gli organi decidenti, pur essendo istituzionalmente i massimi organi di direzione politico-amministrativa, sono tenuti nella specie a motivare sul punto di diritto, quanto dal fatto che la sezione (o la commissione speciale) del Consiglio di Stato investita del parere possa rimettere la questione alla Adunanza Generale onde evitare "contrasti giurisprudenziali" (potere, quest'ultimo, che è parallelo a quello del Presidente del Consiglio di Stato di deferire alla stessa Adunanza la risoluzione di questioni di massima particolarmente importanti) (art. 12 d.P.R. n. 1199/1971). Del resto è proprio questo profilo che giustifica e rende razionale il particolare sistema di gravami relativo al ricorso straordinario, prima accennato.*

*In ragione dell'aspetto ora considerato il ricorso straordinario si distingue nettamente dai ricorsi amministrativi ordinari e da altre espressioni di amministrazione attiva in forma contenziosa. Si tratta di una distinzione che non è vanificata neppure nel caso in cui il Consiglio dei Ministri adotti un'autonoma decisione sul ricorso straordinario in difformità dal parere del Consiglio di Stato. Quest'ultima, infatti, va letta come una clausola di salvaguardia che il Governo, nella sua più comprensiva collegialità, cioè come Consiglio dei Ministri, può attivare quando, a suo giudizio, sia prospettata una decisione del caso concreto che possa arrecare pregiudizio al buon andamento della Pubblica Amministrazione o all'indirizzo politico. Si tratta di una clausola contro il cui possibile esercizio abusivo valgono peraltro i ricordati mezzi di impugnazione e la cui previsione normativa se da un lato preclude ogni possibilità di configurare il ricorso straordinario come atto formalmente o sostanzialmente giurisdizionale, dall'altro lato si armonizza perfettamente con le forme di garanzia rappresentate dai principi costituzionali vigenti sulle attività amministrative, attività fra le quali indubbiamente rientra, seppure in una posizione del tutto peculiare, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*Va comunque sottolineato, conclusivamente, che, non rientrando il ricorso straordinario tra le forme di amministrazione attiva, è del tutto vano, oltreché inconferente, cercare il fondamentale normativo del relativo potere di decisione avverso gli atti amministrativi regionali nelle disposizioni di legge che ripartiscono i compiti di amministrazione attiva fra lo Stato e la Regione, segnatamente nell'art. 118 Cost. in connessione con l'art. 117 Cost. e con gli artt. 4 e 81 del d.P.R. n. 616/1977. Così come sarebbe vano e inconferente, del resto, cercarne il fondamento nell'art. 125 Cost., considerato che il ricorso straordinario non può esser configurato come un atto di controllo, mancando, nel caso, ogni possibilità di concepire in generale un rapporto di vigilanza o di supervisione tra l'autorità investita della decisione del ricorso e le autorità di volta in volta emananti l'atto amministrativo dedotto nella controversia.*

*4. - L'originaria e antica linfa che faceva vivere il ricorso straordinario come una sorta di prerogativa di grazia concessa al monarca, in quanto capo e personificazione vivente dell'apparato governativo-amministrativo, se non scorre più come un tempo in un istituto che ha totalmente perduto la lontana configurazione di strumento equitativo, non ha tuttavia cessato di fluire del tutto. L'"eccezionalità" un tempo rivestita da una forma di intervento extra juris ordinem, si è tradotta oggi nell'assoluta atipicità di un procedimento amministrativo di secondo grado, imputato al più elevato organo dell'amministrazione pubblica (il Governo), che, intervenendo quando la funzione amministrativa attiva ha già esaurito il suo corso e si è concretizzata in provvedimenti definitivi, assicura la risoluzione non giurisdizionale di una controversia in sede amministrativa del tutto straordinaria.*

*La permanenza attuale di una ragione giustificativa di tale istituto non sta, dunque, nella sua improbabile natura di appello al sovrano o al vertice amministrativo. Sta piuttosto nel fatto che il ricorso straordinario costituisce, per la Pubblica Amministrazione, un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell'imparzialità della propria azione - che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa - e, per i cittadini, come ha già detto questa Corte (sentenza n. 78/1966), uno strumento aggiuntivo, rispetto a quelli ordinari, di tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, la cui adeguata protezione rappresenta un valore altrettanto primario e, in un certo senso, speculare rispetto a quelli precedentemente ricordati.*

*Sotto tale profilo, appaiono effettivamente collaterali gli argomenti relativi al supposto collegamento diretto del ricorso straordinario con il carattere sostanzialmente unitario della Pubblica Amministrazione, di cui il Governo è in ultima istanza garante e tutore. Mentre determinanti sembrano piuttosto, ai fini dell'affermazione della compatibilità dell'istituto in questione con l'autonomia amministrativa costituzionalmente attribuita alle Regioni, tanto le garanzie che assistono la decisione del ricorso stesso quanto i mezzi assicurati alle Regioni medesime per tutelare la propria autonomia amministrativa di fronte ad un procedimento statale come quello del ricorso straordinario. Tra le prime assume particolare rilievo il ruolo svolto dal parere del Consiglio di Stato, più precisamente dall'intervento sostanziale di un organo, nella specifica funzione considerata, legittima notoriamente la propria azione in funzione di garanzia della legalità complessiva dell'azione amministrativa e dell'interesse pubblico generale, non già di quelli settoriali (fossero anche quelli strettamente governativi o dell'apparato statale contrapposti a quelli delle Regioni e degli enti locali). Fra le altre garanzie, cioè fra quelle previste a tutela dell'autonomia amministrativa regionale, rilevano invece i numerosi strumenti legislativi e giurisprudenziali che, in definitiva, hanno pienamente legittimato il ricorso straordinario sotto tale profilo garantendo una sostanziale volontarietà dell'accettazione di tale rimedio, non solo da parte degli interessati, ma anche da parte dei controinteressati, compresa l'autorità non statale che abbia emanato l'atto impugnato (per tacere della possibilità giuridica, per questi ultimi, di porre riparo agli eventuali vizi di legittimità mediante i già ricordati mezzi di impugnazione).*

*Più in particolare, sotto l'aspetto da ultimo considerato, occorre ricordare che questa Corte, nel dichiarare la competenza dello Stato ad essere titolare delle attività istruttorie relative ai ricorsi straordinari (sentenza n. 31/1975), ha espressamente ammesso la possibilità, quando se ne dia il caso, della più piena collaborazione alle predette attività da parte delle Regioni interessate.*

*Del resto, ad essere realistici, quando ad essere impugnato è un atto amministrativo regionale, l'unica via che si apre al ministero competente per compiere l'istruttoria è quella di sollecitarla all'amministrazione regionale che ha emanato l'atto, chiedendo a questa la documentazione necessaria, le notizie rilevanti e le deduzioni del caso. Inoltre, va pur detto che nei suoi più recenti pareri lo stesso Consiglio di Stato ha ammesso la possibilità per le Regioni di accedere direttamente alla funzione consultiva del Consiglio medesimo chiedendo pareri spontaneamente e senza l'intermediazione altrui. In terzo luogo, come si è già ricordato, ancora questa Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 nella parte in cui ometteva di considerare gli enti pubblici non statali fra i titolari della facoltà di trasposizione del ricorso straordinario nella sede giurisdizionale (sentenza n. 148/1/982), ha equiparato ai controinteressati, sotto questo profilo, anche le Regioni che hanno emanato l'atto impugnato. In quarto luogo, l'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, in conformità del resto con una precedente pronunzia di questa Corte (sentenza n. 1/1964), ha previsto che i controinteressati, e quindi anche la Regione che abbia emanato l'atto impugnato, possano attivare i comuni mezzi di gravame (seppure per i soli errores in procedendo) contro la decisione del ricorso straordinario. Infine, l'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971 fa comunque salvi anche in caso di accoglimento del ricorso straordinario gli ulteriori provvedimenti, compresa la mera modifica dell'atto impugnato, che le amministrazioni pubbliche competenti, statali o regionali che siano, intendano adottare.*

*Da tutto ciò risulta che - in parte per via legislativa, in parte per via pretoria - si è venuto creando un sistema positivo che, pur se conserva la titolarità della decisione del ricorso straordinario allo Stato e, in particolare, al Governo, lascia tuttavia alla Regione, quando oggetto dello stesso ricorso siano atti amministrativi regionali, la piena padronanza degli interessi e degli strumenti di tutela collegati all'autonomia amministrativa che l'art. 118 Cost. le garantisce. Pertanto, la sfera di attribuzione costituzionalmente assegnata alle Regioni non può ritenersi lesa dalla spettanza allo Stato del potere di decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica avverso atti amministrativi regionali.*

*5. - Nel corso del giudizio per conflitto di attribuzione tutte e tre le Regioni ricorrenti hanno prospettato il dubbio che, una volta che il capo III (artt. 8 e 15) del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi) fosse interpretato come è stato appena fatto, vale a dire nel senso di considerare ammissibile l'estensione del ricorso straordinario agli atti amministrativi regionali, questo stesso gruppo di disposizioni potrebbe esser ritenuto incostituzionale per violazione sia dell'art. 118 Cost., sia delle norme che vincolano il legislatore delegato al rispetto della materia e dei principi determinati dalla delega stessa (art. 76 Cost.). Quest'ultimo vizio, in particolare, risulterebbe evidente, a giudizio delle Regioni ricorrenti, dal confronto del predetto capo III del d.P.R. n. 1199/1971 con l'art. 4 della legge 18 marzo 1968 n. 249 (Delega al Governo per il riordinamento dell'amministrazione dello Stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali), come modificato dall'art. 6 della legge 28 ottobre 1970 n. 775: mentre il decreto delegato estenderebbe il procedimento per il ricorso straordinario anche agli atti amministrativi regionali, la legge delega, come appare evidentemente pur dal suo titolo, si riferirebbe invece soltanto a procedimeni statali.*

*5.1. - Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (e.g. sent. n. 68/1961, ord. n. 73/1965, sent. n. 195/1972, sent. n. 122/1976), è ben possibile sollevare una questione di costituzionalità nel corso di un giudizio per conflitto di attribuzione, sempreché il sospetto di illegittimità costituzionale non riguardi l'oggetto stesso del conflitto, ma concerna una questione logicamente pregiudiziale rispetto a quella di cui si sostanzia il conflitto stesso. Se così non fosse, si produrebbe peraltro una sostanziale vanificazione del termine previsto per la proposizione dei ricorsi nei giudizi di legittimità costituzionale in via di azione (art. 32, secondo comma, L. n. 87 del 1953). Sulla base di tale premessa, mentre non c'è dubbio alcuno che dei due profili sollevati quello relativo al presunto eccesso di delega del capo III del d.P.R. 1199/1971 rispetto all'art. 6 L. 775/1970 dia corpo a una questione distinta da quella attinente al conflitto di attribuzione e astrattamente pregiudiziale rispetto allo stesso, al contrario il profilo relativo alla pretesa violazione dell'art. 118 Cost. costituisce l'oggetto stesso ed esclusivo del conflitto medesimo. Si tratta, dunque, in quest'ultimo caso, di una questione di interpretazione risolvibile nell'ambito del processo logico di definizione delle competenze oggetto del conflitto. Come tale, la questione di costituzionalità del capo III del d.P.R. n. 1199/1971 in relazione all'art. 118 Cost. è inammissibile.*

*5.2. - Quanto alla questione di costituzionalità sollevata, sempre con riguardo al capo III del d.P.R. n. 1199/1971, in relazione all'art. 76 Cost., va disattesa l'eccezione formulata dall'Avvocatura dello Stato relativa a una pretesa irrilevanza della stessa. Il fatto che l'estensione del ricorso straordinario agli atti amministrativi regionali non è una innovazione introdotta dalle norme contestate, ma, come sostiene l'Avvocatura dello Stato, era già "pacificamente ammessa sulla base della normativa e, secondo alcuni, della consuetudine costituzionale precedente" non renderebbe inutile un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità.*

*L'eccezione non tiene conto, infatti, che qualunque fosse stata la preesistente base normativa, questa è stata novata nella fonte dalle norme ora contestate e, in particolare, dall'art. 8 del d.P.R. 1199/1971, in quale contiene le disposizioni vigenti che stabiliscono quali sono gli atti assoggettabili al ricorso straordinario.*

*Nondimeno la prospettata questione di costituzionalità deve ritenersi manifestamente infondata. È ben vero che la legge di delega fa chiaramente riferimento, a cominciare dal titolo, a procedimenti amministrativi di spettanza dello Stato, e non già delle Regioni. Ma quest'elemento, come ammettono espressamente le stesse Regioni ricorrenti nella loro memoria, non è minimamente in contestazione nelle cause: è, anzi il solo presupposto comune delle due posizioni in conflitto. Ciò che è in contestazione è invece l'estensione del potere di decisione dei ricorsi straordinari e, in particolare, l'applicazione di tale potere decisorio agli atti amministrativi regionali.*

*A dire il vero, nell'art. 4 L. n. 249/1968, come modificato dall'art. 6 L. n. 775/1970 o, in generale nella complessiva legge di delega non si rinviene alcun elemento - né le Regioni ricorrenti ne indicano qualcuno - che possa far sorgere il minimo dubbio circa l'esistenza di una volontà del legislatore delegante diretta a escludere gli atti amministrativi regionali dai possibili oggetti del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.”.*

Quanto, invece, al problema dei rapporti tra il ricorso straordinario e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, si richiama, *ex multis*, il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1213/2021** che brevemente ripercorre quanto affermato dalla corte EDU fin dalla sentenza Nardella del 1999.

*“Va, infatti, ricordato che nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte EDU ricostruisce la disciplina dell’istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed esclude che esso – del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricada nell’ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso ex art. 35 della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione.*

*Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell’art. 35 della Convenzione.*

*Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, successiva quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, «presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all’articolo 6 della Convenzione (si veda Nardella c. Italia (dec.), n. 45814/99, CEDU 1999-VII, e Nasalli Rocca (dec.), sopra citata), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile» (paragrafo 62).*

*In definitiva, considerato che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali e che, sulla base della giurisprudenza richiamata, non vi è contrasto né con la Costituzione né con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il motivo va respinto.”*

# **3. La natura giuridica del ricorso straordinario**

La natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è stata al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

La questione deriva dalle peculiarità del ricorso straordinario, che pur inserito tra i ricorsi amministrativi ai sensi del d.P.R. n. 1199/1971, presenta affinità con i rimedi giurisdizionali.

Affinità che sono state gradualmente accentuate dai numerosi interventi legislativi che hanno interessato l’istituto, avvicinandolo progressivamente al rimedio giurisdizionale e portando ad una approfondita riflessione circa la qualificazione giuridica del ricorso straordinario.

Tale percorso evolutivo merita un approfondimento, trattandosi di una questione dagli importanti risvolti pratici.

Ed infatti, il riconoscimento di una qualche natura giurisdizionale comporta per le sezioni consultive del Consiglio di Stato la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale e di chiedere un'interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea; consente l’esperibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti del d.P.R. di decisione a fronte dell’inadempimento della pubblica amministrazione e l'impugnabilità per Cassazione della decisione ai sensi dell'art. 111 Cost..

# **3.1 Il parere delle Sezioni riunite prima e seconda n. 2131/2012 e il rilievo della sentenza della Corte di Giustizia C-69/96 e 79/96**

La questione della natura giuridica del ricorso straordinario è stata precisamente delineata e ripercorsa dal parere **Cons. Stato, Sezione prima e Sezione seconda riunite, n. 2131/2012**, che ne ha affermato la natura formalmente amministrativa, anche se sostanzialmente equiparata per molti tratti alla giurisdizione.

*“In merito alla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato, è opportuno ripercorrere l’iter dottrinale e giurisprudenziale che ha portato ormai, allo stato attuale, a sottolineare il carattere giustiziale, per più versi assimilabile alla giurisdizione, di tale strumento di tutela, originariamente previsto come forma di giustizia ritenuta (nata nell’alveo storico dell’originaria indistinzione fra iurisdictio e gubernaculum).*

*Fu la legge del Regno di Sardegna 30 ottobre 1859, n. 3707, a fornirne una prima disciplina, prevedendo il parere obbligatorio del Consiglio di Stato in ordine al ricorso straordinario al Re, differenziandolo dal ricorso al Re in via gerarchica.*

*Successivamente, con la legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. D, sul Consiglio di Stato, fu riprodotta la legge del 1859, aggiungendovi soltanto l’obbligo di un deliberato del Consiglio dei Ministri ove s’intendesse adottare un provvedimento difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato.*

*Da quell'epoca la vicenda del ricorso straordinario ha attraversato, nella sua evoluzione storica, trasformazione e qualificazione, tutta la storia d'Italia.*

*Ha ricevuto nuova linfa con la riforma di cui al decreto legislativo n. 1199 del 1971.*

*È tornato a “nuova vita”, in un contesto giuridico ultranazionale, dapprima per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e, quindi, con l'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009, che ha adeguato l'istituto alle disposizioni della CEDU e alle regole fondanti lo Stato di diritto.*

*Ciò posto, il problema della natura giuridica dell’istituto, fin dall’inizio è stato risolto, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza, nel senso d’intenderlo come rimedio amministrativo, in ragione della qualità e delle funzioni dell’organo chiamato a pronunciare sul ricorso, accogliendolo o rigettandolo (il Ministro competente per materia, atteso che il Capo dello Stato svolge nella vicenda un ruolo prevalentemente formale).*

*Non a caso, già nel 1953 le Sezioni Unite, con la sentenza n. 3141, si sono pronunciate sulla questione cassando per difetto di giurisdizione la decisione del Consiglio di Stato che aveva affermato l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione a decreti di accoglimento di ricorsi straordinari rimasti inadempiuti, ritenendo che proprio la natura amministrativa del provvedimento fosse ostativa all’esperibilità di quel giudizio.*

*Il problema poi si è nuovamente proposto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69/96 e 79/96, che ha qualificato il Consiglio di Stato in sede consultiva nell’ambito del procedimento per la decisione del ricorso straordinario come giudice nazionale, in quanto tale idoneo a sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione innanzi al giudice comunitario.*

*In particolar modo il giudice comunitario, considerando alcune caratteristiche che l’organo chiamato a pronunciarsi sul ricorso straordinario condividerebbe con quello giurisdizionale (identità delle condizioni di esperibilità, di petitum e dei motivi di doglianza, garanzia del contraddittorio fra le parti in causa e del principio di imparzialità), ha sostenuto che il Consiglio di Stato, quando emette il suo parere nel corso del procedimento, svolge in effetti una funzione non amministrativa ma giurisdizionale così come intesa dall’art. 234 del Trattato.*

*Le Sezioni Unite, nella pronuncia 15978/2001, hanno ribadito il precedente orientamento, escludendo che i decreti di decisione dei ricorsi straordinari abbiano natura giurisdizionale e che possano essere avvicinati alle sentenze passate in giudicato (le uniche passibili di esecuzione mediante giudizio di ottemperanza).*

*In particolare la Suprema Corte ha motivato tale conclusione con due considerazioni:*

*a) il ricorso straordinario viene concluso da un’autorità amministrativa che non è vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato, potendo risolvere la controversia con criteri diversi da quelli suggeriti dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto, venendo così meno i requisiti indefettibili dei procedimenti giurisdizionali, cioè il loro celebrarsi dinanzi ad un giudice terzo e imparziale;*

*b) il meccanismo dell’alternatività che regola il rapporto tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale, non comporta la natura giurisdizionale del primo rimedio poiché la portata del principio di alternatività è notevolmente attenuata dalla preferenza espressa dal legislatore per il rimedio giurisdizionale, con la previsione che i controinteressati possano far venir meno la procedibilità del ricorso straordinario notificando al ricorrente e all’autorità che ha emanato l’atto impugnato la richiesta di trasporlo in sede giurisdizionale (art. 10, comma 1 del d.P.R. 1199/1971).*

*Alla medesima conclusione è giunta poi anche la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 254 del 2004, ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza emessa da una sezione consultiva del Consiglio di Stato nel procedimento per la decisione di un ricorso straordinario.*

*A fondamento di tale conclusione il giudice delle leggi ha sostenuto che la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale, la cui natura amministrativa era evidente nell’art. 14, primo comma, del d.P.R. 1199/1971 il quale prevede che ove il ministro competente intenda proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, provvedimento quest’ultimo, evidentemente non giurisdizionale per la natura dell’organo da cui promana.*

*In realtà la posizione nettamente contraria assunta tanto dalla Corte Costituzionale, quanto dalla Corte di Cassazione deriverebbe dal fatto che la nozione di organo giurisdizionale funzionale alla individuazione delle autorità legittimate a proporre in via pregiudiziale all’esame della Corte di Giustizia questioni attinenti all’interpretazione del Trattato, deve essere ricavato dalle norme di diritto comunitario, che non necessariamente trovano conferma in quelle nazionali, le quali infatti, riconoscono al decreto presidenziale che definisce il ricorso straordinario natura provvedimentale.*

*In sostanza si dovrebbe tener conto del fatto che il giudice comunitario, chiamato non a definire una controversia ma solo a fornire la sua interpretazione di una disposizione comunitaria che individua i soggetti che l’ex art. 177 del Trattato autorizza a rivolgersi ad esso a detto fine, è stato costretto, nel ricondurre ad una categoria unitaria istituti giuridici di provenienza diversa e nell’intento di assicurare la massima effettività possibile al diritto comunitario sostanziale, a valorizzare elementi ad essi comuni, anche se scarsamente significativi, nei rispettivi ordinamenti, della loro natura giuridica e della funzione svolta; di conseguenza ai limitati fini di legittimare il proprio intervento chiarificatore nell’ambito di un processo solo interpretativo, ben poteva assegnare natura giurisdizionale al parere emesso da un organo che, ancorché qualificato sul piano dell’imparzialità, svolge nell’ambito del procedimento un ruolo strumentale e servente rispetto all’organo al quale l’ordinamento nazionale riserva il potere d’annullamento.*

*Da ciò deriverebbe che la pretesa di desumere dalla qualificazione data, a propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato non può essere la riprova dell’avvenuto acquisto da parte dell’organo consultivo, anche nell’ordinamento giuridico di appartenenza, di poteri decisori che non gli competono e che l’ordinamento non gli ha mai attribuito.*

*Successivamente alla pronuncia della Corte di Cassazione e all’ordinanza della Corte Costituzionale la questione è stata oggetto di vari interventi legislativi tra cui, in particolare, quelli attuati dall’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69.*

*Il primo comma introduce una disposizione che espressamente prevede che la Sezione Consiglio di Stato, chiamata ad esprimere il parere sul ricorso straordinario, ne sospenda l’espressione ed attivi l’incidente di costituzionalità se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata.*

*Ancora, il secondo comma, dispone l’aggiunta al primo periodo del primo comma dell’art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971 delle parole “conforme al parere del Consiglio di Stato” e la soppressione del secondo periodo del primo comma, dello stesso articolo, nonché l’abrogazione del secondo comma, così eliminando la possibilità che il Ministero, nel formulare la proposta di decreto presidenziale, si discosti dal parere espresso dal Consiglio di Stato, previa sottoposizione della sua proposta al Consiglio dei Ministri.*

*Tale intervento normativo è stato fondamentale in quanto le modifiche apportate dall’art. 69 della legge n. 69 del 2009 hanno eliminato alcune rilevanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, soprattutto in ordine alla qualificazione e ai poteri dell’organo decidente.*

*In primo luogo, perché l’art. 23 della legge 87/1953 che regola il giudizio incidentale di legittimità costituzionale richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un’autorità giurisdizionale nell’ambito di un giudizio, così che la nuova norma pare implicitamente presupporre il riconoscimento di una condizione comunque dal punto di vista sostanziale tendenzialmente equivalente alla “giurisdizionalità”.*

*In secondo luogo, l’eliminazione del potere del Ministero di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio.*

*Inoltre si deve evidenziare l’ingresso del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs n. 104/2010) il quale contribuisce a confermare ancora il significativo mutamento di cui si scrive, in particolar modo relativamente al c.d. giudizio di ottemperanza.*

*In realtà il c.p.a. ha solo in parte soddisfatto le esigenze di chiarificazione di cui si aveva bisogno, non citando espressamente il ricorso straordinario nell’ambito della disciplina del giudizio di ottemperanza previsto dall’art. 112.*

*Pare opportuno però evidenziare che sulla bozza del codice il Senato aveva segnalato la necessità di inserire tra le decisioni da ottemperare anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica rese in regime di alternatività.*

*Il Governo recepì tale osservazione indicando nella Relazione che il rimedio dell’ottemperanza fosse necessario per dare attuazione agli articoli 6 e 13 CEDU che richiedono effettività di tutela “per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quelle delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili”.*

*In materia occorre ricordare che secondo la giurisprudenza della CEDU sono intangibili le decisioni finali di giustizia di un’autorità che non fa parte dell’ordine giudiziario e che siano equiparate, nella sostanza, ad una decisione del giudice e che ogni ordinamento nazionale di uno Stato membro della Convenzione deve ammettere l’azione di esecuzione in dipendenza di decisioni di giustizia, quale indefettibile seconda fase della fase decisoria (Corte CEDU 16 dicembre 2006 Murevic c. Croazia ; 15 febbraio 2004 Romoslrov c. Ucraina).*

*Va tuttavia ricordato che – a stretto rigore - l’art. 6 della CEDU non è ritenuto dalla Corte di Strasburgo applicabile al ricorso straordinario (Corte CEDU caso Nardella).*

*In detta decisione si legge, per quanto interessa, che il ricorso straordinario, per le sue caratteristiche (e per il fatto che il decreto è pur sempre impugnabile innanzi al Tribunale amministrativo regionale), non è una procedura rispetto alla quale sia invocabile l’art. 6 della CEDU.*

*In ogni caso, il codice del processo amministrativo ha scelto, sia pure senza citare espressamente la decisione su ricorso straordinario del Capo dello Stato, di sancire l’ottemperabilità delle sentenze passate in giudicato e dei provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo nonché dei provvedimenti equiparati al giudicato.*

*Tutto è più chiaro dopo l’intervento giurisprudenziale avutosi con le pronunce delle* [*Sezioni Unite n. 2065/2011 e del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3513/2011*](file:///C%3A%5CUsers%5Cm.torsello%5CAppData%5CLocal%5CMicrosoft%5CWindows%5CINetCache%5CContent.Outlook%5CJH71EU1T%5C2011%2C%20Andreis%2C%20Nota%20a%20Cass.%20SS.UU%20n.%202065-2011.docx)*.*

*Con la prima, la Corte di Cassazione ha sostanzialmente affermato l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza anche sulla decisione che abbia accolto il ricorso straordinario, prevedendo però altresì che la decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato si collochi nella ipotesi prevista alla lettera b) dell’art. 112, comma 2, (“altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo), e il ricorso per l’ottemperanza si propone ai sensi dell’art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta.*

*Successivamente, il Consiglio di Stato, nella sentenza citata, accogliendo un ricorso in ottemperanza, ha aderito a quanto sostenuto dalla Corte di cassazione, affermando come non sia più dubitabile che il petitum proposto in sede di ricorso straordinario sia perfettamente equiparabile (e produca lo stesso effetto) ad una “domanda giudiziale”.*

*Con la conseguenza che “costituirebbe inammissibile antinomia, ed aporia, un principio che negasse la possibilità di esperire il rito dell'ottemperanza per ottenere che l'amministrazione si conformi a detto decisum”.*

*Il Consiglio di Stato ha sottolineato che una diversa interpretazione circa l'azionabilità con il giudizio di ottemperanza delle decisioni sul ricorso straordinario colliderebbe con tutte le disposizioni legislative succedutesi nel tempo e consacrate dall'art. 13 del D.P.R. n. 1199 del 1971, e dalla novella di cui all'art. 69 della legge n. 69 del 2009, determinando l’erosione e scomparsa dell'istituto, contrariamente alla ribadita permanente operatività del medesimo.*

*Il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce quindi a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo.*

*Né l’equiparazione alla giurisdizione può dirsi piena.*

*Infatti il ricorso straordinario rimane un giudizio di tipo impugnatorio a carattere demolitorio nel cui ambito non sono proponibili azioni di mero accertamento, come quelle previste dal c.p.a. in tema di rito per l'accesso agli atti amministrativi o contro il silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione.*

*Il processo amministrativo invece è imperniato su una panoplia di azioni di varia natura tutte tese a garantire la piena effettività della giurisdizione.*

*Il ricorso straordinario, poi, si chiude con l’adozione del decreto del Capo dello Stato, che, dal punto di vista formale, non è una sentenza, non essendo il Capo dello Stato un organo giurisdizionale.*

*Inoltre, anche se dopo la riforma il parere del Consiglio di Stato è vincolante, non può escludersi che il Capo dello Stato, per motivi di legittimità (ad es., attinenti all’esistenza di vizi revocatori) ne chieda il riesame, restituendo il decreto al Ministero.*

*Inoltre l’istruttoria sul ricorso spetta all’Amministrazione.*

*Proprio su tale punto la disciplina del ricorso straordinario si appalesa ormai lacunosa.*

*Il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. 1199/1971, basato sull'affidamento dell’indagine e dell’acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti, e con esclusione di strumenti come la consulenza tecnica d'ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale.*

*Il contraddittorio previsto dall'attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una disciplina di pubblicità del dibattimento.*

*Il ricorso al diritto di accesso strumentalmente diretto a realizzare il contraddittorio costituisce l’innovazione “pretoria” (dovuta ai precedenti fra i quali innanzi tutto giova ricordare Consiglio di Stato, Commissione speciale 28 gennaio 1998, n. 1023/1997) che ha consentito di assicurare la parità delle armi, coniugandola con le caratteristiche dell’istruttoria amministrativa.”*

# **3.2 La successiva giurisprudenza: la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio**

Con la pronuncia dell’**Adunanza Plenaria n.9/2013** al rimedio è stata attribuita natura sostanzialmente giurisdizionale, riconoscendo anche l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza e fornendo i chiarimenti necessari proprio in ordine alla competenza del giudice in sede di giudizio di ottemperanza.

*“1. La Sezione rimettente sottopone al vaglio dell’Adunanza Plenaria le questioni di diritto relative alla natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario e del giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza ai sensi dell’art. 113 del codice del processo amministrativo.*

*2. Prima di passare all’esame delle questioni di diritto rimesse al vaglio dell’Adunanza, occorre passare sinteticamente in rassegna le recenti novità normative che hanno inciso in modo significativo sulla disciplina e sulla configurazione dell’istituto.*

*In prima battuta l’art. 3, comma 44, della legge 21 luglio 2000, n. 205, recante “disposizioni in materia di giustizia amministrativa”, ha previsto, che, nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili, la sospensione dell'atto impugnato, disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell’ art. 8, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, su "conforme parere" del Consiglio di Stato.*

*L’articolo 245, comma 2, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha poi sancito l'applicazione degli strumenti di esecuzione di cui agli art. 33 e 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 con riguardo ai decreti di accoglimento di ricorsi straordinari aventi ad oggetto atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici e atti dell'Autorità di vigilanza sugli stessi.*

*Di portata più generale sono gli interventi attuati con l’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile”.*

*Il primo comma ha introdotto, sotto forma di periodo aggiunto al testo dell'art. 13, primo comma, alinea, del d.P.R. 1199/1971, una norma a tenore della quale 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”.*

*Il secondo comma dell’art. 69 cit. ha disposto l'aggiunta al primo periodo del primo comma dell'art. 14 del medesimo d.P.R. n. 1199/1971 delle parole "conforme al parere del Consiglio di Stato" e la soppressione del secondo periodo del primo comma dello stesso articolo, nonché l'abrogazione del secondo comma, in tal guisa eliminando la possibilità, originariamente contemplata, che il Ministero ratione materiae competente, nel formulare la proposta di decreto presidenziale, si discosti dal parere espresso dal Consiglio di Stato previa sottoposizione della sua proposta al Consiglio dei Ministri.*

*L’art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ha, dal canto suo, stabilito che il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (cfr., nel senso dell’inapplicabilità di detto jus superveniens ai ricorsi proposti in un torno di tempo anteriore all’entrata in vigore del codice, Cons. Stato, Ad gen., parere 22 febbraio 2011, n. 4520).*

*L'art. 48 cod. proc. amm. ha poi specificato, in termini di maggior rigore e di accentuato parallelismo, la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso ordinario al giudice amministrativo, riconoscendo la facoltà di opposizione di cui all’art. 10 del D.P.R. n. 1199/1971 in favore di tutte le parti nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario.*

*3. Tanto premesso in ordine alle più pregnanti emergenze normative, le opzioni ermeneutiche emerse nel dibattito giurisprudenziale sviluppatosi in subiecta materia sono riassumibili come segue.*

*3.1. Ad avviso di un primo, maggioritario, indirizzo, 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).*

*Dalla premessa della qualificazione del decreto decisorio che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario come decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale, si trae il duplice corollario dell’ammissibilità del ricorso per ottemperanza al fine di assicurare l’ esecuzione del decreto presidenziale e del radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato alla stregua del combinato disposto dell’art. 112, comma 2, lettera b), e 113, comma 1 , del codice del processo amministrativo (conf. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18; negli stessi termini, ex multis, Cass., sez. unite, 28 gennaio 2011, n. 2065;10 marzo 2011, n. 5684; 28 aprile 2011, n. 9447; 19 luglio 2011, n. 15765; 13 ottobre 2011, n. 21056; 22 dicembre 2011, n. 28345; 28 dicembre 2011, n. 29099; 15 marzo 2012, n. 2129, n. 2818).*

*3.2. Ad avviso di un secondo, minoritario, approccio ermeneutico (Con. Stato, sez. III, Ordinanza 4 agosto 2011, n. 4666; sez. I, parere 7 maggio 2012, n. 2131), sposato dall’ordinanza di rimessione, anche dopo le modifiche normative in precedenza passate in rassegna 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.*

*Tale indirizzo, pur ribadendo l’esperibilità del giudizio di ottemperanza per la piena esecuzione del “decisum” conseguente a ricorso straordinario, ritiene che il decreto decisorio non costituisca un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo ex art. 112, comma 1, lettera b, c.p.a., ma debba essere sussunto nel novero dei provvedimenti equiparati alle sentenze ai sensi della successiva lettera d. Da siffatta premessa qualificatoria si trae il corollario dell’individuazione quale giudice competente, in forza del secondo comma del successivo art. 113, del “tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l’ottemperanza”, ossia del TAR del Lazio, nella cui circoscrizione operano il Presidente della Repubblica, il Ministro proponente ed il Consiglio di Stato in sede consultiva. A quest’ultimo riguardo si ritiene che il termine “giudice” sia utilizzato dall’art. 113 cit in senso ampio e necessariamente atecnico, come dimostrato dal fatto che l’art. 112, comma 1, lettera e), annovera nella categoria anche gli arbitri.*

*4. Questa Adunanza reputa, in continuità con l’avviso già espresso con la citata sentenza n. 18/2012 e con l’orientamento assunto dalla Corte di legittimità, che meriti condivisione il primo indirizzo ermeneutico, favorevole al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell’atto terminale della relativa procedura.*

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

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

*Una volta acquisito che la paternità effettiva della decisione è da ricondurre all’apporto consultivo del Consiglio di Stato connotato da una suitas giurisdizionale e che, pertanto, il provvedimento finale è meramente dichiarativo di un giudizio formulato da un organo giurisdizionale in modo compiuto e definitivo, si deve convenire che l’atto finale della procedura è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato (così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464).*

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

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

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

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

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

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

*4.2. Va inoltre osservato che proprio la valorizzazione delle coordinate normative fin qui esaminate ha di recente indotto la Corte di Legittimità 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. (Cass., sezioni unite, 19 dicembre 2012, n. 23464).*

*La Corte di Cassazione ha nell’occasione osservato che 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, 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" (Corte cost. n. 108 del 2009), 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.*

*La circostanza ipotetica che il decreto presidenziale possa essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere, connessa alla struttura ancora composita del ricorso straordinario e radicata nelle origini storiche dell'istituto, non inficia né indebolisce l’essenza giurisdizionale della decisione che ha come unico sostrato motivazionale il parere vincolante reso dal Consiglio di Stato.*

*Si deve per completezza osservare che, secondo il condivisibile orientamento interpretativo assunto dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame, siffatta costruzione ermeneutica è compatibile con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali sancito dall’articolo 102, comma 2, Cost. A sostegno dell’assunto depone la decisiva considerazione che, anche prima delle riforme che ne hanno messo in risalto la caratterizzazione giurisdizionale, la decisione sul ricorso straordinario esibiva, nel suo nucleo essenziale, la connotazione di decisione di giustizia pur se per vari aspetti non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" nel significato pregnante dell'art. 102 Cost., comma 1, e art. 103 Cost., comma 1. Si deve allora convenire che, una volta depurato il procedimento, per il tramite della revisione operata dal legislatore ordinario, dagli aspetti non compatibili con il riconoscimento della "funzione giurisdizionale", la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui assume come unico sostrato motivazionale il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost., comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.*

*Per le stesse ragioni 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 ricordata 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.*

*Va soggiunto che tale "revisione" è stata esplicitata dal legislatore con la normativa recata in materia di contributo unificato dall’art. 37, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, che, in sede di modifica dell’art. 113, comma 6 bis, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, ha dettato la disciplina del contributo unificato per il ricorso straordinario, inserendo l’istituto de quo all’interno del complessivo sistema giudiziario.*

*4.3. Non ostano alle conclusioni fin qui esposte le considerazioni svolte nell’ordinanza di rimessione in merito alle persistenti peculiarità che il rimedio in esame presenterebbe rispetto all’ordinario processo amministrativo, con precipuo riferimento al perimetro delle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell’istruttoria e al novero dei mezzi di prova acquisibili.*

*Siffatte peculiarità, lungi dall’implicare il riconoscimento della natura amministrativa della procedura e dell’atto che la definisce, sono pienamente coerenti con la volontà legislativa di enucleare un rimedio giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato sul sostanziale assenso delle parti.*

*In questo quadro spetta all’azione interpretativa della giurisprudenza e all’eventuale percorso riformatore del legislatore individuare il punto di equilibrio tra l’esigenza di attuazione dei canoni costituzionali ed europei (art. 1 c.p.a.), in materia di effettività della tutela, di garanzia del pieno contraddittorio, di diritto alla prova e di diritto ad un processo equo (art. 6 CEDU), e la preservazione dei profili di specialità che connotano, sul piano ontologico e teleologico, un rito semplificato consensualmente accettato come strumento semplificato di definizione della res litigiosa.*

*5. Tanto osservato in merito alla natura giuridica del rimedio, si può ora passare all’esame del quesito specifico relativo all’individuazione del giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza.*

*5.1. La questione dell’ammissibilità del ricorso per ottemperanza dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato, adottati a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, è stata già risolta in senso positivo sia dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (per tutte SS.UU. n. 2065 del 28 gennaio 2011) sia dalla successiva giurisprudenza amministrativa recepita da questa Adunanza (vedi sentenza n. 18/2012 cit), che hanno fatto leva sul rammentato riconoscimento della natura intrinsecamente giurisdizionale di una procedura culminante in una decisione caratterizzata, nel regime generale di alternatività, dalla stabilità tipica del giudicato e, quindi, bisognosa di una tutela esecutiva pienamente satisfattoria.*

*Tale indirizzo ha condivisibilmente affermato che il decreto presidenziale, divenuto definitivo, è assimilabile al giudicato amministrativo e, quindi, è suscettibile di ottemperanza sulla scorta dei lineamenti normativi enucleati dagli articoli 112 e seguenti del codice del processo amministrativo.*

*5.2. 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).*

*In maniera corrispondente, il successivo art. 113, 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 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 (comma 2).*

*Si delinea così una netta distinzione fra l'ottemperanza di sentenze e 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 quella che interessa le sentenze passate in giudicato, o altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice ordinario o di altri giudici, nonché i lodi arbitrali divenuti inoppugnabili (art. 112, comma 2, lett. c), d) ed e)), per i quali è competente il tribunale amministrativo regionale secondo il criterio di collegamento previsto dall'art. 113, comma 2.*

*5.2.1. Ebbene, le considerazioni fin qui formulate in merito alla qualificazione della decisione su ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadrabile 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. Ne consegue che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta" (conf. per tutte, Cass. sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065 e 15 marzo 2012, n. 2129; Cons. Stato, Ad. Plen,. 5 giugno 2012, n. 18; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513).*

*5.2.2. L’assunto è corroborato, sul piano teleologico, dal rilievo che la disciplina della competenza territoriale fissata dall’art. 113, comma 1, del codice del processo amministrativo si connota per l’ attribuzione al Tribunale amministrativo regionale della competenza a conoscere dell’attuazione delle proprie sentenza integralmente confermate, anche sul piano motivazionale, in appello e per la speculare assegnazione al Consiglio di Stato della cognizione delle domande finalizzate all’esecuzione delle proprie decisioni che modifichino il contenuto dispositivo o conformativo della sentenza gravata. Il criterio di regolazione della competenza è così ispirato al principio secondo cui il giudice che ha emesso la sentenza è naturaliter il più idoneo ad assicurare l’ interpretazione della portata effettiva e la conseguente esecuzione satisfattoria del decisum. Ne consegue che la locuzione “altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo”, contenuta nell’art. 112, comma 2, lettera b), del codice del processo amministrativo, va interpretata attribuendo rilevanza poziore non al profilo nominalistico dell’imputazione formale dell’atto ma al dato sostanziale della paternità ideologica della decisione. Va quindi qualificato come provvedimento esecutivo del giudice amministrativo, ai fini della soluzione del problema di competenza, la decisione su ricorso straordinario che, nonostante la veste formale, abbia come unica motivazione il rinvio al contenuto della decisione giurisdizionale resa dal Consiglio di Stato mediante l’applicazione del diritto obiettivo in posizione di terzietà e di indipendenza.*

*5.3. Si deve poi osservare che alla praticabilità della diversa opzione ricostruttiva volta a qualificare il decreto che definisce il ricorso straordinario come provvedimento amministrativo equiparato, ai limitati fini dell’esecuzione ex art. 112, comma 2, lettera c, ad una decisione giurisdizionale, si oppongono argomenti di carattere letterale e sistematico.*

*Sul piano letterale, l’articolo 113, in sede di fissazione delle regole della competenza, si riferisce al giudice che ha emesso la sentenza o il provvedimento, così presupponendo la natura giurisdizionale della decisione da eseguire. Il rimedio dell’ottemperanza è, quindi, expressis verbis finalizzato all’attuazione di statuizioni costituenti esercizio di giurisdizione, pubblica o privata, mentre esulano dal raggio della sua azione iniziative finalizzate all’attuazione di determinazioni amministrative.*

*Si deve soggiungere, sul versante sistematico, che la lettera d) del comma 2 dell’articolo 112, è con evidenza riferita, in via residuale, alle sentenze ed ai provvedimenti equiparati imputabili a giudici diversi dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario ai quali si riferiscono le lettere precedenti dello stesso comma.*

*Risulta pertanto confermata, anche sotto questa angolazione, l’estraneità al perimetro del giudizio di ottemperanza dell’attività di esecuzione di provvedimenti amministrativi equiparati, solo a limitati fini, a decisioni giurisdizionali.*

*5.4. Giova rinviare alle considerazioni svolte in precedenza (par. 4.1.2.) al fine di escludere che l’affermazione della competenza, in executivis, del Consiglio di Stato si ponga in contrasto con il principio costituzionale del doppio grado di giurisdizione.*

*Si deve solo aggiungere il riconoscimento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato anche in sede di ottemperanza scongiura 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. Non 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.*

*6. Alla luce delle considerazioni deve essere dichiarata l’ammissibilità del ricorso per ottemperanza proposto innanzi al Consiglio di Stato.”.*

# **3.3 L’approdo ermeneutico della Corte Costituzionale con la sentenza n. 73/2014: un rimedio giustiziale assimilabile ad un giudizio**

Alla luce della nuova veste assunta dal ricorso straordinario a seguito dei menzionati interventi legislativi anche la **Corte Costituzionale** ha preso atto della modifica della natura giuridica del rimedio e con la pronuncia **n. 73/2014** ha osservato che *“l’istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l’art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l’art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L’acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l’antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”, quantomeno ai fini dell’applicazione dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953.”*

Nella medesima prospettiva la stessa Corte ha evidenziato come la limitazione dell’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa è la conseguenza logica della traslazione del suddetto ricorso straordinario dall’area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziale, avvenuta con la legge n. 69 del 2009.

Rilevante anche la considerazione della Corte secondo cui si tratta di un “*rimedio giustiziale amministrativo*” alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo di cui “*ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali*”.

Si legge, infatti, "*La legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel senso che si è in precedenza illustrato, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all’autorità giurisdizionale ordinaria. Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali. Per risolvere questa anomalia, la disposizione censurata, superando l’assetto consolidatosi in via interpretativa, ha limitato l’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarsi dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta – la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall’area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali – che è stata compiuta dalla legge n. 69 del 2009. 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.”*.

# **3.4 L’orientamento nel senso della persistente natura amministrativa del ricorso straordinario**

La **Prima sezione del Consiglio di Stato**, con il **parere n. 2553/2014,** ha peraltro asserito che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno soltanto attribuito maggiore forza. In particolare, si è sostenuto che gli interventi normativi rappresentati dall’art. 69, della legge 18 giugno 2009, n. 69 e dalle innovazioni introdotte con il codice del processo amministrativo, hanno accresciuto la forza della tutela offerta ai soggetti dell’ordinamento dal rimedio del ricorso straordinario, ma non ne hanno mutato la essenziale natura di rimedio amministrativo.

*“Le significative innovazioni normative che hanno indotto la Corte di cassazione a mutare la sua giurisprudenza sono, in particolare, gli interventi attuati con l’art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69 che, con il primo comma, ha attribuito al Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario la potestà di sollevare questione di costituzionalità e, al secondo comma, ha eliminato il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario, per cui il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante per il Ministro istruttore e proponente, nonché la norma di cui all’art. 7, comma 8, c.p.a. che limita il ricorso straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.*

*La Sezione è del parere che le innovazioni, di cui al richiamato art. 69, abbiano accresciuto la forza della tutela offerta ai soggetti dell’ordinamento dal rimedio del ricorso straordinario, ma non ne abbiano mutato la essenziale natura di rimedio amministrativo che può esistere nel sistema della attuale Costituzione e, in particolare, dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, perché parallelo ad esso vi è il necessario rimedio giurisdizionale. La innovazione di cui all’art. 7, comma 8, della legge delegata per il riordino del processo amministrativo, è stata ritenuta coerente con la delega della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 73/2014 sulla base del mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione qui oggetto di esame.*

*Il rimedio, certamente peculiare e non inquadrabile interamente nelle ordinarie categorie, deve la sua attuale vigenza alla tradizione, nel senso che si è ritenuto che trattandosi di uno strumento di tutela aggiuntivo fosse un istituto che valeva la pena mantenere.*

*La Sezione osserva che:*

*1. l’istituto mantiene caratteri, i quali costituiscono la sua struttura essenziale, che appaiono incompatibili con la natura giurisdizionale ad esso attribuita;*

*2. le innovazioni normative possono non apparire tali da determinare il mutamento della natura dello strumento di tutela in questione;*

*3. secondo una interpretazione sistematica che tenga conto della giurisprudenza della Corte EDU in materia di ricorso straordinario appare doversi escludere l’attribuzione della natura giurisdizionale.*

*Per quanto riguarda i caratteri del procedimento e del decreto del Presidente della Repubblica, atto conclusivo del procedimento stesso, la Sezione rileva che tali caratteri sono indicativi della natura amministrativa dell’istituto e della decisione in quanto:*

*a) la tipicità degli atti giurisdizionali, come ha rilevato la dottrina, esclude che una sentenza possa essere adottata nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, in quanto tale tipicità non ammette la distinzione fra giurisdizione sostanziale e formale. Inoltre, nella sua funzione di garante dei principi supremi dell’Ordinamento, il Capo dello Stato, quale rappresentante dell’unità nazionale, ha un controllo su tutti gli atti a sua firma, che si realizza attraverso l’esercizio di una valutazione del merito costituzionale di tali atti, volto a garantire i principi supremi dell’ordinamento e i diritti inalienabili della persona (in senso conforme: C.d.S. Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/2012, 4648/2010);*

*b) la conoscenza degli atti del procedimento che attiene al contraddittorio si realizza attraverso la domanda di accesso degli interessati, secondo la regola dei procedimenti amministrativi (in tal senso: C.d.S., Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/12, 4648/10) e quindi non vi è pienezza di contraddittorio;*

*c) l’istruttoria di regola è svolta dal Ministro competente per materia, che può essere parte;*

*d) il decreto del Presidente della Repubblica decisorio del ricorso straordinario può essere impugnato ai sensi dell’art. 10, terzo comma, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 innanzi al giudice amministrativo, per vizi di forma e procedura, da tutte le parti evocate; può essere impugnato per qualsiasi vizio dal controinteressato pretermesso (vedasi sul punto C.d.S. in s.g., Sez. III, 19 marzo 2014, che ha ritenuto la richiamata disposizione vigente, pur non contestando il presupposto della natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione del ricorso straordinario);*

*e) nella stessa fase del procedimento che si conclude con il parere del Consiglio di Stato manca la possibilità dell’udienza pubblica;*

*f) il parere, su richiesta dell’Amministrazione riferente, prima della emissione del decreto presidenziale, può essere riesaminato dalla Sezione per le ragioni che potrebbero dar luogo a revocazione, per intervenute innovazioni normative e per contrasto giurisprudenziale;*

*g) il chiaro disposto dell'art. 7 del d.P.R. 6.4.1984, n. 426 (recante norme di attuazione dello statuto speciale di autonomia per la Regione Trentino Alto Adige sulla istituzione del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento e della Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano), al comma terzo dispone testualmente: "nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica".*

*Non essendo il ricorso straordinario, a norma della Costituzione, collocato nella sezione delle “norme sulla giurisdizione”, ben può subire restrizioni, sul piano sia formale che sostanziale, con norma di attuazione dello Statuto di autonomia, atteso che è costituzionalmente garantita (art. 113) solo la piena tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi assunta con sentenza.*

*La sentenza delle Sezioni Unite civili n. 23464/2012 si fa carico della questione della compatibilità della forma del procedimento per ricorso straordinario con i parametri del processo giurisdizionale, ma non considera questi elementi della realtà ai fini della interpretazione, limitandosi, con una inversione logica, a dare indicazioni al legislatore (“Ma laddove l’interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c’è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell’istituto”).*

*Anche l’equiparazione fra la attuale vicenda della “giurisdizionalizzazione giurisprudenziale” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e quella delle Commissioni tributarie, realizzata con la sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1974, n. 287, appare non persuasiva.*

*Infatti per quanto concerne la vicenda più antica vi era la necessità di trovare un giudice per le controversie in materia di valutazione estimativa e ciò fu realizzato, con la richiamata sentenza della Corte costituzionale, considerando che il legislatore, con la riforma tributaria prevista dalla legge delega 9 ottobre 1971, n. 825 e attuata con la legge delegata in materia di contenzioso tributario, di cui al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, aveva esercitato il potere di revisione, che la VI disp. trans. prevede per gli organi speciali di giurisdizione al momento dell’entrata in vigore della Costituzione e aveva così risolto il contrasto esistente qualificando quale giurisdizionale la natura delle Commissioni tributarie.*

*Nel caso del ricorso straordinario, come si è rilevato, la sua natura amministrativa è confermata dall’art. 100, primo comma, della Costituzione, la sua attuale vigenza è fondata sulla parallela esistenza di un giudice amministrativo ed il ricorso è ammissibile se nessuna parte abbia optato per il procedimento giurisdizionale (anteriormente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo come sopra rilevato il ricorso straordinario era concorrente con l’azione innanzi al giudice civile). Inoltre non vi è stata una riforma legislativa generale che ne abbia inteso revisionarne la natura, ma soltanto alcune disposizioni la cui ratio è stata quella di accrescere l’effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario aumentando le garanzie e la possibilità di difesa a beneficio delle parti, mantenendo la peculiare, sperimentata natura e struttura di rimedio giustiziale amministrativo.*

*Per quanto concerne le innovazioni normative che hanno indotto il mutamento di giurisprudenza, la limitazione operata dall’art. 7, comma 8, c.p.a. non pare un elemento rilevante ai fini della natura del rimedio.*

*Per quanto riguarda le innovazioni introdotte dall’art. 69, l. n. 69/2009, va rilevato che, come ha segnalato la dottrina, la circostanza che il Ministro proponente sia vincolato al parere del Consiglio di Stato non ha incidenza sulla natura del procedimento e del provvedimento conclusivo e che la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale non appare determinante, in quanto tale legittimazione è stata riconosciuta ad organi nell’esercizio di funzioni non giurisdizionali quale la Corte dei Conti, nell’esercizio del controllo sugli atti del Governo (Corte Cost. 18 novembre 1976, n. 226).*

*Certamente l’interpretazione di una fonte normativa non è legata alla volontà del produttore della fonte, ma quest’ultima è comunque un elemento da tenere in considerazione e nel caso in esame non vi è nessun dato che possa far ritenere che il legislatore abbia voluto far cosa diversa dal limitarsi ad accrescere l’effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario.*

*Come la Sezione ha notato, il ricorso straordinario, pur non indicato espressamente in Costituzione, era stato considerato dai costituenti nell’ambito dell’art. 100 Cost. e, sulla base delle indicate innovazioni normative, non può ritenersi trasferito nel contenitore forgiato dall’art. 103 Cost.*

*Da ultimo la Sezione ritiene essenziale valutare la giurisprudenza della Corte EDU in ordine al ricorso straordinario.*

*La Corte di Strasburgo, XIII Sezione, con la sentenza 28 settembre 1999, ha deciso il ricorso proposto dal signor Costantino Nardella, il quale si doleva della violazione dell’art. 6 della Convenzione, per la lunga durata di un procedimento per ricorso straordinario da lui proposto avverso il diniego della concessione di un assegno di studio. La Corte ha premesso che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo non giurisdizionale avverso un provvedimento finale (“Il s’agit d’un recours administratif non contentieux à l’encontre d’un acte définitif.”), alternativo al ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo (“Le recours extraordinaire est exclusif du recours juridictionnel administratif”), che consente soltanto un controllo di legittimità (“permetseulement un contrôle de la légalité”). Poiché il ricorso giurisdizionale offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario (“[p]uisque ce dernier offre des garanties majeures par rapport au recours extraordinaire”), il controinteressato può, entro un termine di sessanta giorni dalla notificazione, richiedere che il ricorso sia trattato innanzi al giudice amministrativo (“l’autre partie (controinteressato) peut, dans un délai de soixante jours à compter de la notification, demander à ce que le recours soit porté devant le juge administratif”).*

*Il recente innovativo indirizzo giurisprudenziale, promosso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, prescinde dall’incidenza che esso tende a produrre nell’ordinamento nazionale, come modificato dalle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla Corte EDU.*

*La Sezione è dell’opinione che, anche sulla base di una interpretazione sistematica, considerati i valori che l’ordinamento esprime, questo strumento di tutela, che si aggiunge alla tutela giurisdizionale, e costituisce anche mezzo di deflazione del contenzioso amministrativo, che i costituenti vollero mantenere con la previsione del primo comma dell’art. 100, abbia mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza.*

*La nuova qualificazione della natura dell’istituto, cioè la sua dichiarata giurisdizionalizzazione, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva e impoverirebbe il sistema delle tutele nell’ordinamento.*

*L’estendersi della giurisdizionalizzazione nell’ordinamento, di per sé, non può ritenersi elemento positivo.”*

# **3.5 Gli interventi giurisprudenziali più recenti: la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali**

Ad ogni modo, la natura giustiziale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica appare ribadita in giurisprudenza, come si evince altresì da una recente **pronuncia della Corte Costituzionale (n. 24/2018**).

In tale decisione la Corte ribadisce la trasformazione che ha interessato il ricorso straordinario per effetto delle modifiche intervenute con l. 69/2009 e fornisce delle precisazioni in ordine ai profili temporali di tale trasformazione, escludendone l’efficacia retroattiva.

La Corte osserva infatti che *“le ricordate modifiche hanno trasformato il ricorso straordinario da antico ricorso amministrativo «in un rimedio giustiziale […] 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», sicché l’istituto ha perso 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» (sentenza n. 73 del 2014). Non si può tuttavia ritenere che tale trasformazione abbia efficacia retroattiva, nel senso di incidere sulla natura e sulla portata delle decisioni di ricorsi straordinari già prese in precedenza, le quali continuano a presentare la natura e la forza (non di giudicato) che l’ordinamento conferiva ad esse nel momento in cui furono assunte, come hanno conformemente concluso sia l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato (nell’ordinanza che ha sollevato la presente questione) che le sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 6 settembre 2013, n. 20569). Né depongono nel senso sostenuto dalle parti i numerosi precedenti che hanno ammesso il giudizio di ottemperanza anche per l’esecuzione di decisioni su ricorsi straordinari rese prima delle riforme legislative. In casi siffatti, invero, l’operatività delle riforme non riguarda la portata delle decisioni, ma è affermata ai soli fini del riconoscimento, in forza di una legge sopravvenuta, della giurisdizione del giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza, e ciò in piena applicazione del principio tempus regit actum sotteso all’art. 5 del codice di procedura civile (ex plurimis, Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 28 gennaio 2011, n. 2065).”*

Sul tema della natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è tornata poi di recente ad esprimersi la **Sez. I con parere n. 925/2020** in occasione della risoluzione della questione dell’utilizzabilità della verificazione, quale strumento istruttorio a disposizione del giudice amministrativo, da parte del Consiglio di Stato in sede straordinaria e delle modalità di retribuzione dei verificatori.

In tale contesto, pur ribadendo il progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi giurisdizionali, si è sottolineata la non perfetta equiparabilità dei due rimedi alla luce delle peculiarità del ricorso straordinario. In tal senso, è stato affermato che nel tempo la natura del ricorso straordinario è mutata e, sotto alcuni aspetti, oggi è parzialmente assimilato al ricorso giurisdizionale. È stato chiarito infatti che *“non v’è dubbio che il ricorso straordinario abbia perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo”* perché le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 militano nel senso di un progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi di tipo giurisdizionale. Tuttavia, dopo aver preso in esame la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, si precisa che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali.

Ed invero il ricorso straordinario: a) può essere proposto dalla parte senza assistenza del difensore; b) segue regole meno rigide rispetto al ricorso giurisdizionale; c) ai sensi dell’articolo 11, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, è istruito dal Ministero competente con un’attività, dunque, che è demandata ad un ufficio amministrativo che deve curare anche i supplementi di istruttoria necessari; d) non è prevista la possibilità di condannare la parte soccombente alle spese di giudizio.

# **4. Le condizioni dell’azione nel ricorso straordinario**

Anche per il ricorso straordinario, evidentemente, vale la disciplina relativa alle condizioni soggettive per agire in giudizio: la legittimazione ad agire e l'interesse a ricorrere.

*“Per giurisprudenza consolidata, la legittimazione ad agire, dal lato attivo, spetta al soggetto che afferma di essere titolare della situazione giuridica sostanziale di cui lamenta l'ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo, posizione speciale e qualificata, che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo; essa afferisce, in sostanza, ad una posizione sostanziale di tensione verso un bene della vita, avente la consistenza di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo.*

*L'interesse al ricorso consiste invece nel vantaggio pratico e concreto che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa; il processo amministrativo, infatti, non costituisce una giurisdizione di diritto oggettivo, volta a ristabilire una legalità che si assume violata ma ha la funzione di dirimere una controversia fra un soggetto che si afferma leso in modo diretto, concreto e attuale da un provvedimento amministrativo e l'amministrazione che ha emanato tale provvedimento.*

*Il ricorrente tende, in sintesi, a un provvedimento del giudice idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione (ex multis, da ultimo Cons. Stato, sez. I, parere 14 dicembre 2020, n. 2037; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n.2464; Cons. Stato, sez. II, 20 giugno 2019, n. 4233; Cons. Stato, sez. IV, 1° giugno 2018, n. 3321; 19 luglio 2017, n. 3563). Peraltro, la giurisprudenza ha precisato che l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della condizione dell'azione in relazione a ciascuno di tali momenti (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. II, 23 novembre 2020, n. 7337).”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1066/2021**).

# **5. Azioni esperibili con il ricorso straordinario**

L’art. 8 del D.P.R. n. 1199/1971 prevedendo che “*contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse*”, configura un rimedio che ha natura tipicamente impugnatoria, attraverso il quale possono essere introdotte unicamente azioni di annullamento di provvedimenti amministrativi, finalizzate alla loro eliminazione dal mondo giuridico attraverso una pronuncia di tipo caducatorio **(Cons. Stato, Sez. I, n. 415/2021**).

Tale impostazione è unanimemente condivisa dalla giurisprudenza.

Sul punto si segnala un recente intervento della Sezione prima che, con il **parere n. 1752/2021,** ha chiarito che “*la domanda di accertamento è estranea al petitum deducibile con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, non potendosi esercitare azioni diverse rispetto a quelle di annullamento (cfr., ex multis, Cons. Stato, I, n. 1401/2021; I, n. 1118/2021; I, 1625/2021; I, n. 1481/2021; I, n. 2176/2020; I, n. 1387/2020; I, n. 1/2020; I, n. 2878/2019; I, n. 2102/2019; I, n. 1044/2019; I, n. 821/2019).*

*Ed, invero, l’articolo 8 del DPR n. 1199 del 1971 prevede che “Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse”, così configurando un rimedio che ha natura tipicamente impugnatoria, attraverso il quale possono essere introdotte unicamente azioni di annullamento di provvedimenti amministrativi, finalizzate alla loro eliminazione dal mondo giuridico attraverso una pronuncia di tipo caducatorio.*

*L’accertamento consentito al giudicante in sede di ricorso straordinario in ordine alla pretesa fatta valere dal ricorrente è, dunque, solo quello finalizzato alla verifica dei vizi di legittimità dell’azione amministrativa, veicolato attraverso la domanda di demolizione dell’atto amministrativo lesivo delle posizioni giuridico- soggettive del privato.*

*Non è, pertanto, proponibile un’azione di accertamento in via autonoma, del tutto sganciata dalla domanda di annullamento di una determinazione attizia assunta dall’amministrazione e, dunque, non funzionale alla verifica della legittimità di un provvedimento del quale sia stato richiesto l’annullamento.*

*In buona sostanza, l’accertamento consentito in sede di ricorso straordinario è solo quello costituente elemento essenziale della verifica di legittimità del provvedimento amministrativo e propedeutico al suo annullamento, non risultando, di conseguenza, ammissibile un’azione direttamente rivolta all’accertamento del corretto agere del soggetto pubblico nei rapporti con il privato, in assenza di un atto amministrativo che sulla questione abbia statuito e che sia stato ritualmente impugnato con domanda di annullamento dello stesso.*

*Rileva la Sezione che non vale ad inficiare tale conclusione la disposizione contenuta nell’articolo 7, comma 8 del codice del processo amministrativo, il quale stabilisce che “Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”.*

*L’inciso “unicamente” vale, infatti, a qualificare la disposizione in termini di fissazione dei limiti “esterni” del ricorso straordinario, in relazione ai rapporti tra la giurisdizione amministrativa e le altre giurisdizioni; stabilendo in tal modo che tale rimedio è consentito solo nelle materie e nelle controversie che appartengono alla giurisdizione amministrativa e non anche in quelle nelle quali vi sia giurisdizione del giudice ordinario ovvero degli altri giudici speciali.*

*Nell’ambito, poi, della giurisdizione amministrativa, il rimedio sconta degli ulteriori limiti, questa volta “interni” e tipici di esso, stabiliti dal richiamato articolo 8 del DPR n. 1199 del 1971, il quale individua le azioni in concreto esperibili attraverso la sua proposizione, limitate alla sola azione di annullamento, diretta alla demolizione di un atto o di un provvedimento amministrativo.*

*Ed, invero, le disposizioni del codice del processo amministrativo e degli interventi normativi che lo hanno preceduto, sia nella parte in cui hanno ampliato l’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia laddove hanno definito la possibilità di proporre dinanzi a questo anche azioni diverse ed ulteriori rispetto a quella di annullamento, non hanno comunque abrogato o modificato il richiamato articolo 8 del DPR n. 1199/1971 e, pertanto, non hanno inciso sulla limitazione del ricorso straordinario alla sola azione di annullamento.”*

# **5.1 Inammissibilità delle azioni di accertamento, di condanna e delle azioni risarcitorie**

Proprio in virtù del carattere prettamente impugnatorio del rimedio del ricorso straordinario, sono inammissibili le azioni di mero accertamento, quelle di condanna della pubblica amministrazione ad un *facere* specifico, nonché le azioni risarcitorie, sia in forma specifica che per equivalente monetario, essendo estranee al *petitum* deducibile con il ricorso straordinario.

*“Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce un rimedio di tipo impugnatorio, nel quale sono ammesse esclusivamente azioni di annullamento e non anche azioni di accertamento e di condanna.*

*Si è, dunque, di fronte a un giudizio di cognizione di natura impugnatoria, del tipo di demolizione giuridica, ove al decidente è chiesto (e questi dispone) l’annullamento dell’atto amministrativo.*

*Il potere di accertamento del giudicante in ordine alla legittimità dell’atto è, dunque, circoscritto e delimitato dall’impugnazione dello stesso e dai vizi di legittimità che vengono in ricorso dedotti.*

*Dai principi sopra esposti emerge chiaramente che, laddove un provvedimento neghi la pretesa del privato (nella specie, la doppia conformità dell’opera edilizia), il Consiglio di Stato può conoscere della questione solo ove l’atto amministrativo sia per tale parte oggetto di impugnazione ed in tale sede si deduca, con specifico motivo di ricorso, il vizio di legittimità.*

*Non può, invero, l’organo giurisdizionale, senza alcuna impugnazione del provvedimento, accertare l’illegittimità dello stesso e la fondatezza della pretesa denegata dall’amministrazione.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 940/2021**).

In ordine all’azione risarcitoria, in un recente parere, si è avuto modo di precisare che la proposizione della domanda risarcitoria, in quanto inammissibile in sede di ricorso straordinario, non può valere ad attivare la previsione dell’art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo (in forza della quale “*Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*”) (**Cons. Stato, Sez. I, n. 598/2021**).

Cionondimeno, in ordine all’ammissibilità di azioni diverse da quella di annullamento, è opportuno segnalare la pronuncia della **Seconda Sezione del Consiglio di Stato n. 1517/2018** che, in controtendenza rispetto alla giurisprudenza maggioritaria, ha ammesso l’esperibilità dell’azione di condanna. Invero, muovendo dalla disamina dell’evoluzione dell’istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica verso la tendenziale giurisdizionalizzazione dello stesso, la citata pronuncia ha osservato quanto segue.

*“la Sezione ritiene dunque ammissibile estendere l’applicabilità del rimedio di cui all’ultimo periodo dell’art. 34, lett. c) c.p.a. al procedimento instaurato con ricorso straordinario al Capo dello Stato, essendo esso strumentale a garantire effettività di tutela, evitando diseconomici rinvii alla fase dell’ottemperanza per addivenire di fatto al medesimo risultato.*

*30. Resta ancora tuttavia da dire se tale rimedio contrasti con la ricordata natura -esclusivamente - demolitoria del ricorso straordinario, reiteratamente affermata dal Consiglio di Stato proprio per precludere l’ampliamento dei contenuti decisori del parere, in verità con pronunce per lo più risalenti nel tempo e comunque anteriori alla novella del 2012 (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. III, 15 ottobre 2010, n. 4609).*

*30.1 In realtà, rileva la Sezione, sporadici tentativi di aggirare il dogma della imprescindibile natura demolitoria del ricorso si ravvisano già in isolate pronunce che, pur visualizzando la fattispecie attraverso il medesimo prisma, creano di fatto artifici giuridici funzionali a garantire effettività di tutela anche a chi abbia deciso di avvalersi del rimedio alternativo del ricorso straordinario. Si sono cioè allentate a seconda dei casi le maglie del sistema per mantenerne il rispetto formale, e nel contempo aderire alle richieste di effettività di giustizia dei cittadini.*

*30.2 Interessanti notazioni possono trarsi, ad esempio, dalla ribadita improponibilità del ricorso straordinario anche per l’accertamento di un diritto soggettivo, ma solo se declinata in relazione alla necessità dell’ <<esistenza di un atto definitivo, o in mancanza di esso di quel surrogato di atto definitivo che è il silenzio rifiuto>>( cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2009, n. 480, che ha ritenuto inammissibile un’azione volta all’accertamento della pretesa del ricorrente a percepire gli arretrati sull’indennità di amministrazione, laddove questa non sia passata per l’impugnazione di un atto). Il superamento di tale approccio formalistico, consentirebbe peraltro di rimeditare anche la ritenuta inammissibilità di impugnare con ricorso straordinario il silenzio non significativo della P.A. (cosiddetto silenzio-inadempimento, nel residuo spazio di sopravvivenza dello stesso conseguito alle reiterate modifiche della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990). La riconosciuta possibilità di integrare il contenuto del decisum con la condanna dell’amministrazione, infatti, ovviamente previa verifica della fondatezza della pretesa del ricorrente in relazione alla correlata sussistenza di un obbligo di provvedere con atto a contenuto predeterminato da parte della stessa, consentirebbe di aggiungere ulteriori tasselli di ampiezza ed effettività alle istanze di giustizia dei cittadini. Né a ciò può ritenersi ostativa la sola previsione da parte del legislatore del rito speciale di cui all’art. 117 C.P.A., stante che di per sé essa non deve essere certamente intesa come una riduzione delle possibilità alternative di tutela del bene della vita del quale si lamenta l’avvenuta lesione, così come del resto, mutatis mutandis, avvenuto in altri ambiti processuali in relazione all’avvenuta individuazione di regole procedurali più snelle e proprio per queste auspicabilmente più efficaci. Quanto detto ferma restando nel procedimento conseguente al ricorso straordinario la necessità di preventiva “demolizione” del comportamento inerte che pur nella sua assenza di significatività giuridica finisce per risolversi in un danno protraentesi ad libitum nel tempo per il cittadino titolare del contrapposto interesse pretensivo.*

*Del resto, ancor prima delle riforme che hanno di fatto rivoluzionato in senso garantista l’istituto del silenzio e della ragionevole durata del procedimento amministrativo, imponendo un termine per la sua conclusione (art. 2 della l. n. 241/1990) il Consiglio di Stato ammetteva l’impugnazione del silenzio-rifiuto -rectius, secondo le odierne categorizzazioni, silenzio-inadempimento- dell’amministrazione mediante lo strumento del ricorso straordinario, pur mancando una specifica determinazione esplicita dell’autorità amministrativa e, in particolare, un atto amministrativo definitivo; ciò sulla sola base dell’avvio della procedura di “cristallizzazione” dell’inerzia mediante il procedimento di diffida di cui all’art. 25 del d. P.R. 10.1.1957, n. 393 (Cons. Stato, Sez. II, 24 maggio 1995, n. 2933/1994).*

*31. In relazione alla fattispecie concreta, si pone tuttavia la sola necessità di scrutinare se la ipotizzata integrazione motivazionale conseguente all’annullamento dell’atto impugnato in parte qua nel senso del conferimento della lode alla ricorrente possa apparire invasiva di discrezionalità tecnica, nel caso di specie peraltro comunque sindacabile in ragione della manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta effettuata, non supportata in alcun modo sotto il profilo motivazionale. La Sezione ritiene di poter rispondere negativamente. Si è già detto infatti della documentata compresenza di tutti i requisiti oggettivi cui il legislatore fa riferimento nel disciplinare la possibilità di attribuire la lode, in presenza dei quali non ne risulta comprensibile il mancato riconoscimento.*

*Il principio di effettività della tutela, che deve necessariamente supportare anche le decisioni giustiziali, impone dunque di integrare nel senso prospettato la odierna decisione, evitando diseconomiche azioni successive al fine di ottenere da subito il bene della vita per la cui tutela è stato proposto l’odierno gravame.*

*32. Infine, e per completezza, la Sezione ritiene opportuno far cenno alla diversa –ma contigua – tematica dell’ammissibilità o meno dell’azione risarcitoria, non tanto per le ripercussioni nell’ambito dell’esame dell’odierna fattispecie, cui la medesima è estranea, quanto perché attinge a principi di diritto in parte affini. L’orientamento maggioritario che tende a negarne l’ammissibilità, fa egualmente leva sulla asserita natura demolitoria del ricorso, ovvero anche e ancor prima sull’oggetto dello stesso che implicherebbe necessariamente la valutazione di un organo giurisdizionale. Secondo un orientamento minoritario, invece, che merita, tuttavia, di essere richiamato in questa sede (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036/2002 e Cons. giust. amm. reg. sic., Sez. riunite, 19 febbraio 2008, n. 409/07), esso risulterebbe comunque ammissibile. In particolare, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha affermato che l’istanza risarcitoria «appare ammissibile in termini generali anche in sede di ricorso straordinario, atteso che tale rimedio è preordinato ad assicurare la tutela contenziosa in coerenza alla natura delle posizioni giuridiche soggettive dedotte, tenuto anche conto, da un lato, della sua fungibilità ed alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale e, dall’altro, del fatto che, ormai, per ragioni di economicità, speditezza e concentrazione della tutela invocata, si tende ad espungere dal nostro ordinamento la c.d. tutela del doppio binario (prima annullamento in sede giurisdizionale o straordinaria e, poi, risarcimento in sede giurisdizionale)».*

*33. L’invocata esigenza di economicità, speditezza e concentrazione della tutela non consentono tuttavia, ritiene la Sezione, di superare la pregiudiziale sistematica dell’inquadramento del ricorso straordinario come giurisdizionale a tutti gli effetti allo scopo di ammettere anche tale tipologia di azione (purché, ovviamente, sempre come accessoria rispetto al richiesto annullamento di un atto). Solo, infatti, aderendo alla tesi della assimilazione del “rimedio giustiziale”, pur connotato da innegabili peculiarità, menzionato dalla Consulta, al procedimento giurisdizionale, la Sezione reputa percorribile tale ipotesi ricostruttiva, peraltro sostenuta da autorevole dottrina.*

*Rimossa infatti la precedente eccezione della mancanza di pariteticità tra le parti in ragione della generalizzazione dei soggetti legittimati a presentare l’opposizione a fini di trasposizione di cui all’art. 48 c.p.a., è evidente che non permangono sul piano formale ulteriori ostacoli giuridici al riconoscimento della esperibilità di tale tipologia di azione.*

*34. Diversa è invece la natura dell’azione di condanna introdotta con la novella del 2012: essa accede comunque ad un’azione demolitoria e ne costituisce una mera esplicitazione contenutistica che di fatto serve esclusivamente ad anticipare –rectius, se del caso, ad evitare – il giudizio di ottemperanza garantendo effettività di tutela da subito.*

*35. La Sezione ritiene che non sussistano motivazioni ostative al suo riconoscimento nell’ambito del giudizio straordinario, sia in ragione della sua alternatività rispetto al giudizio giurisdizionale, di cui non può costituire un minus, laddove identico ne sia il petitum –l’annullamento di un illegittimo diniego- sia in ragione della effettività della tutela che impone di interpretare le norme nel senso della massima garanzia possibile di efficacia alle istanze di giustizia della parte. Ciò d’altro canto non appare in contrasto con la – apparentemente difforme – affermazione contenuta nel dispositivo delle più volte ricordate pronunce dell’Adunanza Plenaria (n.9 e 10 del 2013), stante che in tale sede, dopo aver affermato che il limitato perimetro delle azioni proponibili è riconducibile alle peculiarità proprie di un rimedio giurisdizionale semplificato, in un unico grado, imperniato su sostanziale assenso delle parti, si è però anche demandato all’azione della giurisprudenza il compito di individuare il punto di equilibrio tra l’esigenza di attuazione dei canoni costituzionali ed europei in materia di effettività della tutela e la preservazione dei profili di specialità che connotano questo rito speciale, così lasciando, pur in maniera implicita, uno spazio a possibili aperture.*

*36. L’ampliamento del petitum del ricorso straordinario all’azione di condanna, esperibile nei limitati casi di attività vincolata ovvero per la quale non residui alcun margine di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori non implica necessariamente, ritiene la Sezione, un ulteriore spostamento del baricentro dell’inquadramento del rimedio verso la sua catalogazione giurisdizionale piuttosto che amministrativa; né ne altera la natura demolitoria. Si limita se mai ad esaltarne l’efficacia completando quel percorso di garanzia di effettività che il variegato modularsi dei contenuti veicolati nei pareri decisori, vuoi in termini propositivi, vuoi attraverso la individuazione comunque di un provvedimento da “aggredire”, ha nel tempo inteso assicurare. Laddove, dunque, l’annullamento di un atto o di una sua parte – che resta l’oggetto del ricorso – risponda ad un interesse cosiddetto pretensivo del ricorrente, la soddisfazione piena ed immediata dello stesso non può che passare attraverso l’imposizione alla P.A. dell’azione, vincolata e non necessitante di ulteriore istruttoria, conseguente alla stessa pronuncia sulla fondatezza dello stesso Diversamente opinando, in casi come quello di specie, si arriverebbe all’assurdo di cassare ex tunc e radicalmente il provvedimento impugnato (nel caso di specie, il verbale della Commissione esaminatrice), rimettendo integralmente alla riedizione del potere dell’amministrazione l’opzione contenutistica, e con ciò costringendo la parte ad impugnare ulteriormente l’atto eventualmente difforme in sede di ottemperanza. Con buona pace dei principi di effettività della tutela, ed economia del procedimento, costituzionalmente garantiti.*

*37. Rileva infine la Sezione come la richiesta contestualità della proposizione dell’azione di condanna e di quella di annullamento rispondano in sede giurisdizionale ad esigenze di garanzie del contraddittorio, che ben si attagliano anche al ricorso straordinario, pur con le sue ricordate peculiarità. Il coinvolgimento dell’amministrazione e degli eventuali controinteressati nella fase istruttoria potrà infatti da un lato consentire alla Sezione una conoscenza completa degli interessi in gioco anche in relazione alla condanna della P.A. inadempiente; dall’altro, assicurare la piena partecipazione delle parti al giudizio.*

*38. Restano ovviamente precluse le azioni di mero accertamento ovvero le pronunce dichiarative di pretese patrimoniali, nonché quelle specificatamente previste dal codice in materia di accesso agli atti amministrativa (art.116) e, per le ragioni sopra esplicitate, per conseguire il risarcimento del danno (art. 30).”*

Si tratta di una pronuncia rimasta isolata nel panorama giurisprudenziale, consolidato, invece, nel senso di riconoscere l’inammissibilità di azioni diverse da quella di annullamento.

# **5.1.1 Inammissibilità della domanda di rifusione delle spese legali e del contributo unificato**

Ai sensi dell’art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, è inammissibile la domanda di rifusione delle spese legali in quanto estranea al *petitum* deducibile in sede di ricorso straordinario, rimedio di natura esclusivamente demolitoria. (**Cons. Stato, sez. I, n. 1380/2021 e Cons. Stato, Sez. I, n. 2690/2017**).

Nel medesimo senso, è del pari inammissibile la domanda di rifusione del contributo unificato. (**Cons. Stato, sez. I, n. 1380/2021 e Cons. Stato, sez. I, n. 936/2021**).

# **5.1.2 Inammissibilità dell’azione di accertamento dell’illegittimità del silenzio**

Costituisce ormai indirizzo consolidato delle Sezioni consultive che la domanda di accertamento dell’illegittimità del silenzio risulta incompatibile con un rimedio di carattere esclusivamente impugnatorio e demolitorio come è il ricorso straordinario.

E ciò, in particolare, dopo la previsione, ad opera del legislatore – per la prima volta per effetto dell’art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971, introdotto dall’art. 2 della legge n. 205 del 2000 – di un rito speciale appositamente dedicato ai ricorsi avverso il silenzio inadempimento delle pubbliche amministrazioni (rito oggi disciplinato dall’art. 117 del codice del processo amministrativo).

L’azione volta a contestare il silenzio inadempimento o rifiuto non è, infatti, contemplata dalla fonte normativa di settore (DPR n. 1199/1971) tra le azioni esperibili con lo strumento del ricorso straordinario, la cui natura è prettamente impugnatoria di atti autoritativi espressi e, quindi, non spendibile per azioni di accertamento e condanna, o recanti ordini di *facere* a carico dell’amministrazione (**Cons. Stato, Sez. I, n.1556/2020**).

In questo senso appare ormai superato l’orientamento espresso con il parere della **Adunanza generale del 10 giugno 1999, n. 9**.

# **5.2 Inammissibilità delle azioni per violazione del giudicato**

In merito all’ammissibilità dell’azione di ottemperanza in sede straordinaria, “*secondo un consolidato orientamento della Sezione (Cons. St. Sez. I, parere n.1999/2020, n. 1707/2020; n.1465/2020), l’azione di violazione di giudicato può essere proposta solo nelle forme proprie previste dagli articoli 112- 114 del codice del processo amministrativo ed è riservata alla competenza esclusiva ed inderogabile del giudice che ha pronunciato la decisione.*

*Non vi è dubbio che, nella specie, il motivo dedotto presupponga un vizio del provvedimento in quanto emesso in contrasto con le statuizioni vincolanti del giudicato, così trasgredendo in sede di riedizione del potere la regula iuris fissata dal giudice. La richiesta del ricorrente è, quindi, quella di annullare (o, meglio, dichiarare nullo) l’atto in quanto emesso in violazione o elusione del giudicato, decisione riservata, ai sensi dell’art. 114, comma 4 , lett. b) c.p.a., al giudice dell’ottemperanza. E’, pertanto, inammissibile la relativa doglianza sollevata mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*” (**Cons. Stato, Sez. I, n. 154/2021**).

Sul punto si veda anche il parere **Cons. Stato, Sez. I, n.620/2019**, a tenore del quale: *“2. Il ricorso straordinario non è ammesso per l’ottemperanza al giudicato di una sentenza amministrativa. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è una procedura diretta esclusivamente a provocare l’annullamento di un atto amministrativo e non consente di imporre un’azione positiva della p.a., per cui non si presta strutturalmente a contenere una procedura di ottemperanza.*

*3. Il codice del processo amministrativo riserva l’esecuzione del giudicato alla competenza esclusiva inderogabile del Giudice che ha pronunciato la sentenza (art. 113 c.p.a.: 1. Il ricorso si propone, nel caso di cui all'articolo 112, comma 2, lettere a) e b), al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado). Inoltre, data la natura e la struttura esclusivamente impugnatorie del ricorso straordinario, è inammissibile in tale sede la proposizione di azioni nelle materie in cui vi sia una competenza speciale del giudice amministrativo, ossia siano attribuiti a tale giudice poteri particolari, che vanno oltre quello di annullare l'atto amministrativo (giurisdizione di merito, poteri di accertamento e di condanna). In tale ambito rientra sicuramente l’azione di ottemperanza, che implica l'esercizio di poteri di merito (tant’è vero che la stessa ottemperanza al d.P.R. di decisione di ricorso straordinario deve essere chiesta al Giudice amministrativo).*

*4. Né a diverse conclusioni è possibile pervenire sul rilievo che l’odierno ricorso straordinario, oltre a censure presentate expressis verbis in termini di violazione del giudicato, prospetta anche censure di eccesso di potere che potrebbero riguardare l’atto impugnato in sé considerato, anche indipendentemente dalla sua corrispondenza o difformità rispetto alle statuizioni del Giudice amministrativo. È infatti noto che la peculiarità del giudicato amministrativo consiste (tra gli altri profili) proprio nel porre “in negativo” la norma agendi di guida al successivo riesercizio della funzione amministrativa e, nel caso in cui residuino margini di apprezzamento tecnico-discrezionale dell’amministrazione, vuoi per la natura della funzione, vuoi per il tipo di vizi dedotti ed esaminati nella sentenza (o per la variabile ampiezza e analiticità della sua motivazione), devono essere portate comunque al Giudice dell’esecuzione tutte le questioni che investono gli atti di riesercizio, che si pongano come conseguenziali della sentenza, pena la frammentazione (inammissibile) del nuovo contenzioso dinanzi a Giudici (o sedi rimediali) diversi, con il rischio di pronunce contraddittorie de eadem re. Spetta, del resto, al giudice dell’esecuzione, alla stregua del diritto processuale amministrativo codificato con il d.lgs. n. 104 del 2010, l’eventuale decisione circa la possibile sussistenza e prevalenza, nell’unitaria controversia insorgente dal cattivo riesercizio della funzione, di profili “nuovi”, ossia di censure e di vizi dei nuovi atti che non si pongano in termini di violazione o elusione del giudicato, ma determinino illegittimità autonome dei nuovi provvedimenti. Ove il giudice dell’ottemperanza, infatti, ravvisi una prevalenza, nell’ambito dell’unitaria impugnazione dell’atto di riesercizio della funzione, di censure volte a evidenziare nuovi e autonomi profili di illegittimità dell’atto, diversi dalla violazione o elusione del giudicato, allora potrà, anche d’ufficio, disporre la conversione dell’azione ai sensi dell’art. 32 c.p.a. (Pluralità delle domande e conversione delle azioni), in base al quale (comma 2) “Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni”.*

*Il codice del processo amministrativo ha d’altro canto ampliato l’ambito applicativo del ricorso per l’ottemperanza, preferendo un criterio di concentrazione in quella sede di tutte le azioni che derivano e dipendono dal corretto riesercizio della funzione amministrativa conseguente al giudicato. L’art. 114 del codice, ad esempio, nel comma 6, attribuisce al giudice dell’ottemperanza “tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, [di] quelle inerenti agli atti del commissario ad acta”. Avverso gli atti dello stesso commissario ad acta, che spesso possono avere natura discrezionale e non essere vincolati nel quid dalla sentenza passata in giudicato, lo stesso articolo del codice processuale ammette il reclamo dinanzi al giudice dell'ottemperanza, ancorché tali atti (precisa l’ultimo periodo del comma 6 del citato art. 114) siano autonomamente impugnabili “dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario”.*

*5. La prevalente giurisprudenza formatasi sull’argomento (Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, che riprende le pronunce dello stesso organo nn. 2, 18 e 24 del 2012) ha ammesso la riunione per connessione di un’azione di ottemperanza e di un’azione impugnatoria “proprio perché ciò che viene richiesto al giudice, sia pure per il tramite dell’instaurazione di due distinti giudizi, è innanzi tutto la concreta e precisa configurazione della patologia dell’atto adottato (precisamente: se esso debba essere considerato nullo, in quanto elusivo o violativo di giudicato, ovvero illegittimo per vizi propri e per la prima volta rilevabili), il giudice stesso non può che essere chiamato ad un esame complessivo della vicenda”. Conseguentemente la citata giurisprudenza ha ammesso “la proposizione di un solo ricorso, in luogo dei due che la parte è spesso, per ovvie ragioni di “cautela processuale”, necessitata ad esperire avverso i provvedimenti emanati dall’amministrazione successivamente al giudicato di annullamento di proprio precedente provvedimento”, aggiungendo che «In via generale può ammettersi che, al fine di consentire l’unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall’interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell’ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell’esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l’esame della forma di più grave patologia dell’atto, quale è la nullità. Nel caso in cui il giudice dell’ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall’amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione. Ciò appare consentito dall’art. 32, co. 2, primo periodo, cpa, in base al quale “il giudice qualifica l’azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali”, e la conversione dell’azione è ben possibile – ai sensi del secondo periodo del medesimo comma – “sussistendone i presupposti”».”* (nel medesimo senso anche **Cons. Stato, Sez. I, n. 688/2021**).

# **6. Atti impugnabili**

Ai sensi dell'art. 8 D.P.R. 1199/1971 il ricorso straordinario è esperibile contro gli atti amministrativi definitivi, contro i quali non è previsto o è già stato esperito il ricorso gerarchico e per i quali sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

# **6.1 Gli atti impugnabili prima del Codice del processo amministrativo: il ricorso straordinario come strumento di carattere generale, indifferente al riparto della giurisdizione**

Nel regime precedente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il ricorso straordinario era uno strumento di difesa di carattere generale, istituzionalmente indifferente al riparto della giurisdizione, che poteva esser proposto, ove non espressamente escluso da norma di legge, avverso tutti gli atti oggettivamente e soggettivamente amministrativi, anche se la relativa cognizione era attribuita in sede giurisdizionale al giudice ordinario e fatte salve le ipotesi in cui erano attribuite a quest’ultimo competenze speciali e funzionali, dal momento che in tal caso si riteneva escluso il rimedio del ricorso straordinario.

In proposito, inoltre, la giurisprudenza aveva sottolineato che, in mancanza di formale esclusione del ricorso straordinario, detto rimedio si poneva come “concorrente” con ogni altra forma di tutela, sia pure nei limiti dell’operatività consentita dalla normativa da cui è regolato, sicché in caso di adozione congiunta, da parte dello stesso soggetto, del ricorso straordinario e della via giurisdizionale ordinaria non operava alcun criterio di alternatività, in quanto l’istituto dell’alternatività era previsto nel solo rapporto con il ricorso giurisdizionale amministrativo e non poteva trovare applicazione nei rapporti con la giurisdizione ordinaria (**Cons. St., Ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9).**

Storicamente, tale situazione derivava dal fatto che, al momento della espressa, originaria previsione legislativa del ricorso straordinario, dopo l’avvento della monarchia costituzionale, la distinzione nell’ambito delle situazioni giuridiche soggettive fra diritto soggettivo e interesse legittimo non esisteva.

In questo senso va precisata l’osservazione reiterata in dottrina e giurisprudenza secondo cui l’esperibilità del ricorso straordinario per la violazione di diritti soggettivi in regime di concorrenza con la giurisdizione ordinaria si basava su un orientamento interpretativo consolidatosi *praeter legem* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 2553/2014**).

In particolare, con il parere dell’**Adunanza generale 29 maggio 1997, n. 72/97 –** che qui si riporta per mere ragioni di completezza **-** era stato considerato che “*il problema della compatibilità del ricorso straordinario al capo dello Stato con la previsione legislativa di giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria in riferimento ad atti, soggettivamente ed oggettivamente amministrativi, ha formato oggetto di numerose pronunzie del Consiglio di Stato, anche se non sempre concludenti in modo univoco.*

 *L’esame della giurisprudenza consente tuttavia di considerare fondamentale la pronunzia dell’ad. gen. 4 giugno 1952, n. 123, che ha affrontato il tema nei seguenti termini: «. . . è ammissibile il ricorso straordinario anche in quei casi in cui il legislatore affida, con espressa disposizione, il sindacato su un provvedimento definitivo ad un giudice speciale diverso dal Consiglio di Stato e dalla G.p.a., ovvero consente contro il provvedimento stesso l’azione giudiziaria sottoponendola, però, ad un breve termine di decadenza».*

 *A tale problema era stata data in precedenza soluzione negativa, in una serie di precedenti pronunzie, che tuttavia non affrontavano, in termini rigorosamente appropriati, i peculiari profili della questione, e che perciò non erano passibili di delineare un orientamento organico.*

 *Esse sostanzialmente muovevano dal rilievo che l’attribuzione della competenza a giudicare su materie definite, ad uno speciale organo, o comunque alla giurisdizione del giudice ordinario, dimostrerebbe ex se l’incontestabile intendimento del legislatore di creare un unico ed esclusivo rimedio di giustizia, così interrompendo la linearità ordinaria e la simmetria del sistema contenzioso istituzionale ed introducendo una deroga ai principî processuali generali (Cons. Stato, ad. gen., 13 marzo 1952, n. 155, in tema di trattenute cautelari disposte in pendenza di giudizio di responsabilità di competenza della Corte dei conti).*

 *Soluzione parimenti negativa era stata adottata in caso di previsione normativa di azione giudiziaria, vincolata a termini decadenziali, quale, ad es., il caso di cui all’art. 83 d.p.r. 24 settembre 1923 n. 2030, sul riordinamento dei dazi interni di consumo e per il quale era stabilito che il ricorso in sede amministrativa «non pregiudica l’ordinaria competenza giudiziaria». Nondimeno le decisioni definitive dell’autorità amministrativa sono obbligatorie per le parti, ove non sia adita l’autorità giudiziaria ordinaria, nel termine di tre mesi dalla notificazione di esse, nel qual caso non è più ammessa l’azione giudiziaria».*

 *Sulla base di tale disposizione, l’adunanza generale aveva pertanto concluso per l’inammissibilità del ricorso straordinario, con una serie di pronunzie conformemente concludenti (ad. gen. 22 marzo 1933, n. 67; 30 aprile 1942, n. 91; 27 agosto 1924, n. 184, da collegare con sez. I 22 ottobre 1924, n. 1246).*

 *Tali determinazioni incontrarono tuttavia episodiche discordanze essendo stato successivamente ammesso il ricorso straordinario avverso decreto del ministero delle finanze contro il quale era espressamente ammesso il ricorso al Tribunale superiore delle acque pubbliche (ad. gen. 18 maggio 1933, n. 103), nonché avverso un provvedimento dell’autorità comunale, nonostante che fosse stata concordata, tra le parti, l’agibilità della sede arbitrale (ad. gen. 14 giugno 1934, n. 150).*

 *Parimenti si era ammessa la tutela straordinaria avverso un provvedimento di esonero dal servizio da parte di una società ferroviaria in concessione, pure in presenza di espressa competenza del giudice del lavoro (ad. gen. 5 dicembre 1935, n. 246).*

 *A tale oscillante giurisprudenza reagì la riferita pronunzia dell’ad. gen. 5 giugno 1952, n. 123, stabilendo, in primis, che deve sussistere una differenziazione fra il caso in cui la dissonanza rispetto al sistema del contenzioso riguardi la devoluzione della materia alla Corte dei conti (o ad altre autorità di carattere speciale), rispetto ai casi per i quali è prevista la competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria. Per tale ultimo caso, infatti, l’eccezionalità della previsione comporta che non possa escludersi l’ammissibilità del ricorso straordinario, restando tuttavia evidente che la decisione di tale gravame non possa assumere effetto preclusivo nei confronti dell’azione giudiziaria e ciò anche perché l’esplicita previsione non risponde tanto «ad una esigenza di individuare particolari sedi derogatorie di ricorso, quanto piuttosto a fissare il termine di decadenza per la sua proponibilità».*

 *È bensì vero che, di norma, l’apposizione di un termine decadenziale risponde all’esigenza di dare sollecita definizione a controversie che concernono rilevanti interessi di carattere sociale e patrimoniale, per il che potrebbe apparire non conferente ammettere la concorrenza di gravame straordinario nella fattispecie, in quanto essa dilaterebbe i termini di definizione della controversia.*

 *Potrebbe tuttavia opporsi a tale conclusione (v. pronunzia ultimata citata), che – di per sé – l’apposizione di un termine, per il caso di specie, non si discosta dal caso dell’impugnazione di tutti gli atti assegnati alla sede giurisdizionale della giustizia amministrativa, ove opera, come è noto, un termine breve di gravame e che è sempre superato dal più ampio spazio accordato al contenzioso straordinario.*

 *Se dunque la ratio della fissazione di una sede eccezionale di contenzioso risiede nell’esigenza di una pronta decisione della lite in atto, ciò non vale ad escludere l’esperibilità del ricorso straordinario, in quanto il caso configura l’ordinaria situazione che si determina per tutti gli atti sottoposti alla giurisdizione amministrativa, sia pure con prefissione di un limite di alternatività.*

 *Si è dunque concluso, nella giurisprudenza storica del Consiglio di Stato, nel senso che la mera previsione di competenza di un organo giudiziario per taluni specifici casi di contenzioso, non vale, di per sé sola, ad escludere il rimedio generale del ricorso straordinario.*

 *Tale determinazione è stata anche ribadita con pronunzia della sez. III 8 novembre 1969, n. 1014 e successivamente confermata in svariati casi di specie.*

 *L’analisi organica della giurisprudenza consente quindi di evidenziare al di là delle singole ed episodiche situazioni discordanti, che non sussiste alcuna contraddizione di fondo circa la compatibilità del rimedio straordinario di legittimità con altre forme di tutela istituite in riferimento a particolari ipotesi di pronunzie di contenuto amministrativo.*

 *Il fattore precipuo che configura tale principio di compatibilità va invero riscontrato nel carattere di generalità di strumento di difesa che caratterizza il ricorso straordinario e nella relativa area di riferimento.*

 *Tale gravame inerisce, invero, ai fondamenti dell’azione amministrativa, in quanto peculiare ed indefettibile fattore correttivo degli atti delle pubbliche amministrazioni.*

 *Giova, in tal senso, rammentare che è insito nelle radici storiche del contenzioso amministrativo (e specialmente quello costituito dal plesso: ricorso gerarchico e ricorso straordinario), il principio che il momento di contestazione azionato da soggetti incisi dall’operato amministrativo, costituisce una fase – pur meramente eventuale – di controllo esterno, in cui si evidenzia la compatibilità dell’atto amministrativo con il contesto normativo generale, onde segnalare situazioni in cui l’interesse pubblico fondamentale, che è alla base delle determinazioni delle autorità amministrative, può ritenersi non adeguatamente perseguito, sussistendo devianze talora non altrimenti percepibili se non attraverso un riscontro di concreta operatività esterna dell’atto, e la cui denunzia è affidata all’iniziativa dei soggetti amministrati, in un contesto ancora sostanzialmente interno all’elaborazione dell’atto, quasi a configurare una fase terminale di verifica dei risultati dell’azione amministrativa.*

 *È prova di ciò la particolare ampiezza di cui è dotato il rimedio straordinario e che si estende a tutto campo, su aree di diritti, di interessi, anche con significative escursioni sul contenuto dell’azione amministrativa, pur se attraverso prospettazioni di profili di legittimità.*

 *Trattasi dunque di individuare, nei connotati caratteristici del rimedio straordinario, una fase ancora attinente all’operato amministrativo, prima del consolidamento definitivo e irreversibile e che, in quanto tale, può essere ritenuta indifferente rispetto a ogni ulteriore forma di difesa che coglie, invece, l’atto amministrativo nella sua definitiva dissociazione rispetto al processo genetico e che presuppone perciò una fuoriuscita della determinazione amministrativa dal suo alveo formativo.*

 *Sotto tale profilo è dunque possibile scorgere come ogni causa di eventuale esclusione del rimedio straordinario, si risolva non solo in un depauperamento delle forme di tutela dei soggetti incisi, ma in una compromissione dell’ultima fase di verifica della legittimità di un atto risalente ad un riscontro di congruità e nel vaglio concreto della portata, si direbbe, in fase sostanzialmente sperimentale, pur nel regime di piena operatività dell’atto.*

 *La preponderanza del rilievo pubblico del ricorso straordinario, in chiave di verifica del risultato rispetto alla funzione di tutela che certamente esprime a livello del privato amministrato, è peraltro evidente in base ai forti limiti che penalizzano il ricorso straordinario, primo fra i quali la carenza di un effettivo contraddittorio, l’assenza sostanziale di rimedi di livello interinale, l’impedimento di deducibilità di eccezioni di costituzionalità, elemento quest’ultimo che (benché non ancora esaurientemente esplorato dall’analisi scientifica), appare tuttora fortemente radicato e determina vistosa compromissione dei valori di difesa che in ogni altra forma di contenzioso, sembrano essere salvaguardati.*

 *Nel ricorso straordinario prevale, dunque, il profilo di controllo finale dell’atto, realizzato in fase ancora interna all’amministrazione e sostanzialmente presso di essa, in chiave di preponderante verifica di legittimità.*

 *In tal senso esprime significativa contestazione il rilievo che il ricorso straordinario non va costruito come momento attenuato di difesa in ragione della sua gratuità, della mancanza di obbligatorietà della difesa tecnica, dunque quale forma di giustizia dei meno abbienti, sebbene risponda a precise simmetrie nel processo di determinazione amministrativa, quanto meno a livello di equivalenza con il ricorso gerarchico che, in momenti più arretrati dell’espressione di potere, interviene per rispondere – secondo l’insegnamento di autorevole dottrina – a fini di definitività dell’atto più che non a strumento di tutela.*

 *Può dunque affermarsi che il ricorso straordinario dispone di una accentuata trasversalità nel campo dell’azione amministrativa, che risponde a puntuali esigenze attinenti la verifica di legittimità degli atti amministrativi il loro controllo esterno, ciò che, in ultima analisi, costituisce il fattore di maggiore rilevanza dell’operato delle autorità, atteso che senza il rispetto dei caratteri di legittimità dell’azione amministrativa non sussiste possibilità di operare validamente sulle situazioni concrete, disponendo, il vizio di forma, di tale forza da compromettere l’operato amministrativo a prescindere dalla sua intrinseca validità e convenienza.*

 *Ciò che appare anche confermato in base alla configurazione strutturale del procedimento decisorio del ricorso straordinario che si consuma sostanzialmente in una fase consultiva presso il Consiglio di Stato, e comunque, in un rapporto solo dualistico fra organo consultivo e pubblica amministrazione e nei cui confronti la posizione del ricorrente è particolarmente flebile, riducendosi alla mera introduzione della sede contenziosa.*

 *È dunque sempre nel contesto interno alla pubblica amministrazione che si consuma la procedura del ricorso straordinario e la stessa formazione di nuovi atti conseguenti all’annullamento dei precedenti impugnati in detta sede, configura parimenti un momento espressivo interno all’amministrazione, che non fuoriesce da tale ambito e che si ricollega alla determinazione originaria, rimasta compromessa dal riscontro sul terreno concreto, e che verrà perciò modificata per effetto, tuttavia, di un fattore correttivo interno. Ed è poi particolarmente significativo il fatto che per il ricorso alla sede straordinaria sia concesso un termine doppio di decadenza rispetto a quello giurisdizionale, ciò che deve far pensare all’opportunità che la verifica, in vivo, sperimentale dell’atto, sia vista dall’ordinamento come momento di riscontro, più a lunga durata dell’effetto dell’atto, sul terreno sperimentale, rispetto al termine di possibile reattività in sede giurisdizionale.*

 *Non deve dunque ritenersi che il contesto di gravame straordinario, risponda ad intenti solo pietistici, pur nel suo collegamento con la storica giustizia ritenuta del re, come è peraltro provato dal fatto che il ricorso straordinario è ammesso anche nei confronti di atti espressamente dichiarati dalla legge come «non impugnabili».*

 *Delineati tali elementi appare evidente la differenza fra le fasi giurisdizionali di impugnazione degli atti amministrativi ed il ricorso straordinario, in quanto la fase apud iudicem è sicuramente estranea al momento di concepimento ed alla gestazione dell’atto e presuppone la fuoriuscita dell’atto stesso dal processo formativo, con vistosa accentuazione del profilo di reazione alla determinazione lesiva, rispetto alla funzione collaborativa che può scorgersi nella sede straordinaria, pur se realizzata in chiave contenziosa.*

 *Quando questo ordine di considerazione viene a confrontarsi con un dettato normativo che preordina, per taluni atti, un sistema derogatorio di impugnazione, non può ritenersi che per il sol fatto che vengano abilitate talune sedi contenziose eccezionali rispetto al canone processuale generale, debba conseguirne che, per effetto di tale puntualizzazione, consegua un intento di cancellazione dello strumento straordinario, e ciò in quanto le sfere di operatività dei due mezzi di tutela sono differenti ed attengono altresì ad autonome e distinte finalità.*

 *La previsione di competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria è dunque discriminativa rispetto alla giurisdizione amministrativa del plesso di giustizia relativo, ma non intacca l’operatività di mezzi di tutela che attengono ad altre sfere dell’elaborazione di volontà della pubblica amministrazione e che, in ragione della loro precipua inerenza alla fase interna alla pubblica amministrazione, si pongono come indifferenti, rispetto ad ogni statuizione derogatoria della sede giurisdizionale amministrativa.*

 *L’intangibilità della sede straordinaria, infatti, costruita in chiave di generalità di sistema è perciò momento istituzionale autonomo e si pone come «concorrente» di ogni altra forma di tutela, con un differenziato livello di operatività, e senza essere incisa da fattori di mero ordine processuale.*

 *Peraltro, se si ammette che il ricorso straordinario possa – di norma – attenere ad ogni profilo di diritto soggettivo, si può scorgere come esso sia istituzionalmente indifferente al riparto di giurisdizione e che la propria competenza incida sistematicamente sulla competenza giurisdizionale dell’autorità giudiziaria ordinaria che, dunque, è fuori di simmetria rispetto al gravame straordinario.*

 *In qust’ultimo infatti si consuma un insieme complesso di fattori che passano dal controllo dell’azione, alla funzione di tutela, ma tuttavia in chiave di effetto indiretto, a chiusura, cioè, di quel sistema di verifica che è stato sopra delineato e che introduce un controllo delimitato, in sostanza, alla logica complessiva dell’operato amministrativo ed alla sua motivazione, così ponendosi in una sfera che non incide o pregiudica nessuna ulteriore competenza (fra cui l’autorità giudiziaria ordinaria), ove eccezionalmente prevista e che resta totalmente indifferente rispetto al ricorso straordinario.*

 *Ne deriva che soltanto un’espressa volontà eliminatoria del ricorso straordinario possa assumere efficacia idonea ad escludere il rimedio, non potendo assumere rilevanza, in tal senso, la mera precisazione legislativa di un sistema derogatorio di competenze contenzioso e che crea conflitto delimitato fra le sedi giurisdizionali ordinarie ed amministrative, e non esteso ad altre aree.*

 *Può quindi affermarsi che ove non sussista espressa norma che escluda formalmente la ricorribilità al ricorso straordinario, non possa ricavarsi in via interpretativa, alcuna volontà di cancellare la suddetta sede di legittimità.*

 *Conclusione questa che è anche avvalorata dal fatto che è incontestata la promuovibilità del ricorso straordinario anche nei casi in cui il legislatore ha conferito con espressa determinazione la «giurisdizione esclusiva» del Consiglio di Stato, ciò che sarebbe altrimenti, discriminatoria del gravame straordinario ove fosse lecito desumere, dalla mera designazione di una competenza eccezionale, la cancellazione di ogni ulteriore forma di impugnazione quale è l’impugnazione in sede straordinaria.”*

# **6.2 Gli atti impugnabili dopo il Codice del processo amministrativo: il ricorso straordinario è ammesso solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. La retroattività o meno della nuova disposizione**

Dopo l’art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo, il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

L’entrata in vigore di tale disposizione ha posto all’attenzione dell’interprete anche la questione relativa alla retroattività o meno della stessa e cioè, segnatamente, se tale norma si applichi anche ai ricorsi straordinari proposti prima dell’entrata in vigore del nuovo codice, oppure si applichi solo a quelli proposti successivamente a tale data.

A tale proposito vi è da dire che la relazione illustrativa della disposizione di cui all’art. 7, comma 8 cit., precisa che con tale disposizione “*è stato altresì chiarito che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*”.

**L’Adunanza Generale n. 808/2011**, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha chiarito che, “*seppure l’espressione utilizzata nella relazione al codice del processo amministrativo possa far pensare ad un carattere interpretativo della norma, debba invece ritenersi che la norma medesima abbia contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e che quindi ad essa non possa attribuirsi una valenza retroattiva.*

*Del resto, anche in base all’art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile (c.d. preleggi), la legge non dispone che per l’avvenire, e, cioè, essa non ha, di regola, efficacia retroattiva.*

*A tale proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, dopo aver riconosciuto nel divieto generale di retroattività della legge un principio generale dell’ordinamento, nonché un fondamentale valore di civiltà giuridica a cui il legislatore deve in linea di principio attenersi, ha, tuttavia, ricordato come “lo stesso non sia stato tuttavia elevato a dignità costituzionale ad eccezione di quanto stabilito dall’art. 25 Cost., limitatamente alle leggi in materia penale” (sentenze n. 6 e n. 397 del 1994, n. 432 del 1997, n. 229 e n. 416 del 1999, n. 419 del 2000, n. 374 del 2002, n. 291 del 2003), precisando, però, come “il legislatore ordinario può, nel rispetto di tale limite, emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti” (sent. n. 432 del 1997).*

*In particolare, i limiti a tale riguardo posti dai giudici della Consulta attengono, oltre che a principi sanciti dalla Costituzione, ad altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza (che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento), la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto, la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sent. n. 6 del 1994).*

*E’ altrettanto costante insegnamento della Corte che il legislatore ha il potere di precisare il significato di norme, al fine di vincolare il significato loro ascrivibile ad una tra le tante possibili varianti di senso del testo originario. E, tuttavia, anche con riguardo alle norme di interpretazione autentica - quale, ad avviso della Sezione, non è quella in esame - la Corte ha più volte ribadito che il ricorso ad esse non può essere utilizzato per mascherare norme effettivamente innovative dotate di efficacia retroattiva, in quanto, così facendo, la legge interpretativa tradirebbe la funzione che le è propria: quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale. Ciò, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto voluta dal legislatore.*

*Tale carattere interpretativo “deve peraltro desumersi non già dalla qualificazione che tali leggi danno di sé stesse, quanto invece dalla struttura della loro fattispecie normativa” (sent. n. 397 del 1994).*

*Nel valutare il rispetto di tale principio, uno dei parametri sovente utilizzati, per quanto interessa in questa sede, è proprio la valutazione e quindi la tutela dell’affidamento nella stabilità dell’ordinamento giuridico nutrito dai cittadini (ex art. 3 Cost.).*

*Ora, non può, al riguardo sottacersi che si è formato ormai nella materia in questione, quasi un “diritto vivente”, di rango giurisprudenziale, e, quindi, si è creato ormai un legittimo affidamento, sia in capo ai cittadini che alle pubbliche amministrazioni, circa la possibilità di ottenere una pronuncia sul ricorso straordinario in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato anche dopo che essa è stata sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.*

*Si è, infatti, ormai consolidato l’indirizzo che ritiene che con il ricorso straordinario è possibile impugnare gli atti amministrativi relativi al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti pur dopo l’entrata in vigore del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che, salve le eccezioni di legge, ha devoluto la cognizione di tale rilevante contenzioso al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro (cfr. giurisprudenza a partire da Cons. St., Ad. gen. n. 7del 1999 cit., fino ad arrivare, da ult., a Cons. St., Sez. II, n. 1255/2006 del 2010 cit.). Ciò in quanto sono stati considerati “atti amministrativi”, e quindi impugnabili con il ricorso straordinario, anche quegli atti che, seppur provenienti dalla pubblica amministrazione in regime privatistico, sono atti “soggettivamente amministrativi” e pertanto finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici.*

*In base al principio dell’affidamento, non appare possibile, dunque, dubitare del fatto che alla disposizione di cui all’art. 7, comma 8, del nuovo codice del processo amministrativo debba attribuirsi carattere innovativo e non interpretativo.*

*2. Le osservazioni sopra esposte, seppure idonee ad escludere il carattere interpretativo della norma di cui all’art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo non appaiono tuttavia sufficienti a risolvere il quesito prospettato. A tal fine, occorre infatti stabilire se nel presente caso, che vede il sopravvenire di una norma che limita l’esperibilità del rimedio straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, debba farsi applicazione del principio “tempus regit actum”, che disciplina la successione delle leggi nel procedimento amministrativo. Nel caso infatti che dovesse ritenersi applicabile la regola del “tempus regit actum”, in forza della quale ad ogni fase del procedimento si applica la norma in vigore all’atto del suo perfezionamento, la nuova disposizione di cui al cennato art. 7 troverebbe immediata applicazione nella presente fase di redazione del parere, con conseguente (sopravvenuta) inammissibilità del gravame straordinario.*

*La Sezione ritiene, peraltro, che nella fattispecie debba trovare applicazione il principio desumibile dall’art. 5 del codice di procedura civile (nel testo risultante dall’art. 2 della L. 26 novembre 1990, n. 353). Tale disposizione, alla stregua della quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, enuncia infatti un principio - quello della permanenza del potere di definire la controversia in capo all’organo chiamato a pronunciarsi, nonostante i mutamenti sopravvenuti della legge attribuitiva di tale potere - che appare ad avviso della Sezione certamente applicabile al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*Il ricorso straordinario, infatti, ha una natura atipica, non assimilabile agli altri ricorsi amministrativi, con spiccate caratteristiche di giustizia; siffatta natura è confermata dal fatto che il provvedimento finale rappresenta solo l’atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale contenuto nel parere del Consiglio di Stato. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, d’altra parte, è un rimedio alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale amministrativo (artt. 8 e 10 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199); l’interessato, che ha piena facoltà di scegliere tra i due tipi di ricorsi, sa che una volta che ha effettuato la sua opzione non è più possibile tornare indietro (electa una via, non datur recursus ad alteram) e, quindi, qualunque strada intraprenda in ossequio alla regola dell’alternatività, appare ragionevole che egli consegua comunque una tutela adeguata.*

*Se così è, allora, appare preferibile applicare alla fattispecie in esame il principio sopra richiamato, ricavabile dall’art. 5 c.p.c.; tale disposizione, del resto, è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione non contrastante sia con l’art. 3 Cost. (essendo razionale e conforme ad elementari esigenze di stabilità e certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche sostanziali e processuali), sia con l’art. 24 Cost. (dovendosi coordinare il diritto di difesa dell’attore con il contrapposto diritto di difesa del convenuto), e neppure con l’art. 25 Cost. (perché il principio di predeterminazione del giudice ne impone la individuazione prima che sorga la “regiudicanda”), allorquando la Suprema Corte ha ritenuto consentito, per motivi di economia processuale, attribuire rilievo a mutamenti della situazione di diritto che siano idonei a radicare la giurisdizione, di cui il giudice al momento della domanda sia sfornito, con la motivazione che contrasterebbe con l’art. 111 Cost. la vanificazione dell’attività processuale fino a quel momento compiuta (principio enunciato dalla Suprema Corte con riguardo all’art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004: cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 19495 del 16 luglio 2008).*

*La diversa soluzione, nel senso dell’applicabilità della norma di cui al comma 8 dell’art. 7 anche alle controversie pendenti in sede straordinaria alla data di entrata in vigore del nuovo codice, porterebbe alla declaratoria di inammissibilità dei ricorsi proposti nel vigore del regime precedente, con conseguente frustrazione delle aspettative e dell’affidamento degli interessati nello strumento di giustizia (ricorso straordinario) da essi stessi volontariamente e alternativamente prescelto, rinunciando alla tutela in sede giurisdizionale.*

*Ci si troverebbe di fronte, in questo caso, ad una sostanziale violazione del principio di effettività della tutela, di cui all’art. 24 Cost., che deve ritenersi invocabile anche in sede di ricorso straordinario.*

*La Sezione, dunque, è dell’avviso che, in base alle esigenze di certezza dell’ordinamento e dei rapporti giuridici e di tutela dell’affidamento sopra esposte, debba preferirsi l’opinione che consente di rendere comunque il parere sul merito dell’affare in trattazione, così come sui ricorsi straordinari in materia di pubblico impiego privatizzato, notificati anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice, in applicazione dei principi desumibili dall’art 5 c.p.c., mentre per quelli proposti successivamente a tale data si deve ritenere senz’altro applicabile il citato art. 7, comma 8, con le conseguenze in rito di cui si è detto.”*

Richiamandosi alla menzionata Adunanza Generale e condividendone le affermazioni, la successiva **Adunanza generale n. 2789/2011** ha precisato che diversa è l’ipotesi in cui il giudice ordinario o amministrativo siano titolari di competenza funzionale e inderogabile (ad es., per il giudice ordinario, opposizione a sanzioni amministrative), nel qual caso la devoluzione della materia ad un determinato giudice con carattere di esclusività preclude la proponibilità del ricorso straordinario.

Tale orientamento è stato confermato e condiviso anche dall’**Adunanza generale n. 3189/2011**.

# **6.2.1 I dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo**

La disposizione di cui all’art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo è stata oggetto di rimessione alla Corte Costituzionale da parte della **Prima sezione del Consiglio di Stato** (**parere n. 2402/2013)** per sospetta illegittimità costituzionale in rapporto agli artt. 76 e 77 primo comma della Costituzione.

Tale pronuncia riguardava un rapporto di lavoro contrattualizzato di dipendente della pubblica amministrazione e per questione attinente a periodo successivo al 30 giugno 1998, come tale rimesso alla cognizione della giurisdizione ordinaria in veste di giudice del lavoro (art. 29 d.lvo n. 80 del 1998, ora artt. 63 e 69 d.lvo n. 165 del 2001).

Secondo la Sezione “*sino all’entrata in vigore del suindicato art. 7, comma 8 del c.p.a., una tale controversia è stata deducibile dinanzi al Consiglio di Stato in sede consultiva, a tutela di siffatti e altri interessi o diritti soggettivi nel rapporto amministrazione-amministrati (salve le ipotesi inderogabili di attribuzione speciale e funzionale al giudice ordinario, cioè esclusiva), alla stregua dello storicizzato principio di concorrenza, quale rimedio giustiziale di carattere generale escludente il criterio della alternatività con la tutela giurisdizionale ordinaria (Cons. St., ad. gen., 1 giugno 1950, n. 194; 5 maggio 1955, n. 176; 25 giugno 1964, n. 664; 29 aprile 1971, n. 45; 10 giugno 1999, n. 9 e da ultimo 7 luglio 2011, n. 7).*

*Il ricorso straordinario è stato inteso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza consultiva del Consiglio quale rimedio generale, alternativo al ricorso alla giurisdizione amministrativa, non limitato agli interessi legittimi, integrante il sistema di tutela dei soggetti interessati nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, che si realizza attraverso un procedimento amministrativo di garanzia, caratterizzato dalla neutralità e dall’elemento della semigratuità, volto a realizzare una deflazione del contenzioso giurisdizionale quale mezzo alternativo di risoluzione delle controversie.*

*Conseguentemente, poiché allo stato il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, la “giurisdizione” diventa generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario non diversamente che per il ricorso ordinario al giudice amministrativo (Cass. Civ., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cons. St., Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 808).*

*Nel caso in discussione, quindi, per effetto del sistema introdotto dal citato art. 7, comma 8, il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione salvi, in ogni caso, gli effetti della domanda ai sensi dell’art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (c.d. translatio judicii).*

*2.- La Sezione dubita della legittimità costituzionale di tale art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in rapporto agli artt. 76 e 77 primo comma della Costituzione, sollevando pertanto d’ufficio la questione dinanzi alla Corte delle leggi, a tanto legittimata dall’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e perché argomento pregiudiziale incidente proprio sulla norma che la priva della potestas iudicandi.*

*Quanto alla rilevanza della questione, essa risulta evidente perché, della norma della cui costituzionalità si obietta, non è dato prescindere nella presente controversia ed essa è anche decisiva per la prosecuzione dell’affare e sua definizione nel merito in sede consultiva.*

*Deriva da ciò l’esigenza di una preliminare verifica circa l’immunità costituzionale del ripetuto art. 7, comma 8 c.p.a., previsto in modo innovativo dal decreto delegato senza indicazione alcuna contenuta nella legge di delega. Per di più, la norma sospettata refluisce anche, seppure indirettamente, sulle attribuzioni e sui doveri che riguardano l’operare del magistrato amministrativo in sede giustiziale, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale certamente modificabili, ma in virtù di legge.*

*Relativamente alla non manifesta infondatezza della questione stessa, va qui rimarcata la portata e la consistenza della pregiudizialità costituzionale sollevata, non potendo essere svolta in vicenda alcuna interpretazione conforme a Costituzione di segno contrario all’atto legislativo vigente.*

*Appare poi implausibile come una innovazione legislativa, che importa una revisione così sostanziale nell'ambito del sistema del ricorso straordinario, quale prefigurato dal legislatore sin dall’origine e configurato da una secolare giurisprudenza non solo amministrativa stabilizzata a "diritto vivente", possa essere introdotta con una decretazione legislativa, in mancanza di alcun esplicito riferimento nella legge di delega al particolare “oggetto” in discorso, quand’anche in un assetto tendenziale volto alla giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario. Infatti, la disposizione delegata, da un lato, è intervenuta senza che la delega abbia recato una diretta prescrizione con riguardo alle attribuzioni del Consiglio di Stato in sede di adozione di parere su ricorso straordinario, dall’altro, ha riguardato “materia” non contemplata come oggetto dalla delega.*

*È dubbio, inoltre, che il legislatore delegante abbia inteso giungere ad una siffatta ridislocazione dei poteri decisori nella specifica materia, anche perché, senza particolare e ragionevole motivo, egli risulterebbe aver abrogato uno strumento di tutela utilizzato da soggetti che si trovano in situazione di debolezza per cultura o censo (artt. 2 e 3 Costituzione), attesi i caratteri del ricorso straordinario, di strumento flessibile e aggiuntivo, snello e a formalismo minimo, attivabile con modica spesa e senza il bisogno dell’assistenza tecnico-legale (numerosi sono i ricorsi straordinari proposti da cittadini extracomunitari e numerosi erano quelli in materia di pubblico impiego e di riconoscimento dello status di rifugiato).*

*3.- Ad avviso della Sezione, prima di entrare specificamente nel thema decidendum, la non manifesta infondatezza della questione proposta va anche affiancata dalle coordinate affermate in tema dalla Corte delle leggi, al fine di circostanziare il contesto argomentativo e motivazionale nell’attività di ricerca della puntuale norma disciplinatrice del caso in esame.*

*Innanzitutto la Corte, nell’escludere ogni “pretesa costituzionalizzazione del ricorso straordinario”, ha avuto già occasione di chiarire che “è nella piena libertà del legislatore ordinario stabilire una disciplina positiva sostanzialmente diversa da quella vigente oppure conservare intatta quella attuale o, finanche, decretare l'abolizione dell'istituto stesso” (sentenza n. 298 del 1986). Questo termine non costituisce questione prospettata di legittimità costituzionale, ma ne rappresenta anzi il suo presupposto indefettibile, nel senso che solo al legislatore ordinario compete innovare la materia del ricorso straordinario.*

*Inoltre, ai fini ermeneutici, in particolare nella sentenza della Corte n. 276 del 2000 (ma anche più di recente nn. 199 del 2003, 214 e 248 del 2004, 98 del 2008) si precisa che l'esame della legge di delega, al fine di valutare la conformità ad essa della normativa delegata, deve essere condotto procedendo anzitutto all'interpretazione delle disposizioni della legge di delegazione che determinano i princìpi e i criteri direttivi, “da ricostruire tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega”. Ebbene, sotto tale profilo, dall’insieme delle disposizioni dettate dall’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante peraltro in modo esplicito delega al Governo soltanto per il riordino del processo amministrativo, non è dato, come sopra rilevato, in modo alcuno ricavare una proposizione espressa o implicita riferibile al ricorso straordinario. Pertanto, il disposto normativo sospettato dovrebbe essere ricostruito dall’interprete in chiave additiva e adeguatrice per giustificare la validità della norma delegata di cui all’art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

*Al riguardo, è notorio che questa disposizione è stata introdotta in sede parlamentare a seguito di osservazione al testo presentato, avendo la legge delega previsto che sullo schema di decreto legislativo fosse acquisito il parere delle competenti Commissioni (nella specie, obbligatorio ma non vincolante), così reso e cui il Governo s’è adeguato: “Allegato 1 - Art. 7 (...) Inoltre, tenuto conto dell'obiettivo esplicito della legge delega, di una più rapida definizione del processo, dovrebbe aggiungersi un comma finale che disponga la ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa” (Commissione Affari costituzionali del Senato e Commissione Giustizia della Camera sullo schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo – atto n. 212 –reso in seduta del 16 giugno 2010).*

*È vero che da tempo la Corte costituzionale ha affermato che le Commissioni parlamentari consultive costituiscono una “emanazione diretta dell'organo legislativo” (sentenza n. 60 del 1957) e che il parere di tali organi (anche non vincolante) riveste “un valore notevole, specialmente quando sia stato espresso all'unanimità (...) potendo anche esso fornire elementi di valutazione degni della massima considerazione” (sentenza n. 78 del 1957). Tuttavia, su questo piano, non sussiste e non è rintracciabile quella correlazione, ritenuta fondamentale dalla Corte, di “necessaria corrispondenza” delle norme delegate a "principi e criteri direttivi" stabiliti dalla legge-delega. Del resto, la stessa motivazione addotta dalle Commissioni “di una più rapida definizione del processo” si pone in intima contraddizione con la funzione deflattiva propria del ricorso straordinario e in distonia rispetto al canone di buon andamento, per gli opposti risultati ritraibili dalla Pubblica Amministrazione nell’esercizio della sua azione, a termini dell’art. 97 della Costituzione.*

*4.- Per tali complessive ragioni, la soluzione normativa sospettata, che va ad incidere su un punto essenziale e qualificante la complessiva disciplina del ricorso straordinario, è denunziata per contrasto al combinato disposto degli artt. 76 e 77 primo comma della Costituzione, secondo i quali l’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e “per oggetti definiti”, conseguentemente non potendo il Governo, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano “valore” di legge ordinaria.*

*Con riguardo, quindi, al dilatamento della delega legislativa contenuta nella legge n. 69 del 2009 in relazione all’oggetto del d.lvo n. 104 del 2009 denunziato, giova rilevare come il legislatore delegante abbia autorizzato il Governo soltanto al “riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”.*

*In stretta dipendenza, i princìpi e criteri direttivi fissati investono unicamente: la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, la ragionevole durata del processo, la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'eliminazione dell'arretrato; la disciplina delle azioni e le funzioni del giudice; la revisione e razionalizzazione dei riti speciali; il contenzioso elettorale; la riassunzione del processo e dei relativi termini, il riordino della tutela cautelare; il sistema delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni.*

*Dalla suesposta analisi si deduce ampiamente come l’oggetto della delega fosse circoscritto al coordinamento e al riassetto del settore logico-sistematico della giurisdizione amministrativa e non sia dato rinvenire alcun cenno alla disciplina del ricorso straordinario. D’altronde, che il rimedio giustiziale in discorso esuli dall’ambito della delega, è provato dal fatto che il legislatore ordinario della legge n. 69 del 2009, se avesse voluto procedere nel senso denunziato, avrebbe direttamente inserito la materia censurata, che è del tutto specifica, nella sede propria dell’art 69, rubricato per l’appunto “Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione”.*

*Dunque, la questione di costituzionalità della norma di cui al ripetuto art. 7 comma 8 c.p.a. per contrasto agli artt. 76 e 77 primo comma della Costituzione, risulta al di fuori della delega e, quindi, non manifestamente infondata.*

*5.- Concludendo, la Corte Costituzionale ha sempre inquadrato in limiti rigorosi l'esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità sistematica perseguita dalla legge delega, in particolare precisando che “per valutare se il legislatore abbia ecceduto - più o meno ampi - margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega” (sentenza n. 230 del 2010). Come già si è illustrato, la ratio della delega prevista dall’art. 44 della legge n. 69 del 2009 era quella di riordinare e riassettare la giustizia amministrativa, non quella di riformulare l’ambito del ricorso straordinario.*

*A proposito del rapporto complessivo tra delega e decreto legislativo, la medesima Corte ha avuto modo di ritenere che “l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (...) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti princìpi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato”, giacché quest'ultimo non può innovare “al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega” (sentenza n. 293 del 2010). Nel caso in trattazione, come innanzi segnalato, non si rinviene e non può rinvenirsi alcun espresso principio e criterio direttivo in ordine alla disciplina del ricorso straordinario in quanto questa materia non è affatto indicata nella legge delega.*

*In ordine alla conforme relazione fra legge delega e disposizione attuativa, la giurisprudenza della Corte ha pure affermato che “i principi posti dal Legislatore delegante costituiscono non solo la base e il limite delle norme delegate, ma strumenti per l’interpretazione della portata delle stesse” (sentenze n. 75 del 2012 e n. 96 del 2001). Tenendo quindi conto del legame che intercorre tra i due precisati livelli normativi, merita in aggiunta sottolineare come una direttiva siffatta, quale quella in argomento, non possa neanche essere desunta per via interpretativa dal complesso del contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega, in quanto il legislatore ordinario ha in modo separato regolato le distinte materie rispettivamente all’art. 44 e 69 della richiamata legge n. 69 del 2009.*

*In definitiva, la censurata modifica normativa alla regolamentazione del ricorso straordinario appare, allo scrutinio della Sezione, non voluta e non autorizzata dalla legge del Parlamento.”*

# **6.2.2 La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità**

Tuttavia, con la già menzionata **sentenza n. 73/2014**, la **Corte Costituzionale** ha ritenuto non fondata la predetta questione.

In particolare, secondo la Corte costituzionale “*3.1.– Va innanzitutto escluso che la disposizione censurata si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «riassetto della disciplina del processo amministrativo», contenuta nell’art. 44 della legge n. 69 del 2009. Questa tesi, sostenuta dal collegio rimettente, non considera che la medesima legge n. 69 del 2009, come rilevato, 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, perciò, è intesa a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l’ambito di applicazione di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell’orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche. Essa, dunque, non può considerarsi al di fuori dell’oggetto della delega sul riassetto del processo amministrativo, la quale include, fra l’altro, il riordino delle norme vigenti «sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni».*

*3.2.– Né può ritenersi che la norma censurata produca un effetto innovativo incompatibile con la natura della delega di cui all’art. 44 della legge n. 69 del 2009. Essa – come ha precisato questa Corte – autorizza l’esercizio di poteri innovativi della normazione vigente a condizione che siano «strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l’operazione di riordino o riassetto» (sentenza n. 162 del 2012). L’esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, si basa su una risalente tradizione interpretativa, consolidatasi, praeter legem, nel presupposto della natura amministrativa del rimedio; in virtù di tale natura, al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*La legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel senso che si è in precedenza illustrato, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all’autorità giurisdizionale ordinaria. Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali. Per risolvere questa anomalia, la disposizione censurata, superando l’assetto consolidatosi in via interpretativa, ha limitato l’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarsi dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta – la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall’area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali – che è stata compiuta dalla legge n. 69 del 2009. 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.”.*

# **6.3 Atto politico e atto di alta amministrazione**

Anche in sede di ricorso straordinario si è posta la questione dell’interpretazione dell’art. 7 del Codice del processo amministrativo secondo cui “*non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico*”.

Secondo **Cons. Stato, sez. I, n. n. 2483/2019** “*al fine di valutare l’ammissibilità dell’impugnazione, ritiene di prendere le mosse non tanto dalla qualificazione dell’atto (atto politico-atto di alta amministrazione) ovvero dai suoi caratteri soggettivi e oggettivi (secondo una risalente tradizione giurisprudenziale), quanto piuttosto dalle caratteristiche della norma posta a fondamento della funzione esercitata con l’atto impugnato.*

*Tale impostazione metodologica consegue direttamente dai più recenti approdi giurisprudenziali (e in parte, dottrinali) che rinvengono il momento di maggiore evidenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 81/2012.*

*In particolare, secondo tale pronuncia, “Gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall’ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto; nella misura in cui l’ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un’azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell’atto, sindacabile nelle sedi appropriate.”.*

*Tale ratio decidendi è stata poi ripresa dalla successiva sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016.*

*Peraltro già in precedenza il Consiglio di Stato aveva ritenuto che “il vero argumentum principis a sostegno della insindacabilità sembra essere la mancanza di parametri giuridici alla stregua dei quali poter verificare gli atti politici. Le uniche limitazioni cui l’atto politico soggiace sono costituite dall’osservanza dei precetti costituzionali, la cui violazione può giustificare un sindacato della Corte costituzionale di legittimità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge o in sede di conflitto di attribuzione su qualsivoglia atto lesivo di competenze costituzionalmente garantite” (Cons. Stato, V, n. n. 4502/2011).*

*Così come tale orientamento è stato ripreso – dopo la pronuncia n. n. 81/2012 della Consulta - da altre sentenze del Consiglio di Stato: “laddove l'ambito di estensione del pur ampio potere discrezionale che connota un'azione di governo sia circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate” (Cons. Stato, n. 6002/2012).*

*Ed è stato ripreso anche con la sentenza n. 808/2016 che, dopo aver ricordato quanto la Corte costituzionale ha statuito con la citata pronuncia n. 81/2012, ha, in particolare, evidenziato che “anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha confinato in margini esigui l'area della immunità giurisdizionale, da escludere allorquando l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità”.*

*E infatti anche la Corte di Cassazione ha aderito a tale impostazione.*

*In particolare la Suprema Corte, con la recente ordinanza 12 luglio 2019, n. 18829 delle Sezioni unite civili, ha evidenziato che “queste Sezioni unite (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 21581 del 2011; n. 10416 del 2014; n. 10319 del 2016; n. 3146 del 2018) hanno già avuto modo di porre in rilievo, in consonanza con l'orientamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 81 del 2012; n. 339 del 2007), che l'esistenza di aree sottratte al sindacato giurisdizionale va confinata entro limiti rigorosi. Ed, infatti, per ravvisare il carattere politico di un atto, al fine di sottrarlo al sindacato del giudice, occorre che sia impossibile individuare un parametro giuridico (sia norme di legge, sia principi dell'ordinamento) sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale: quando il legislatore predetermina canoni di legalità ad essi la politica deve, appunto, attenersi, in ossequio ai principi fondamentali dello Stato di diritto. In concreto, quando l'ambito di estensione del potere discrezionale, quale che esso sia, sia circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile, appunto, nei modi e nelle sedi appropriate”.*

*Occorre peraltro dare atto che già negli anni ’30 del secolo scorso un illustre studioso aveva rilevato che l’atto politico, in presenza di una norma giuridica contenente condizioni di legittimità del provvedimento, “non sarebbe un atto politico, per la sola ragione della presenza di quella norma”.*

*Orbene, ancorché la pronuncia della Corte costituzionale n. 81/2012 sia stata variamente interpretata, il Collegio ritiene che da tale sentenza deriva il principio secondo cui ciò che importa ai fini dell’impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo non è tanto la natura “politica” o meno dell’atto quanto la sussistenza o meno di un vincolo giuridico posto all’esercizio del potere discrezionale.*

*Non è un caso, del resto, che nel decisum della Corte non compaia mai l’espressione “atto politico”.*

*5. E’ presumibile che, in tal modo, la Corte costituzionale abbia ritenuto di offrire un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 7 del Codice del processo amministrativo secondo cui “Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”.*

*Tale disposizione, come è noto, riprende l’art. 31 del T.U. Cons. Stato (r.d. n. 1054/1924, a sua volta sostanzialmente ripetitivo dell'art. 24 del precedente t.u. 2 giugno 1889, n. 6166), di cui taluni interpreti avevano rilevato il contrasto con il nuovo ordinamento costituzionale, fino ad auspicarne l’abrogazione, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 113 della Costituzione che prevede l'impugnabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione in sede giurisdizionale senza esclusioni o limitazioni per determinate categorie.*

*Già subito dopo la Costituzione, difatti, si osservò autorevolmente che “qualsiasi atto amministrativo, anche se appartenente alla cessata categoria degli atti cosiddetti politici, purché non sia un atto di governo, fra quei pochi espressamente e chiaramente identificabili, è oggi sindacabile e può esser annullato o disapplicato qualora ponga limiti a situazioni soggettive attive. L'amplissimo potere discrezionale di cui gode la pubblica amministrazione in quelle fattispecie può costituire in pratica un limite di penetrazione del sindacato; ma il sindacato di legittimità resta integro e completo.”.*

*6. D’altro canto, in questa prospettiva, parrebbero sfumare anche le categorie di “atto politico” e di “atto di alta amministrazione”.*

*È indubbio che tale distinzione ha avuto storicamente un ruolo importante in quanto la giurisprudenza, attraverso la stessa, ha circoscritto il più possibile la categoria dell’“atto politico”, alla luce dell’art. 113 Cost., ampliando l’area degli atti di “alta amministrazione”.*

*L’introduzione di tali categorie, tra l’altro, superò quella che era la “teoria del movente”, di origine francese, che facendo riferimento a elementi di natura soggettiva, attribuiva esclusivamente all’arbitrio del Governo la qualificazione dell’atto e quindi consentiva di sottrarre al sindacato del giudice amministrativo qualsiasi atto in cui asserisse la presenza di motivi politici; l’abbandono di tale teoria da parte del Consiglio di Stato è considerato, probabilmente, “l'esempio più significativo della mantenuta neutralità e indipendenza del Consiglio di Stato rispetto al Governo autoritario dell'epoca” (si veda, ad es., sez. IV, 27 luglio 1937, n. 425: cd. caso Torlonia, definita, da un autorevole interprete, “impeccabile e suadente”).*

*In sostanza la giurisprudenza ha fornito un’interpretazione rigorosa dell’art. 31 del T.U. Cons. Stato, restringendo l’area degli “atti politici” in favore di quella degli atti di “alta amministrazione”.*

*Certo non potevano nascondersi le difficoltà di individuare elementi di differenziazione certi tra le due categorie.*

*Ma i dubbi sulla validità della distinzione erano soprattutto legati – come si è detto – alla conformità a Costituzione della disposizione di cui all’art. 31 del T.U. Cons. Stato e del successivo art. 7 del Codice del processo amministrativo.*

*7. E’ noto anche che, in questa prospettiva, l’orientamento tralaticio – che, per la verità, nella più recente giurisprudenza non sembra più così centrale - è nel senso di qualificare un atto come ‘atto politico’ alla compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, consistente nel promanare l’atto da un organo di vertice della pubblica amministrazione, individuato fra quelli preposti all’indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell’essere l’atto concernente la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (ex plurimis: Cons. Stato, n. 6083/2011; Cons. Stato, nr. 209/2007; Cons. Stato, 12 marzo 2001, nr. 1397/2001).*

*8. Orbene, il punto di approdo di tale percorso, soprattutto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. n. 81/2012 – che in qualche modo sembra andare oltre tale orientamento - è quindi il seguente: ciò che rileva ai fini della impugnabilità o meno dell’atto non è tanto che esso promani da un organo di vertice della pubblica amministrazione e che concerna le supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri, ma che sussista una norma che predetermini le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che, comunque, la circoscriva.*

*Sotto il profilo più squisitamente processuale sarà, conseguentemente, impugnabile quell’atto – pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica - la cui fonte normativa riconosce l’esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall’ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall’Amministrazione.”.*

La questione è stata poi ripresa da **Cons. Stato, Sez. I, n. 936/2021** che, con riferimento allarevoca da parte del sindaco dell’incarico di vicesindaco e di assessore, ha avuto modo di precisare quanto segue:

*“Il provvedimento impugnato è da ricondurre agli atti di alta amministrazione.*

*Non va infatti confuso con l’atto politico. Quest’ultima categoria, i cui confini possono in alcune ipotesi risultare contigui con quelli dell’atto di alta amministrazione, era già prevista dall’articolo 31 del testo unico n. 1054 del 1924 ed è ora evocata dall’art. 7, comma 1, secondo periodo, c.p.a. (Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico). Essa è caratterizzata da due profili: il primo di carattere soggettivo (dovendo provenire l'atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale e all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e il secondo di natura oggettiva (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione) (v. Cons. St., Sez. V, n. 16/2017).*

*La stessa Cassazione ha già avuto modo, in passato, di affermare che: il principio della tutela giurisdizionale contro gli atti della amministrazione pubblica (art. 113 Cost.) ha portata generale e coinvolge, in linea di principio, tutte le amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale; le deroghe a simile principio debbono essere ancorate in norme di carattere costituzionale; si suole in proposito richiamare la categoria degli atti politici previsti dal R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 31; la dottrina è concorde nel ritenere che questi atti, emanati da organi appartenenti al Governo dello Stato, non sono inquadrabili tra gli atti materialmente amministrativi (Cass., sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075; cfr. anche Cass., sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075; Cass., 10 giugno 2004, n. 11019; Cass. SS.UU. n. 11623-2006; v. anche Consiglio St. Sez. IV, n. 1397 del 12.3.2001 e n. 217 del 29.9.1996).*

*La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è orientata in un senso estremamente rigoroso e restrittivo nella delimitazione della categoria degli “atti politici”, di cui va sottolineata la natura eccezionale e derogatoria rispetto ai fondamentali principi in materia di diritto di azione e giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost. (v. Cons. St., Sez. IV, n. 6083/2011). In tal senso ha considerato in alcune occasioni infondata la prospettazione della inimpugnabilità degli atti gravati in quanto di natura asseritamente "politica" (v. ad es. Cons. St., Sez. V, n. 6094/2009).*

*La giurisprudenza ha volta a volta delimitato la categoria dell’atto politico (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209), conferendo, al contempo, i caratteri dell’alta amministrazione agli atti ove non vengano in rilevo supremi ed unitari compiti statali, bensì interessi più puntuali e contingenti. L’ampliamento dell’area dell’alta amministrazione è volto ad estendere il numero degli atti sindacabili dal giudice e dunque a garantire la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive coinvolte. «Se, sinteticamente, gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge, non può certo riconoscersi natura di atto politico alla nomina degli assessori […] Infatti, pur nell’ambito di una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, ma autonomi, è stato ribadito che il principio della tutela giurisdizionale contro gli atti dell’Amministrazione pubblica (art. 113 Cost.) ha portata generale e coinvolge, in linea di principio, tutte le Amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale. Per cui le deroghe a simile principio debbono essere ancorate a norme di carattere costituzionale […] Non è quindi soggetto a controllo giurisdizionale solo un numero estremamente ristretto di atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico; atti che non sarebbe corretto qualificare come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del Giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri, il che certo non si verifica nel caso di specie» (Cons. St., Sez. V, n. 4502/2011).*

*Anche la Corte costituzionale (v. sentenza n. 81/2012 e, in precedenza, n. 339/2007) ha sottolineato come gli spazi della discrezionalità politica trovino i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall’ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto.*

*Al contrario, gli atti di alta amministrazione, seppure espressione di ampia discrezionalità, sono comunque soggetti, ex art. 113 Cost., al sindacato giurisdizionale. Rispetto ad essi va rimarcata la rilevanza tendenzialmente residuale dell'atto politico. (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 6083 del 2011). Per ravvisare il carattere politico di un atto, al fine di sottrarlo al sindacato del giudice, occorre che sia impossibile individuare un parametro giuridico (sia norme di legge, sia principi dell'ordinamento) sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale (Cass. SS.UU. n. 18829-2019).*

*Ciò che importa ai fini dell’impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo non è tanto la natura intrinsecamente “politica” o meno dell’atto quanto la sussistenza o meno di un vincolo giuridico posto all’esercizio del potere discrezionale. In questi termini, l’impugnabilità dell’atto – e la sua qualificazione come “atto di alta amministrazione” – è la regola, a fronte della quale, proprio in ragione della pienezza della tutela giurisdizionale assicurata dalla Costituzione, la qualificazione dell’atto politico assume una dimensione residuale ed eccezionale (sebbene non soggetta a una definitiva tipizzazione), espressione di un potere diverso da quello amministrativo, direttamente riconducibile a funzioni disciplinate dalla Costituzione.*

*Delimitata, nei termini restrittivi accennati, l’area della insindacabilità propria dell’atto politico, ne risulta la sindacabilità degli atti di alta amministrazione, di regola adottati dall’organo politico in presenza di un rapporto fiduciario, quale primo momento attuativo, anche se per linee generali, dell’indirizzo politico a livello amministrativo. A differenza dell’atto politico, esso esprime una potestas vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità (Cons. St., Sez. V, n. 209/2007).*

*8. Occorre tuttavia precisare quale possa essere lo spazio consentito al giudice nell’esercizio del sindacato di legittimità su tali atti.*

*Gli atti di alta amministrazione configurano una species del più ampio genus degli atti amministrativi e soggiacciono pertanto al relativo regime giuridico, ivi compreso il sindacato giurisdizionale, sia pure con talune peculiarità connesse alla natura spiccatamente discrezionale degli stessi. Infatti, al controllo del giudice non può essere riconosciuta la stessa ampiezza di quello esercitato in relazione ad un qualsiasi atto amministrativo, ma si appalesa meno intenso e circoscritto alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali. La stessa motivazione assume connotati di semplicità e il sindacato del giudice risulta complessivamente meno intenso ed incisivo. Attività politica e attività di alta amministrazione sono intrecciate e non sempre distinguibili, essendo entrambe connotate da un alto tasso di fiduciarietà (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 209/2007).*

*Le Sezioni Unite della Cassazione, in relazione agli atti di alta amministrazione, hanno affermato (Cass. S.U. n. 9687 del 2013) che il sindacato giurisdizionale di legittimità del Consiglio di Stato ha natura estrinseca e formale, esso si esaurisce nel controllo del vizio di eccesso di potere nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento istruttorio, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà, irragionevolezza della scelta adottata o mancanza di motivazione, e non si estende all'esame diretto e all'autonoma valutazione del materiale tendente a dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti. Pertanto, le decisioni del giudice amministrativo sarebbero viziate da eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, quando tale giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso (Cass. S.U. n. 23302 del 2011; n. 11380 del 2016; n. 26183 del 2016; n. 4395 del 2017; n. 11986 del 2017; n. 32175 del 2018, Cass. SS.UU. n. 18829-2019).*

*E’ infine di tutta evidenza che gli argomenti esposti sono del tutto riferibili anche al rimedio giustiziale, tenuto conto della sua vocazione giurisdizionale.”.*

# **6.4 Atti delle autorità amministrative indipendenti**

Quanto agli atti delle autorità amministrative indipendenti, essi sono impugnabili con il gravame straordinario, atteso il riconoscimento della natura amministrativa degli stessi.

In particolare, è stato considerato (**Cons. Stato, Comm. Spec. n. 988/1998**) come “*l'istituzione di Autorità così dette indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni Amministrazione risponde all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. In questo senso la Corte costituzionale, con una pronuncia che riveste portata generale anche se occasionata dalla istituzione, ad opera dell'art. 4 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici (sentenza 7 novembre 1995 n. 482, in questa Rassegna 1995, II, 1927) ha osservato come « le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di Amministrazione attiva o di controllo ». Ciò non di meno, nell'attuale assetto costituzionale, la funzione di garanzia esercitata dalle Autorità indipendenti è incardinata nella funzione amministrativa, non solo per il fatto che gli organi che la esprimono sono collocati al di fuori dell'ambito di cui all'art. 102 della Costituzione, ma anche perché le norme ne conformano l'attività secondo caratteri oggettivi di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'attività amministrativa.*

*La natura amministrativa dell'attività trova conferma, sul piano del diritto positivo, proprio nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che è costruita intorno ad un nucleo centrale rappresentato da una attività di qualificazione giuridica di atti e fatti rispetto alle regole materiali che governano il mercato, in tema di concorrenza e di pubblicità ingannevole, esercitata da un organo dotato di un grado di indipendenza più accentuato rispetto ad altre Autorità. Il che, a prima vista, sembra rendere più stretto l'accostamento, sotto il profilo oggettivo, con la funzione giurisdizionale. Tuttavia, l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria di sospensione cautelare e di irrogazione delle sanzioni affidati alle cure dell'Autorità (artt. 12, 14, 15, 17, 18 e 19 della L. 10 ottobre 1990 n. 287; art. 7 del D.L. vo 25 gennaio 1992 n. 74), non è collegato ad una posizione di indifferenza dell'organo decidente verso gli interessi coinvolti. Ma è finalizzato all'attribuzione a tale soggetto di un ruolo di cura dell'interesse pubblico alla regolazione dell'iniziativa economica privata in funzione della tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287); valori giuridici che vanno difesi non solo nei confronti dei privati ma anche delle imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale (art. 8 della legge n. 287).*

*Nella prospettiva delineata dal Legislatore, quindi, l'indipendenza dell'Autorità va riguardata non come separatezza dall'ordinamento generale, ovvero, in altri termini, come « l'espressione di una profonda trasformazione delle concezioni relative all'intervento dello Stato nell'economia, dettata dalla necessità che lo svolgimento di talune attività economiche sia controllato da soggetti imparziali, in posizione di equidistanza rispetto agli interessi pubblici e privati in gioco » (pagina 2, ultimo periodo, delle contro deduzioni presentate dall'Autorità in data 21 luglio 1995). Bensì, come esaltazione del carattere dell'imparzialità, cioè di uno dei valori giuridici fondamentali dell'attività amministrativa (art. 97 comma 1 della Costituzione), che prende la forma di un « organismo dello (Stato) sia pure dotato di un alto grado di indipendenza nei confronti del potere esecutivo « (Cons. Stato, VI Sez., 25 novembre 1994 n. 94). Il che vuol dire, in altri termini, un ufficio pubblico collocato fuori dai Dicasteri, ma non per questo avulso dall'indirizzo politico espresso dagli organi ordinari nelle forme previste dalla Costituzione (artt. 94 e 95 della Costituzione), secondo i raccordi procedimentali stabiliti dalla legge n. 287 del 1990. Non a caso infatti, l'esercizio da parte dell'Autorità del potere nel quale maggiormente è presente il carattere della discrezionalità amministrativa, cioè la concessione di deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 4 della legge n. 287) è stato limitato dalla necessaria adozione, in linea generale e preventiva, di criteri da parte del Consiglio dei ministri (art. 25 della legge n. 287), riconducendo per tale via la responsabilità politica delle scelte al circuito fiduciario Governo Parlamento.*

*L'ulteriore conferma del carattere amministrativo della funzione svolta dall'Autorità, avuto riguardo alle garanzie processuali, sta nel fatto che la disciplina positiva, mentre da un lato non prevede che contro gli atti di esercizio di una pretesa attività paragiurisdizionale sia ammissibile ricorso in Cassazione per violazione di legge (art. 111 Costituzione), dall'altro stabilisce con chiarezza come i ricorsi contro provvedimenti amministrativi da essa adottati rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 33 della legge n. 287) e che debbano essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, cioè ad un organo giurisdizionale di primo grado.*

*Ora, da tali premesse normative non discende affatto l'improponibilità dello strumento del ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso i provvedimenti dell'Autorità, derivante da una intrinseca incompatibilità di tale rimedio giustiziale con la struttura e la posizione istituzionale dell'Autorità stessa» (pagina 6, ultimo periodo, delle controdeduzioni presentate dall'Autorità ).*

*E' un dato acquisito, in dottrina e giurisprudenza, che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce un rimedio amministrativo di carattere generale in una certa misura anomalo, in quanto unisce ad un impianto di fondo chiaramente amministrativo un procedimento contenzioso, finalizzato alla risoluzione di una controversia concernente la legittimità dell'atto amministrativo impugnato, che presenta forti analogie con il ricorso giurisdizionale, per quanto riguarda l'interesse a ricorrere, la decorrenza del termine, il contraddittorio, l'istruzione probatoria, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e la revocazione (artt. da 8 a 15 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199).*

*Un rimedio, inoltre, alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale (art. 8 comma 2 del D.P.R. n. 1199), nel senso che l'accesso alla via straordinaria, implica la rinuncia di quella giurisdizionale. Facoltà che si risolve in una libera scelta, non solo del ricorrente, ma anche dei controinteressati e delle stesse Autorità emananti l'atto impugnato, se diverse dallo Stato, i quali possono pretendere che il ricorso, ancorché proposto come straordinario, venga deciso in sede giurisdizionale (art. 10 del D.P.R. n. 1199; Corte costituzionale 29 luglio 1982 n. 148).*

*Di recente l'Adunanza generale ha avuto modo di ribadire, dopo una approfondita ricostruzione della giurisprudenza storica del Consiglio di Stato, il carattere della generalità, quale strumento di difesa accordato al cittadino, che caratterizza il ricorso straordinario, puntualizzando come in esso « prevale il profilo di controllo dell'atto, realizzato in fase ancora interna all'Amministrazione e sostanzialmente presso di essa, in chiave di preponderante verifica di legittimità » (Cons. Stato, A.G., 29 maggio 1997 n. 72). Per cui « la differenza fra le fasi giurisdizionali di impugnazione degli atti amministrativi e il ricorso straordinario » sta essenzialmente nel fatto che « la fase apud iudicem è sicuramente estranea al momento di concepimento ed alla gestazione dell'atto e presuppone la fuoriuscita dell'atto stesso dal processo formativo, con vistosa accentuazione del profilo di reazione alla determinazione lesiva, rispetto alla funzione collaborativa che può scorgersi nella sede straordinaria, pur se realizzata in chiave contenziosa ».*

*Il fatto che il controllo di legittimità sia realizzato in una fase interna all'Amministrazione, tuttavia, non attenua le garanzie legali di indipendenza e di legalità che si ricollegano al procedimento. Assunto questo ribadito anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee che ha affermato come « il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato ». Ciò in base alla considerazione che « la consultazione del Consiglio di Stato è obbligatoria e che il suo parere, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana. Tale parere, comprensivo di motivazione e dispositivo, è parte integrante di un procedimento che è l'unico che possa consentire, in quella sede, la risoluzione del conflitto sorto tra un singolo e la Pubblica amministrazione. Una decisione difforme da tale parere può essere pronunciata solo previa deliberazione del Consiglio dei ministri e dev'essere debitamente motivata. (V Sez. 16 ottobre 1997, nelle cause riunite da C-69/96 a C-79/96). Decisione, peraltro, sulla quale sono esperibili i normali rimedi giurisdizionali.*

*La deliberazione del Consiglio dei ministri, peraltro, implicando la responsabilità politica del Governo, riconduce la determinazione al rapporto fiduciario Governo Parlamento, secondo un modello non dissimile da quello previsto dall'art. 25 della L. 10 ottobre 1990 n. 287.*

*A ciò si aggiunga che anche l'istruttoria del procedimento è sottoposta al rigoroso controllo del Consiglio di Stato, il quale, ai sensi dell'art. 13 parte prima del D.P.R. n. 1199 del 1971, se riconosce che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere alla Amministrazione riferente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre nuovi documenti.*

*D'altro canto l'ammissibilità del ricorso straordinario nei riguardi di atti emanati da Amministrazioni collocate in posizione di autonomia rispetto al Governo è un dato acquisito anche nei confronti di Enti esponenziali di ordinamenti giuridici diversi dallo Stato, per i quali la Costituzione (art. 125) circoscrive la tipologia degli strumenti di controllo (Corte cost., 25 febbraio 1975 n. 31, in questa Rassegna 1975, II, 208).*

*Per concludere, posto che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica integra e completa il sistema di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione e che il procedimento assicura alle parti garanzie di imparzialità e d'indipendenza, non si rinvengono ragioni per escludere l'ammissibilità del rimedio nei riguardi degli atti amministrativi adottati da una Autorità amministrativa indipendente, quale è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*.”.

# **7. Le controversie devolute al giudice amministrativo per le quali non è ammesso il ricorso straordinario**

In particolare, si tratta di quelle ipotesi per le quali la legge dispone una competenza inderogabile o funzionale del giudice amministrativo.

# **7.1. Le procedure di affidamento di appalti pubblici**

L’articolo 120 del codice del processo amministrativo, rubricato “*Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all’ articolo 119, comma 1, lettera a)*”, al comma 1, dispone che “*Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*”.

Secondo consolidata giurisprudenza, tale disposizione preclude la possibilità di esperire ricorso straordinario in materia di aggiudicazione di appalti (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1347/2016**).

# **7.1.1 Gli atti dell’Autorità nazionale anticorruzione**

I provvedimenti emessi dell’Autorità nazionale anticorruzione rientrano nella “esclusiva competenza” del Tribunale amministrativo regionale. In particolare, per atti dell’Autorità di vigilanza – ora ANAC – “riferiti” ad atti delle procedure di affidamento devono intendersi, in senso ampio, tutti gli atti adottati dall’Autorità che traggono occasione da atti delle procedure di affidamento o sono idonei ad incidere su tali procedure o comunque correlati ad esse (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1033/2020)**.

In particolare il parere C**ons. Stato, Sez. I, n. 810/2021** ha ritenuto inammissibile il ricorso straordinario proposto avverso un parere dell’Autorità nazionale anticorruzione in sede di precontenzioso in quanto: “*l’articolo 120 del codice del processo amministrativo, rubricato “Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all’articolo 119, comma 1, lettera a)”, al comma 1, dispone che “Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”.*

*Secondo consolidata giurisprudenza, l’articolo 120 c.p.a preclude la possibilità di esperire ricorso straordinario in materia di aggiudicazione di appalti (Cons. Stato, sez. I, parere 1033/2020; Cons. Stato, sez. I, parere 1347/2016), rimanendo assoggettati al c.d. rito appalti, ovvero al giudizio ordinario di legittimità che si svolge davanti al giudice amministrativo, gli «atti delle procedure di affidamento» relative «a pubblici lavori, servizi o forniture» (comma 1 dell’art. 120 cod. proc. amm., sopra citato).*

*In termini analoghi si esprime l’art. 119, comma 1, lett. a), cod. proc. amm., attraverso l’impiego dell’espressione «procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture».*

*Entrambe le formule normative hanno carattere generale e si riferiscono, in altri termini, a tutti gli atti che si collocano nella fase c.d. pubblicistica di selezione del contraente privato e che precedono la stipula del contratto, tra i quali sono espressamente indicati dall’articolo 120 citato anche i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi correlati.*

*In conclusione, dal quadro normativo ora delineato emerge che per fattispecie ivi indicate è prevista la sola impugnabilità avanti il giudice amministrativo mentre è esclusa l’impugnabilità a mezzo di ricorso straordinario al Capo dello Stato (cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 00458/2017 del 21 febbraio 2017).*

*Sulla base del richiamato articolo, pertanto, l’atto impugnato da parte ricorrente non può costituire oggetto di ricorso straordinario in quanto provvedimento emesso dell’Autorità nazionale anticorruzione che rientra nella “esclusiva competenza” del tribunale regionale amministrativo.*”

# **7.1.2 L’approvazione di perizia di variante**

In linea con quanto poc’anzi affermato in tema di procedure pubbliche, si ritiene che l’art. 120, comma 1, del c.p.a. sia idoneo a ricomprendere, nella sua ampia latitudine, non solo le controversie che involgono l’affidamento in senso stretto bensì anche tutte le controversie che attengono alle attività consequenziali che sono svolgimento dell’affidamento stesso quali il provvedimento di approvazione di perizia di variante di competenza dell’Amministrazione concedente. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1124/2018**).

# **7.1.3 La revisione prezzi**

Nella medesima prospettiva, è inammissibile il ricorso straordinario in materia di revisione prezzi.

Al riguardo è stato considerato che l’art. 120, comma 1 del codice del processo amministrativo stabilisce che «*Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonchè i connessi provvedimenti dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*». La controversia che ha per oggetto una revisione prezzi nell’ambito di un contratto d’appalto di servizi, ricade, quindi, nella materia “*procedure di affidamento relativi a servizi*”, in forza della finalità della previsione, che è quella di riservare alla sede giurisdizionale tutti i ricorsi nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1198/2016**).

# **7.2 Le prestazioni di trasporto scolastico ed assistenza specialistica a favore di alunni disabili**

Le prestazioni di trasporto scolastico ed assistenza specialistica a favore di alunni disabili costituiscono prestazioni di pubblico servizio non collegate a contratti individuali di utenza e, pertanto, le relative controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. (Cass., ord. S.U., 25 marzo 2009, n. 7103; Cass., ord. S.U., 28 gennaio 2020, n. 1870). (**Cons. Stato, Sez. I, n. 403/2021**).

# **7.3 L’ accesso agli atti**

In tema di accesso agli atti, già l’**Adunanza generale, con parere n. 159/94** del 2 giugno 1994, si era espressa in senso contrario alla proponibilità del ricorso straordinario nella materia dell’accesso, attesa la puntuale disciplina dell’art. 25 della legge n. 241/1990 che, con norma processuale di carattere speciale, affida la competenza in materia al giudice amministrativo. E ciò, *a fortiori*, a seguito dell’emanazione del Codice del processo amministrativo, il cui art. 116 disciplina il rito speciale per le controversie in materia di accesso ai documenti amministrativi, già devolute alla competenza esclusiva del tribunale amministrativo regionale, in virtù dell’espresso rinvio in tal senso operato dal successivo comma 5 dello stesso art. 25. (**Cons. Stato, Sez. II, n. 2310/2015).**

A tali ragioni la dottrina ha aggiunto ulteriori considerazioni: la natura della disciplina, di cui all’art. 25, l. 7 agosto 1990, n. 241, è caratterizzata da un’urgenza ed una celerità che mal si conciliano con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario; il potere di ordinare all’amministrazione un *facere*, consistente nell’esibizione degli atti, non può ritenersi consentito in sede di giudizio annullatorio; il ricorso straordinario, non essendo sottoposto nelle sue varie fasi (relazione dell’amministrazione, espressione e comunicazione del parere del Consiglio di Stato, adozione del decreto del Presidente della Repubblica) a termini perentori, è in concreto strutturalmente inidoneo a fornire il bene della vita ipotizzato dalla l. n. 241 del 1990, e cioè un accesso in un arco di tempo breve e predeterminato nel massimo. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1900/2020**).

# **7.4 La competenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa-Sezione autonoma di Bolzano**

Il D.P.R. 6 aprile 1984, n. 426 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano) stabilisce, all’articolo 7, terzo comma, che nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano non è ammesso il ricorso straordinario.

A sua volta, l’art. 3 del medesimo D.P.R. prevede in particolare, al secondo comma, che la sezione autonoma di Bolzano, oltre che nelle materie attribuite dallo statuto alla sua competenza inderogabile, decide sui ricorsi contro atti e provvedimenti emessi: 1) dagli organi della pubblica amministrazione, aventi sede nella provincia di Bolzano, con esclusione degli atti e provvedimenti la cui efficacia è limitata al territorio della provincia di Trento; 2) dagli organi della pubblica amministrazione, non aventi sede nella provincia di Bolzano, la cui efficacia è limitata al territorio della provincia medesima.

Il Consiglio di Stato (**Cons. Stato, Sez. II, n. 1324/2017)** in merito alla costituzionalità di tale disposizione, ha rilevato che “*Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione di Bolzano, con sentenza del 27 maggio 1994, n. 127, ha ritenuto, in effetti, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 7, comma 3, del d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, in riferimento agli artt. 3, 24, 87, 97 e 103 Cost., nella parte in cui dispone che nelle materie di competenza della Sezione autonoma di Bolzano non è ammessa l’esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, considerato che tale preclusione s’inquadrerebbe nelle misure attuative del principio di autonomia e tutela delle minoranze linguistiche, sancito dall’art. 6 della stessa Costituzione.*

*Tale pronuncia non è stata smentita dal Consiglio di Stato in sede consultiva in ordine a pareri emessi su ricorsi straordinari, anche se, in verità, perlopiù antecedentemente all’intervento del legislatore, che ha definitivamente sancito la possibilità di sollevare anche nella presente sede una questione di legittimità costituzionale non risultante manifestamente infondata (art. 13, primo comma, alinea, DPR 1199/71, come modificato da art. 69, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69).*

*La soluzione della norma di attuazione, condivisa dal TRGA di Bolzano, ha suscitato, invero, non poche perplessità nei commenti della dottrina più autorevole, sotto diversi aspetti.*

*Innanzitutto, perché non è sembrato che una disposizione siffatta potesse rientrare nell’ambito della sfera di operatività di una norma di attuazione dello Statuto di autonomia; in secondo luogo, perché è stata ritenuta in ogni caso determinare una rilevante discriminazione nel campo della giustizia amministrativa, a danno dei cittadini residenti nella Provincia autonoma di Bolzano.*

*Questo ancor più tenendo conto della circostanza che la Sezione autonoma di Bolzano costituisce un normale organo di giustizia, seppur ad ordinamento speciale, che non assorbe altre funzioni oltre quelle giurisdizionali, e che emette atti che sono mere pronunzie giurisdizionali, appellabili dinanzi al Consiglio di Stato al pari delle sentenze rese da tutti gli altri organi territoriali della giustizia amministrativa, senza avere nemmeno il “privilegio” di essere appellabili dinanzi ad un organo di secondo grado decentrato come avviene nella Regione Siciliana, laddove l’appello viene radicato innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa.*

*5. Il Collegio ritiene, però, che tale questione, sempre nel caso di specie, non si presti a un favorevole scrutinio circa la non manifesta infondatezza, atteso che la tutela amministrativa giustiziale in questione, di cui al ricorso straordinario, non ha copertura costituzionale e, non a caso, seppur sempre più assimilata ai rimedi giurisdizionali, ha visto recentemente interventi normativi di limitazione che ne hanno confermato la natura di rimedio alternativo per le sole questioni di competenza del giudice amministrativo ma non per tutte queste.*

*D’altro canto, laddove il legislatore ha inteso conservare il rimedio pur a fronte di istanze di autonomia e di tutela, lo ha esplicitamente previsto, ed al massimo livello della gerarchia delle fonti, come nel caso dell’articolo 23 dello Statuto della Regione Siciliana.”* (v. anche **Cons. Stato,** **Sez. I, n. 1675/2020** e **n. 1746/2020**).

# **7.5 Le operazioni elettorali**

È esclusa la proponibilità del ricorso straordinario in materia di operazioni elettorali. Il codice del processo amministrativo al titolo VI - Contenzioso sulle operazioni elettorali – dispone espressamente che “*Il giudice amministrativo ha giurisdizione in materia di operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei comuni, delle province, delle regioni e all'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia*” (articolo 126 c.p.a.) e che “*Nella materia di cui al presente Titolo non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*” (articolo 128 c.p.a.).

Inoltre, ancor prima del Codice del processo amministrativo, era principio consolidato che il ricorso in materia elettorale non potesse essere azionato con le forme del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, giacché era autonomamente regolato da un procedimento giurisdizionale speciale, caratterizzato tra l’altro da termini accelerati (**Cons. Stato, sez. I, n. 3159/2019).**

Occorre peraltro precisare che “*Ai sensi del combinato disposto degli artt. 126 e 129 del codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo ha giurisdizione in materia di operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei Comuni, delle Province, delle Regioni e dell'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, ma non anche in materia di elezioni “politiche” nazionali. L’articolo 128, comma 1, del medesimo codice, prevede che “nella materia di cui al presente Titolo non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”. Le norme richiamate delimitano con chiarezza l’ambito di estensione della giurisdizione amministrativa in materia di contenzioso elettorale nel quale non rientrano le controversie – come quella oggetto dell’odierno gravame - concernenti l’esclusione delle liste dalle elezioni politiche e, dunque, riferite al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica. Peraltro, la legge delega 18 giugno 2009, n. 69, nell’ambito del riassetto del processo amministrativo, aveva conferito al Governo il potere di introdurre “la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”, ma non è stata, sul punto, esercitata. Esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo, va rilevato che i mezzi di tutela avverso i provvedimenti oggetto dell’odierna impugnazione sono disciplinati dall’art. 23 del d.P.R. 3 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati) il quale prevede che, avverso le decisioni di eliminazione di liste o di candidati adottate dall'Ufficio centrale circoscrizionale, può essere proposto ricorso all'Ufficio centrale nazionale, istituito presso la Corte Suprema di Cassazione. È, altresì, attribuita espressamente alla Camera dei Deputati, secondo quanto disposto dall’art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957, la competenza a pronunciare il “giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all’Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente”, e ciò coerentemente con la previsione di cui all’art. 66 della Costituzione, ai sensi del quale “ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità”. Tale normativa, espressamente dedicata alle elezioni della Camera dei Deputati, si estende, in virtù del rinvio di cui all’art. 27 del D. Lgs. 20 dicembre 1995, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica) anche alle elezioni dei componenti del Senato della Repubblica (Corte Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9151). Il contenzioso pre-elettorale è, dunque, ripartito tra l’Ufficio centrale nazionale – competente per quanto concerne le controversie relative alla esclusione di liste e candidature – e le Assemblee di Camera e Senato cui è attribuito il controllo del procedimento elettorale, in virtù di una norma eccezionale di carattere derogatorio, basato su un regime di riserva parlamentare strumentale alla necessità di garantire l’assoluta indipendenza del Parlamento (Corte Costituzionale, sent. 22 ottobre 1975, n. 231), riconducibile all’autodichia. Va, altresì ricordato che nella specifica materia è intervenuta anche la Corte Costituzionale (sent. 19 ottobre 2009, n. 259) che ha dichiarato inammissibile la questioni di legittimità costituzionale degli artt. 23 e 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 nella parte in cui non prevedono l’impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall’Ufficio elettorale centrale nazionale. È stata in tal modo esclusa non soltanto la sussistenza di un vulnus giuridico di tutela in relazione alle situazioni soggettive vantate dai candidati ma anche l’esistenza di un vuoto normativo nel sistema legislativo ordinario* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1822/2018**).

# **8. Le controversie devolute al giudice ordinario**

# **8.1 Il criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo**

Il sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, consacrato negli articoli 103 e 113 della Costituzione, si fonda sulla natura delle situazioni soggettive azionate e, quindi, sul binomio diritto soggettivo - interesse legittimo.

Com’è noto, “*per la Corte di Cassazione "la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, che va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione" (Corte di Cassazione, SS.UU. civili, sentenza 31 ottobre 2019, n. 28211).*

*Sotto altro aspetto, giova rilevare che l’art. 7, comma 1, c.p.a. ha positivizzato i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare dalle sentenze 204/2004 e 191/2006), ponendo come fulcro del riparto di giurisdizione l’esistenza di un potere pubblicistico riconosciuto dalla legge in capo alla P.A. La norma precisa infatti che “Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”.*

*Le controversie devolute al giudice amministrativo devono, dunque, inerire all’esercizio o al mancato esercizio di un potere amministrativo e, conseguentemente, devono avere ad oggetto provvedimenti, atti, accordi o comportamenti, riconducibili a detto potere anche in via mediata.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 944/2021**).

A tal proposito, ai fini della verifica del *petitum* sostanziale e del conseguente riparto di giurisdizione, assume carattere dirimente la distinzione tra potere amministrativo vincolato e potere amministrativo discrezionale, in quanto solo in quest’ultimo caso l’amministrazione si trova effettivamente a “dialogare” con un interesse legittimo, dovendo e potendo l’autorità amministrativa compiere un giudizio comparativo ed un bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti nella singola vicenda di esercizio del potere.

Al contrario, a fronte di un potere amministrativo in tutto e per tutto vincolato dalla norma primaria (anche in punto di discrezionalità cd. “tecnica”), e, in special modo, qualora il vincolo sia stato posto dal legislatore ai fini di una maggiore garanzia del privato (come avviene appunto in tutti i procedimenti *lato sensu* sanzionatori), l’amministrazione – cui è demandata solo la verifica della sussistenza dei presupposti di fatto cui la legge ricollega determinate conseguenze – trova dinanzi a sé un diritto soggettivo, con la conseguenza che, al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la controversia ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, in conformità a quanto dettato dalla Costituzione (**Cons. Stato, Sez. I, n. 2178/2020**).

# **8.1.2 In materia di concessione di beni pubblici**

In ordine ai beni demaniali, con parere della **Sez. I, n. 395/2018** è stato ritenuto che *“ai sensi dell’art 133 c.p.a., comma 1, lett b), sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche”. Appartiene pertanto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione dei provvedimenti della P.A. relativi ai rapporti di concessione di beni pubblici.*

*Sul punto è più volte intervenuta la Corte di Cassazione, statuendo che “costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità (ex plurimis: Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 10157; Cass., Sez. Un., 7 maggio 2003, n. 6898; Cass., Sez. Un., 16 gennaio 1991, n. 377) che solo l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, quando non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi.*

*Nella figura della concessione-contratto, infatti, la Pubblica Amministrazione è titolare di una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore, in cui la concessione è diretta a produrre i suoi effetti.*

*Qualora, invece, si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato o dei Comuni, il cui godimento sia stato concesso a terzi dietro corrispettivo, al di là del nomen iuris che le parti contraenti abbiano dato al rapporto, viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione e le controversie da esso insorgenti sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario. (…) devesi, infatti, ribadire che, onde un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili in quanto destinati ad un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 826 c.c., comma 3, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo ed oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio) e dell'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio (Cass., Sez. Un., 27 novembre 2002, n. 16831; Cass., Sez. Un., 15 luglio 1999, n. 391), per cui non è sufficiente la semplice previsione dello strumento urbanistico circa la destinazione di un'area alla realizzazione di una finalità di interesse pubblico” (Cassazione civile, sez. un., 28-06-2006, n. 14865; negli stessi termini anche Cassazione civile, sez. un., 25-3-2016, n. 6019)”.*

Nel medesimo senso, la giurisprudenza (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1234/2020**) ha precisato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo relativamente alla domanda di annullamento dell’ordine di rilascio dell’immobile ex art. 823 c.c..

“*Infatti, l’art. 823 c.c. prevede che: i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (primo comma); spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice (secondo comma).*

*Ebbene, come ha avuto modo di precisare anche di recente questo Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. V, n. 596/2019), la facoltà dell’amministrazione di “procedere in via amministrativa”, vale a dire con modalità autoritative e potestative, tradizionalmente evocate dalla figura della c.d. «autotutela esecutiva», è riconosciuta dall’art. 823 per i beni demaniali, ma è estensibile ai beni patrimoniali indisponibili propter tenorem rationis. “Di fatto, per i beni patrimoniali disponibili (per i quali, a diverso fine, l’affidamento a titolo oneroso a soggetti privati assume i connotati privatistici della locazione e non quelli pubblicistici della concessione), gli unici strumenti di tutela sono rappresentati dai “mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso” previsti dal codice civile (che, per i beni pubblici propriamente detti, restano mere alternative allo strumentario autoritativo pubblicistico).*

*Ne discende pianamente, in punto di riparto di giurisdizione, che la natura del bene assume rilevanza dirimente, posto che: a) nel caso dei beni demaniali e indisponibili, l’amministrazione titolare gode di poteri amministrativi, a fronte dei quali la situazione soggettiva dei privati assume i contorni dell’interesse legittimo, con conseguente rimessione alla cognizione del giudice amministrativo; b) nel caso dei beni disponibili, i rapporti tra le parti, analoghi a quelli interprivati, prefigurano la mera esistenza di diritti soggettivi in conflitto, come tali rimessi alla giurisdizione ordinaria (cfr., ex permultis, Cass., sez. un., 3 dicembre 2010, n. 24563; ma si tratta di orientamento consolidato)” (Cons. St., Sez. V, n. 596/2019). Nello stesso senso si sono espressi C.G.A.R.S., Sez. giurisd., sent. n. 674/2019; T.A.R. Puglia, Lecce, n. 51/2020.*

*Né può richiamarsi, nel caso di specie, l’orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione che riconosce la giurisdizione del Giudice ordinario nel caso in cui l’attore contesti l’ordinanza di sgombero affermando la sua proprietà privata del bene, perché nella fattispecie in esame non è in discussione la proprietà del bene oggetto di giudizio, incontestatamente appartenente allo Stato, ma è controversa solo la natura - quale bene patrimoniale disponibile o indisponibile - del bene pubblico (situazione nella quale la controversia resta attribuita alla giurisdizione amministrativa: in tal senso Cass., S.U., ord. 7 maggio 2014, n. 9827; nonché Cass., S.U., n. 8364 del 2013)”.*

Allorché la controversia concerne la debenza e la misura di canoni di concessioni su beni pubblici – quali ad esempio una pertinenza idraulica extracontrattuale - e tenuto conto che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessione di beni pubblici non si estende alle controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi…” (art. 133, comma 1°, lett. b, c.p.a.), si ritiene che dell'atto impugnato debba conoscere non già il giudice amministrativo, bensì quello ordinario. (**Cons. Stato, sez. I, n. 1385/2021**).

# **8.1.2.1 In materia di rideterminazione del canone demaniale per le concessioni marittime**

In materia di canone riguardante le concessioni demaniali **Cons. Stato, Sez. I, n. 1883/2019** ha ritenuto che “*Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che: “…, in materia di concessioni demaniali, le controversie concernenti ‘indennità, canoni ed altri corrispettivi’ riservate alla giurisdizione dell'A.G.O. sono solo quelle a contenuto meramente patrimoniale, nelle quali cioè non assume rilievo un potere di intervento della pubblica amministrazione ‘a tutela di interessi generali’, mentre resta attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo la lite che coinvolga l'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, venendo in rilievo provvedimenti autoritativi di questa e dei quali si chieda in via principale la valutazione al giudice adito per la disapplicazione o l'annullamento (Cass. Sez. Un., ord. 17 giugno 2010, n. 14614) ovvero investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del dovuto e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali, sia sull'an che sul quantum (così, tra molte: Cass. Sez. Un., 24 giugno 2011, n. 13903; Cass. Sez. Un., 12 ottobre 2011, n. 20939; Cass. Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24902; Cass. Sez. Un., 19 giugno 2014, n. 13940)” (Cass., S.U., ordinanza n. 11382/2016).*

*Tale orientamento è stato ribadito e condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che: “… sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo per il contenzioso relativo ai provvedimenti di rideterminazione del canone demaniale per le concessioni marittime, in applicazione dell’art. 1, comma 251, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (ritenuto costituzionalmente legittimo da Corte Cost. 22 ottobre 2010, n. 302), qualora non si tratti di mera quantificazione del canone, ma di integrale revisione previa ricognizione tecnico-discrezionale del carattere di pertinenze demaniali marittime delle opere, in precedenza realizzate dal concessionario, nonché in considerazione dell’inamovibilità, o meno, delle stesse (Cons St., Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 787; Cons. St, Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348). La rideterminazione del canone, a seguito dell’applicazione della nuova normativa, qualora la controversia investa l’esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull’an che sul quantum), configura una fattispecie rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, in conformità ai principi in precedenza richiamati, mentre, diversamente, rientra nell’ambito di giurisdizione del giudice ordinario” (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2375/2011).!”*

# **8.1.3 In materia di strade e autostrade**

Quanto, invece, ai diritti di uso pubblico, **Cons. Stato, Sez. I, n. 2193/2020** ha precisato che la controversia sulla proprietà, pubblica o privata, di una strada o riguardante l'esistenza di diritti di uso pubblico su una strada privata, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché investe l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione di diritti soggettivi dei privati o della pubblica amministrazione.

Di contro, sussiste giurisdizione amministrativa quando l'esistenza della servitù pubblica rileva solo *incidenter tantum* ai fini della valutazione della legittimità degli atti impugnati. Infatti, la questione circa il carattere privato o pubblico di una strada può essere conosciuta in via incidentale e, quindi, con efficacia limitata al giudizio, dal giudice amministrativo allorquando rilevi per decidere della legittimità di un provvedimento che, in senso ampio, imponga una certa regolamentazione dell'uso della strada stessa.

# **8.1.4 In materia di violazione al codice della strada**

In materia di violazione al codice della strada, la normativa di riferimento sancisce la giurisdizione del giudice ordinario.

Al riguardo **Cons. Stato,** **Sez. I, n. n. 868/2018** ha ritenuto: “*Avverso il verbale di contestazione della violazione delle norme del codice della strada è consentito, ai sensi dell’art 203 del codice della strada, come peraltro chiaramente indicato nello stesso verbale impugnato, il ricorso, da parte del trasgressore o degli altri soggetti indicati nell'art. 196, nel termine di sessanta giorni dalla contestazione o dalla notificazione, qualora non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta nei casi in cui è consentito, al Prefetto del luogo della commessa violazione, da presentarsi all'ufficio o comando cui appartiene l'organo accertatore ovvero da inviarsi agli stessi con raccomandata con ricevuta di ritorno.*

*Il Prefetto, se ritiene fondato l'accertamento adotta, entro centoventi giorni, ordinanza motivata con la quale ingiunge il pagamento di una somma determinata, mentre ove non ritenga fondato l'accertamento, nello stesso termine, emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti.*

*Contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, gli interessati possono proporre opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, il Giudice di pace, ai sensi dell’art 6 del d.lgs. n. 150/2011.*

*Ai sensi dell’art 204-bis del codice della strada, alternativamente alla proposizione del ricorso al Prefetto, il trasgressore o gli altri soggetti indicati all'art. 196, qualora non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta nei casi in cui è consentito, possono proporre opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria. L'opposizione è regolata dall'art 7 del d.lgs 150/2011, a mente del quale il ricorso deve essere proposto, con rito del lavoro, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla data di contestazione della violazione o di notificazione del verbale di accertamento davanti al Giudice di pace del luogo in cui è stata commessa la violazione. Il ricorso è altresì inammissibile se è stato previamente presentato ricorso al Prefetto.*

*Per giurisprudenza univoca “il codice della strada ha previsto in materia di sanzioni pecuniarie, sanzioni alle prime accessorie nonché avverso le misure cautelari (artt. 210 e segg. e art. 203 e segg. del codice della strada) la giurisdizione del giudice ordinario. Tale giurisdizione era da considerarsi esclusiva del giudice ordinario indipendentemente dalla norma di cui all’art. 7, comma 8, c.p.a., che ha limitato l’ammissibilità del ricorso straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.*

# **8.1.5 In materia di immigrazione**

Il d.lgs 286/98 all’art 13, comma 8, stabilisce che “*avverso il decreto di espulsione può essere presentato ricorso all’autorità giudiziaria ordinaria. Le controversie di cui al presente comma sono disciplinate dall’art. 18 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*”. Rientra pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario, in particolare al Giudice di pace, la cognizione in merito alle espulsioni in via amministrativa.

Contro il decreto di espulsione del Prefetto, dunque, può essere presentato unicamente ricorso, entro sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione, al Giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione […]. Stante la giurisdizione del giudice ordinario, ne consegue che, ai sensi dell’articolo 7 del Codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, non è ammissibile il ricorso straordinario, previsto unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (**Cons. Stato, Sez. I, n. 405/2018**).

Quanto al riconoscimento dello *status* di rifugiato, **Cons. Stato, sez. I, n. 250/2019** ha ritenuto che “*secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione (Corte Cassazione, Sez. U., 19 maggio 2009, n. 11535; idem, 28 febbraio 2017, n. 5059) “sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione del provvedimento del Questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari richiesto ai sensi dell’art. 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, all'esito del rigetto, da parte della Commissione territoriale competente, della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato in quanto, nel quadro delineato dall’art. 32 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE (…), al questore non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari”.*

*Il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario è coerente con il rilievo che la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo da annoverare tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore (Corte Cassazione, Sez. U., 9 settembre 2009, n. 19393; idem, 16 settembre 2010, n. 19577).*

*Come ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, i provvedimenti di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale ai sensi del Regolamento UE 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 e, in particolare, di individuazione della competenza territoriale di altro Stato ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, adottati in applicazione delle "clausole discrezionali" ai fini dell'adempimento degli "obblighi dello Stato membro competente", di cui agli artt. 17 e 18 del citato Reg. (CE) 26 giugno 2013, n. 604/2013, non possono considerarsi incidenti su mere posizioni di interesse legittimo, in quanto la procedura di protezione internazionale, in ogni sua fase, ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente la protezione invocata, per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa attribuita al singolo Stato membro che riceva una domanda di protezione internazionale, con la conseguenza che la controversia attinente qualsivoglia fase della procedura stessa, ricade comunque nella giurisdizione del giudice ordinario (Consiglio di Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738);*

*Da ultimo, l’art. 3, comma 1, lett. c) del d. l. 17 febbraio 2017, n. 13 (come modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 1), D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132) prevede ora espressamente che rientrano nella competenza per materia delle sezioni specializzate “le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, anche relative al mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, comma 3, del medesimo decreto legislativo, per i procedimenti per la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottati a norma dell'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e dell'articolo 10-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come introdotto dal presente decreto, nonché dell'articolo 28 del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, nonché per la convalida dei provvedimenti di cui all'articolo 14, comma 6, del predetto decreto legislativo n. 142 del 2015”.”*

# **8.1.6 In materia di compensi arbitrali**

Secondo **Cons. Stato, sez. I, n. 905/2020**: “*il Giudice della giurisdizione (Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2008, n. 17930) ha chiarito la spettanza alla cognizione del G.O. delle controversie concernenti la liquidazione del compenso agli arbitri, da parte della Camera arbitrale costituita presso l’ANAC (già AVCP), nell’ambito di arbitrati “amministrati” previsti dal codice dei contratti pubblici. A giudizio della Cassazione anche l’arbitrato “amministrato” rinviene il suo fondamento nell'autonomia privata, con la conseguenza “che il rapporto che intercorre tra arbitri e parti del giudizio arbitrale nell'arbitrato amministrato in materia di lavori pubblici non ha caratteri diversi dal rapporto che intercorre tra arbitri e parti nell'arbitrato disciplinato dal codice di rito e che valgono, quindi, per il primo gli stessi principi affermati da questa Suprema Corte con riferimento al secondo”. A giudizio della Cassazione, dunque, la “macchinosa procedura di liquidazione” prevista dalla legge per gli arbitrati amministrati, che passa attraverso un atto della Camera arbitrale, “riguardando la misura del compenso, non porta ad escludere che lo stesso costituisca l'oggetto di un diritto di credito”. L’atto della Camera arbitrale di liquidazione del compenso spettante agli arbitri non costituisce, inoltre, aggiunge la Cassazione, espressione di discrezionalità amministrativa, “ma il risultato di una valutazione effettuata sulla base di criteri prestabiliti e vincolanti, senza lasciare spazio ad ulteriori criteri diversi da quelli individuati dal più volte citato decreto interministeriale n. 398 del 2000”, con la conseguenza che “la liquidazione del compenso agli arbitri, anche se effettuata da un soggetto della pubblica amministrazione, non è configurabile quale provvedimento autoritativo, emesso nell'esercizio di un potere discrezionale, di fronte al quale sia ravvisabile una posizione di interesse legittimo”. La determinazione della Camera arbitrale si pone – secondo la Cassazione - sullo stesso piano dell'atto determinativo del terzo (di cui all'art. 1349 c.c., comma 1), poiché la determinazione del compenso serve a stabilire il contenuto del diritto di credito che gli arbitri vantano nei confronti delle parti dopo avere eseguito la loro prestazione professionale, contenuto che non è determinato, ma determinabile.”*

# **8.1.7 In materia di rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A.**

In materia di conferimento di incarichi dirigenziali è intervenuto recentemente il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 669/2021** secondo cui: *“In generale, nell’ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. occorre distinguere tra rapporti di lavoro che sono stati privatizzati (categoria generale) e rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico. Per i rapporti di lavoro privatizzati la giurisdizione spetta al giudice ordinario, ai sensi dell’articolo 63, comma 1, d.lgs. 165/01 (Testo unico pubblico impiego), mentre per i rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell’articolo 63, comma 4, T.U.P.I. e dell’articolo 133, comma 1, lett. i), c.p.a.*

*Nei rapporti di lavoro privatizzati, dunque, ai sensi dell’articolo 63, comma 1, T.U.P.I. la giurisdizione è del giudice del lavoro per tutte le controversie, ivi incluse le controversie che riguardano l’assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, la responsabilità dirigenziale nonché le indennità di fine rapporto. La stessa disposizione chiarisce poi che, quando vengono in considerazione atti amministrativi presupposti, il giudice ordinario li disapplica se sono illegittimi e stabilisce inoltre che l’impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dell’atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. Inoltre, ai sensi del successivo comma 2, il giudice ordinario adotta nei confronti della P.A. tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi o di condanna.*

*Prevalente in giurisprudenza è la tesi secondo la quale non si tratta di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, bensì di una ipotesi di giurisdizione ordinaria su posizioni di diritto soggettivo (cfr. ad esempio Cass. S.U. n. 21677/2013).*

*Il giudice ordinario, in questo caso, può conoscere in via principale gli atti privatistici di gestione o di micro-organizzazione mentre gli atti di macro-organizzazione andranno impugnati dinanzi al giudice amministrativo.*

*La Corte di Cassazione ha di recente affermato che “in tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la p.a., le quali possono essere anche interne, purché configurino progressioni verticali novative e non meramente economiche oppure comportanti, in base alla contrattazione collettiva applicabile, il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento” (Cassazione civile, sez. un., 13 marzo 2020, n. 7218).*

*6.2. Tra le controversie riservate alla giurisdizione ordinaria sono espressamente menzionate quelle relative al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali, di cui all’articolo 19 T.U.P.I., che hanno natura privatistica e sono quindi direttamente conosciuti dal giudice ordinario, conferendo al soggetto una posizione qualificabile in termini di diritto soggettivo.*

*La giurisprudenza è unanime nel considerare che il conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se preceduto da una fase selettiva, come ad esempio l’interpello, riveste ugualmente il carattere di determinazione negoziali assunta dall'Amministrazione con i poteri e le capacità del datore di lavoro privato, il che comporta, come si desume anche dall’articolo 19, d.lgs. 165/2001, il rispetto da parte delle P.A. dei criteri generali di correttezza e buona fede (articoli 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'articolo 97 Cost. (da ultimo, Cass. SSUU 7218/2020).*

*Le selezioni per il conferimento di incarichi dirigenziali – da non confondersi con i concorsi pubblici per posti di livello dirigenziale – non rientrano dunque tra le “procedure concorsuali” di cui al quarto comma dell’articolo 63 T.U.P.I.*

*A tale locuzione la giurisprudenza, infatti, ha attribuito un significato restrittivo, riferito cioè alle sole procedure caratterizzate dall'emanazione di un bando, da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito (per tutte Cons. St., a.p., 12 luglio 2011, n.11).*

*Le selezioni per il conferimento di incarichi dirigenziali, invece, non presentano i suindicati elementi caratteristici. In tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali, infatti, l'Amministrazione pubblica non esercita potestà pubblicistiche in posizione di supremazia speciale ma, al contrario, spende poteri datoriali di gestione paritetica del rapporto di lavoro, rientranti nella giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria (così Consiglio di Stato, sez. IV, 25 ottobre 2017, n. 4910 e più di recente C.G.A., sentenza n. 171/2020: “la giurisprudenza è concorde nell'affermare che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie per il conferimento di incarichi di natura direttiva "avendo l'art. 63 del d.lgs. 165/2011, espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni", dovendosi considerare tali atti "come mere determinazioni negoziali e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro").*

*Anche per la Cassazione civile (sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040) va devoluta alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la cognizione sull'impugnazione di una procedura d'interpello per il conferimento nazionale di incarichi dirigenziali che, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, abbia natura sostanzialmente non concorsuale; il principio di concentrazione delle tutele non consente, tuttavia, di sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo l'impugnazione dell'atto di macro organizzazione, presupposto della procedura selettiva, con cui, contestando una scelta organizzativa conseguente all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, si lamenti la lesione di una posizione di interesse legittimo.”*

Nella medesima prospettiva, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario sia le controversie aventi ad oggetto il diritto alla stabilizzazione, che quelle aventi ad oggetto la mobilità esterna, destinate a dipendenti già in servizio presso la pubblica amministrazione. Ciò in quanto la mobilità esterna presenta i connotati tipici della cessione del contratto di lavoro nell’ambito di rapporti già instaurati e non già la costituzione di un nuovo rapporto (**Cons. Stato, Sez. I, n. 147/2021**).

Di contro, con specifico riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo, *“le procedure concorsuali per l'assunzione, riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 d.lg n. 165/2001 sono quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro, involgenti l'esercizio del relativo potere pubblico, dovendo il termine assunzione intendersi estensivamente, comprese le procedure riguardanti soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni, ma solo ove dirette a realizzare la novazione del rapporto con inquadramento qualitativamente diverso dal precedente” (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 8357/2020; in termini, n. 5006/2019).*

*Ed ancora, è irrilevante la circostanza che ai “fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la progressione verticale caratterizzata dal passaggio di area sia stata qualificata in termini di procedura concorsuale finalizzata all’assunzione, con conseguente riconoscimento della giurisdizione amministrativa sugli atti della relativa procedura.*

*Il passaggio di area determina, infatti, una novazione del rapporto di lavoro e, quindi, secondo l’insegnamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione, una nuova ‘assunzione’ (…) I principi appena richiamati (…) valgono a riconoscere natura pubblicistica ai concorsi interni finalizzati al passaggio di area (radicando sugli stessi la giurisdizione amministrativa)” (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1275/2018).*

*E ciò in quanto deve in tali casi ritenersi sussistente “il presupposto indefettibile per radicare, ex art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, la giurisdizione del Giudice Amministrativo sotto il duplice profilo che: I) sussiste la giurisdizione di questo giudice esclusivamente per le controversie aventi ad oggetto procedure di concorso o selettive finalizzate alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, ovvero dirette a permettere l’accesso dei dipendenti ad aree o categorie superiori anche senza la presenza di candidati esterni; II) la nozione di procedura concorsuale comprende gli atti e le operazioni (espressive di esercizio della funzione pubblica) compresi fra la scelta di procedere alla selezione e la sua indizione e la approvazione della graduatoria (cfr. nel quadro di un indirizzo ormai ampiamente consolidato, Cass. civ., sez. un., 1 giugno 2017, n. 13851; sez. un., 27 marzo 2017, n. 7757; sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242; Cons. Stato, Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11)” (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4958/2017).”.* (**Cons. Stato, sez. I, n. 193/2021**).

In ordine ai profili temporali dell’impiego pubblico privatizzato, *“Per indirizzo giurisprudenziale consolidato (cfr. Cass. S.U., 12 marzo 2004, n. 5176; Id., 15 maggio 2003 n. 7509; Id., 15 novembre 2002 n. 15161; Id., 10 ottobre 2002 n. 14835; Id., 3 ottobre 2002 n. 14216), alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 45, comma 17, del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ora sostituito dall'art. 69, comma 7, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, deve ritenersi che nel trasferire al giudice ordinario le controversie del pubblico impiego privatizzato - con il fare menzione "di questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998" – sia stato posto un discrimine temporale fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa con riferimento non ad elementi quali la data del compimento, da parte dell'amministrazione, dell'atto di gestione del rapporto che abbia determinato l'insorgere della questione litigiosa, o l'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto (o, ancora, il momento di insorgenza della contestazione o della instaurazione della controversia), bensì, di contro, l'accento sul dato storico costituito dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze - così come posti a base della pretesa avanzata - in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia.*

*Pertanto, secondo le predette coordinate giurisprudenziali, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia incardinata dal dipendente pubblico dopo il 30 giugno 1998 per contestare atti emanati dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro dopo tale data, se la controversia riguarda un rapporto di pubblico impiego cessato prima della medesima data.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 388/2021**).

# **8.1.7.1 In materia di mancata stipula del contratto per mancanza dei requisiti**

Ancora in tema di pubblico impiego, è stato precisato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in caso di ricorso avverso la mancata assunzione per difetto di uno dei requisiti per la stipula del contratto e non già di controversia inerente la scelta dell’amministrazione circa l’esercizio del potere discrezionale di scorrimento della graduatoria (**Cons. Stato, Sez. I, n. 2319/2018**).

# **8.1.8 In materia di rapporto tra i medici convenzionati esterni**

Secondo **Cons. Stato, sez. I, n. 839/2019** “*il rapporto fra i medici cosiddetti convenzionati esterni e le regioni o le unità sanitarie locali, nella disciplina fissata dalla l. 23 dicembre 1978 n. 833, esula dall'ambito del pubblico impiego, difettando il presupposto della subordinazione, e configura un rapporto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che le controversie ad esso inerenti spettano alla cognizione del Giudice ordinario, la cui giurisdizione non resta esclusa, in favore di quella di legittimità del Giudice amministrativo, per il fatto che la domanda del professionista denunci, quale mezzo al fine della tutela dei diritti scaturenti dal suddetto rapporto, l'illegittimità di atti e provvedimenti adottati dall'Amministrazione, tenuto conto dell'inidoneità di tali atti e provvedimenti a degradare le posizioni di diritto soggettivo costituite con il menzionato rapporto privatistico e della conseguente sindacabilità dei medesimi da parte del Giudice ordinario, sia pure al limitato fine della loro eventuale disapplicazione. In altre parole la natura privatistica dei rapporti di lavoro parasubordinati intercorrenti tra le A.S.L. ed i medici convenzionati esterni comporta la assoggettabilità alla giurisdizione ordinaria delle relative controversie, anche se attinenti alla possibilità di trasformazione di un rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato (Tar Sardegna, sez. I, 28 dicembre 2011, n. 1276, che richiama Cass., ss.uu.., 28 agosto 1998, n. 8542 e 7 luglio 2009, n. 15847).*

*3.2. È invece tuttora in parte controverso se possa configurarsi la cognizione del G.A. allorquando oggetto del contendere sia la formazione della graduatoria dei medici convenzionati e la presupposta valutazione dei titoli, se ed in quanto implicante l’esercizio di un potere discrezionale di valutazione a fronte del quale sarebbero configurabili posizioni di interesse legittimo [in senso affermativo si è espresso questo Consiglio di Stato in sede consultiva, sez. II, parere n. 03421/2014 del 4 novembre 2014: “Relativamente al profilo di inammissibilità per difetto di giurisdizione, deve rilevarsi . . . che la contestazione non riguarda le vicende di un rapporto libero-professionale già costituito con l’A.S.L., nel qual caso la controversia sarebbe stata attribuita all’Autorità giudiziaria ordinaria, ma la delibera n. 211 del 10.11.2011, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Campania n. 74 del 05.12.2011, con la quale l’A.S.L. di Caserta ha approvato le graduatorie definitive relative ai profili di Psicologo e Psicoterapeuta, per l’anno 2011, e, quindi, concernente il procedimento amministrativo finalizzato all’instaurazione del rapporto di lavoro autonomo. Sul punto, difatti, la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che “spettano al Giudice Ordinario le controversie insorte quando il rapporto convenzionale de quo è già instaurato tra il Servizio sanitario nazionale e il professionista convenzionato, mentre spettano al giudice amministrativo le controversie relative alla fase procedimentale di instaurazione del detto rapporto (cfr.: Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisdiz., 21 settembre 2006, n. 517”); in senso affermativo anche Tar Molise, 24 aprile 2018, n. 242, che richiama Cass. civ., ss.uu., 18 febbraio 2004, n. 3231 e Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2015, n. 611; Tar Abruzzo, Ancona, sez. I, 20 agosto 2015, n. 624].*

*La tesi negativa della giurisdizione amministrativa (Tar Calabria, Reggio Calabria, 5 maggio 2017, n. 429; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 13 gennaio 2017, n. 24; Tar Campania, Napoli, sez. V, 29 giugno 2011, n. 3465; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1685) fa leva sul rilievo per cui la procedura di conferimento di incarichi ambulatoriali prevista da un accordo collettivo nazionale, risolvendosi nell’individuazione degli aventi diritto secondo un ordine di priorità determinato, non costituisce il frutto di una vera e propria scelta comparativa “di carattere concorsuale”, in quanto non caratterizzata dallo svolgimento di prove o selezioni sulla base di una lex specialis, da valutazioni tecniche e dalla compilazione di un’autentica graduatoria finale; nel caso di assegnazione dei turni vacanti di specialistica ambulatoriale, ci si trova di fronte ad un’attività vincolata della P.A., in quanto le ore vacanti sono assegnate in base ad un elenco stilato secondo i criteri di priorità previsti dall’art. 23 dell’A.C.N. del 23 marzo 2005, integrato da quello del 29 luglio 2009: la selezione dei candidati ai quali assegnare i turni vacanti di specialistica ambulatoriale avviene unicamente in base alla valutazione dei titoli alla luce dei rigorosi criteri di priorità dettagliatamente predeterminati e descritti dall’A.C.N., senza che residui l’esercizio di alcun potere discrezionale e/o autoritativo da parte della P.A., chiamata ad una mera verifica del possesso o meno delle capacità professionali richieste sulla scorta della documentazione prodotta dagli aspiranti al turno.*

*Né può condurre a diverse conclusioni, ha osservato questa giurisprudenza, l’esistenza di una graduatoria, nella quale sono inseriti gli aspiranti al turno e la cui formazione è disciplinata dall’articolo 21 dell’Accordo Collettivo con richiamo ai titoli – ad esempio, voto di laurea, voto di specializzazione, numero di ore di sostituzione effettuate, ecc. - e ai relativi punteggi previsti dall’allegato A, parte seconda, dell’Accordo stesso. La predisposizione di tale “graduatoria periodica” (inserimento degli idonei in un elenco annuale), infatti, avviene sulla base di titoli accademici e di studio o di servizio prestabiliti, con riferimento ai rispettivi punteggi fissi predeterminati, senza che residuino in capo alla P.A. poteri autoritativi e margini di discrezionalità, valutativa o tecnica (l’Accordo non fa menzione di procedure valutative): ad essa, pertanto, non corrispondono posizioni di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo dei soggetti aspiranti. Si osserva, in ogni caso, che la residuale giurisdizione del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego privatizzato non riguarda la generalità delle procedure concorsuali, ma solo quelle finalizzate all’ “assunzione” dei dipendenti delle P.A.”.*

# **8.1.9 In materia di contributi e sovvenzioni**

Ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di concessione e revoca di contributi, *ex multis,* **Cons. Stato, sez. I, n. 337/2021** ha ritenuto che in materia “*possono richiamarsi i principi espressi dalla decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 29 gennaio 2014, n. 6: " - sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione (cfr. Cass., sez. un., 7 gennaio 2013, n. 150);*

*- qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass., sez. un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776, cit.);*

*- viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass., sez. un., 24 gennaio 2013, n. 1710, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2013, n. 17, cit.)".*

*Di tali principi è stata fatta costante applicazione in tutte le pronunce che sono seguite (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2592; sez. III, 9 agosto 2017, n. 3975; sez. V, 11 luglio 2016, n. 3051; sez. V, 7 giugno 2016, n. 2436; sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 835; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 dicembre 2015, n. 741; Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2014, n. 15941; Sez. Un., 17 febbraio 2016, n. 3057).*

*In pratica, costituisce ormai ius receptum la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario quando la controversia afferisce alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e riguarda l’inadempimento degli obblighi cui è subordinato il provvedimento di attribuzione del contributo o delle condizioni imposte in sede di erogazione del contributo (cfr. Cass. SS.UU. ord. 17 febbraio 2016 n. 3057).*

*Occorre ribadire che solo quando il provvedimento impugnato è espressione del potere autoritativo della P.A. e, dunque, costituisce un atto di autotutela della pubblica amministrazione sia per vizi di legittimità che per contrasto originario o sopravvenuto con l’interesse pubblico, sussiste la giurisdizione amministrativa (v. Cons. St., Sez. III, n. 395/2019).”.*

# **8.1.9.1 In materia di contributi a seguito del verificarsi di eventi sismici**

“*Con riguardo ai benefici accordati ai privati dopo il verificarsi di eventi sismici, la controversia promossa dal privato per il riconoscimento e la quantificazione dei contributi, al fine della ricostruzione o riparazione di immobili colpiti da eventi sismici spetta alla cognizione del giudice ordinario, vertendosi in tema di erogazioni in cui l'attività dell'amministrazione è rigorosamente vincolata dai criteri predisposti dalla legge, a tutela delle posizioni dei singoli danneggiati, le quali pertanto hanno consistenza di diritti soggettivi, e trattandosi di materia non ricompresa nella urbanistica ed edilizia, in quanto estranea all'uso ed assetto del territorio, donde la non configurabilità di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 80 del 1998, e della L. n. 205 del 2000, ora art. 133, comma 1, lettera f), c.p.a.*.” (**Cons. Stato, sez. I, n. 1081/2021**).

# **8.1.10 In materia di edilizia popolare**

Secondo **Cons. Stato, sez. I, n. 2001/2020** “*in tema di edilizia residenziale pubblica, la controversia introdotta da chi si opponga ad un provvedimento dell'amministrazione comunale di rilascio di immobile occupato senza titolo e di assegnazione in locazione a terzi rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, essendo contestato il diritto di agire esecutivamente e configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale della P.A., la cui concreta applicazione richieda, di volta in volta, una valutazione del pubblico interesse; ciò anche qualora l'opponente deduca il possesso dei requisiti per l'assegnazione dell'alloggio al di fuori di un procedimento amministrativo di assegnazione, ovvero al solo fine di paralizzare la pretesa di rilascio. In linea con questa giurisprudenza devono essere considerate anche l'ordinanza 20 aprile 2018, n. 9918, in tema di impugnazione di un provvedimento di rilascio, e l'ordinanza 12 luglio 2019, n. 18828, in relazione ad una domanda di subentro nel contratto; nonché l'ordinanza 22 aprile 2013, n. 9694, che ha attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la legittimità del rifiuto opposto dalla pubblica amministrazione all'istanza di assegnazione, a titolo di regolarizzazione, di un alloggio già occupato dal richiedente. Quest'orientamento, al quale la pronuncia odierna intende dare ulteriore continuità, trova il proprio fondamento nel fatto che anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 133 c.p.a., il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si collega alla natura della posizione giuridica che in concreto viene fatta valere; per cui, mentre fino al momento dell'assegnazione dell'alloggio l'operato della pubblica amministrazione costituisce esercizio di un potere pubblico, nella fase successiva all'assegnazione il rapporto tra l'amministrazione ed il privato assume connotati tipicamente privatistici, posto che le due parti si trovano su di un piano di parità. In presenza dell'esercizio di un potere pubblico la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, mentre quando nessun potere discrezionale venga esercitato, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.” (Corte di Cassazione SSUU ordinanza 5253/2020).*

*In tale quadro vanno esaminate le questioni concernenti il cosiddetto subentro ovverosia la successione nel rapporto obbligatorio da parte di un terzo legittimato. Secondo una consolidata giurisprudenza le ipotesi di successione a titolo particolare del terzo nel rapporto obbligatorio rientrano nell’ambito degli eventi successivi all’assegnazione.*

*Afferma in proposito una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che alla giurisdizione del giudice ordinario vada ricondotta la controversia avente ad oggetto il diritto all’assegnazione del terzo familiare al subentro, quando le condizioni che lo consentono derivano direttamente dalla previsione legislativa, riguardo alle quali manca qualsivoglia valutazione discrezionale della pubblica amministrazione”. (Cons. Stato, sez. V, 2975/2020, Cons. Stato, sez. I, Parere 2411/2019).*

*La richiesta al giudice di accertare la sussistenza delle condizioni per il subentro (ovvero, comunque, per poter regolarizzare la sua situazione di occupante abusivo), non radica diversamente la giurisdizione poiché si è fuori dall’ambito della discrezionalità dell’amministrazione: il subentro nell’assegnazione discende direttamente dalla previsione legislativa in presenza di precise condizioni e si pone quale possibile evoluzione del rapporto sorto in esito all'assegnazione e non già come l'instaurazione di uno nuovo e diverso procedimento amministrativo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 24 maggio 2019, n. 14267 e i precedenti ivi citati).”.*

# **8.1.11 In materia di misure antiestorsione e antiusura**

Secondo **Cons. Stato, Sez. I, n. 657/2021:** “*ha affermato la Suprema Corte (cfr. Cass. S.U., 31 luglio 2017, n. 8983) che, per la concessione dei benefici di cui alla L. n. 44 del 1999, è prevista una procedura che si sviluppa in due fasi: una prima fase è di competenza del Prefetto che, una volta ricevuta la domanda per la concessione dell'elargizione, acquisisce gli elementi istruttori e fa una analisi e valutazione dei requisiti per la concessione del beneficio redigendo un rapporto sulla base delle risultanze istruttorie; una seconda fase in cui Comitato di solidarietà per le vittime dell'estorsione e dell'usura esamina il rapporto del Prefetto e la documentazione allegata e delibera l'accoglimento o meno della proposta.*

*Il procedimento si conclude con un decreto a firma del Commissario straordinario del governo per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura.*

*L'istruttoria che il Prefetto deve compiere è disciplinata dall'articolo 11 cit. legge ed è incentrata sull'accertamento che il richiedente è stato vittima di un delitto estorsivo, accertamento che avviene mediante informazioni degli organi di polizia e dell'autorità giudiziaria e, qualora siano in corso indagini preliminari, con il parere del pubblico ministero competente.*

*In ordine all'ammontare del danno il Prefetto può avvalersi della collaborazione di funzionari tecnici di amministrazione anche pubbliche, oppure di consulenti tecnici d'ufficio iscritti all'albo.*

*6. Dall'esame di tale procedura, simile a quella prevista per la liquidazione del beneficio delle vittime del terrorismo, emerge che l'attività della pubblica amministrazione non e' improntata ad alcun potere discrezionale.*

*5. Nella specie l'attività della Pubblica amministrazione non si estende alla valutazione di comparativi interessi pubblici e privati con la possibilità di valutare discrezionalmente se alle vittime di attività estorsiva spetta o meno il contributo, ma l'accertamento à limitato alla circostanza di fatto se il richiedente è stato o meno vittima di un delitto da attività estorsiva ed all'entità dei danni causalmente derivati da tale attività.*

*Come affermato dal Consiglio della Giustizia amministrativa, si tratta di un'attività valutativa di natura tecnica.*

*Si osserva che all'accertamento della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge segue necessariamente la concessione del beneficio, essendo stata già eseguita a monte dal legislatore la valutazione dell'interesse pubblico che giustifica la concessione del beneficio a tutti i soggetti colpiti da attività estorsiva.*

*I suddetti principi, enunciati dalla Corte di cassazione con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 3 della citata l n. 44/1999, non possono che essere riferiti anche al riconoscimento o meno dei diritti dei terzi ai sensi dell’art. 7, comma 2, della stessa legge, in quanto ai terzi “l'elargizione è concessa alle medesime condizioni stabilite per l’esercente l’attività”.*

# **8.1.12 In materia di provvedimenti sanzionatori**

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di provvedimenti sanzionatori è stato oggetto di diverse precisazioni da parte della giurisprudenza.

In particolare con parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 663/2021** è stato considerato che “*nell’ambito di una distinzione tipologica e sistematica tra sanzione “in senso stretto” e sanzione “in senso lato” - la sanzione in senso stretto, ovvero la sanzione pecuniaria disciplinata dalla legge n. 689 del 1981, costituisce reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria ed è inflitta nell’esercizio di un potere punitivo avente ad oggetto condotte, come avviene quando decide il giudice penale. A questa stregua, la commisurazione della misura afflittiva avviene attraverso un potere «ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa, che presuppone una ponderazione di interessi», atteso che «l’ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all’amministrazione» dovrebbe essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell’autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria». Sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, tale discrezionalità (esercitata sulla base di criteri diversi, che prescindono dalla valutazione di qualsiasi interesse pubblico) fronteggia posizioni che – anche ai fini della giurisdizione – sono qualificabili di diritto soggettivo alla “integrità patrimoniale”. Sotto altro profilo, la sanzione in “senso stretto” è irrogata tramite un procedimento diverso da quello previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, è garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza (per quanto mutuati dalla legislazione ordinaria e non dalla Costituzione), è suscettibile di integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di “merito” amministrativo) (Cons. Stato, sez. VI, n. 5420/2017).”*

**8.1.12.1 Sanzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro**

Nel medesimo senso si è espressa la giurisprudenza quanto al sistema delineato dal capo II del decreto legislativo n. 758 del 1994, dedicato all'estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro sanzionate alternativamente con la pena dell'arresto o dell'ammenda, in cui viene disciplinato un peculiare e articolato meccanismo funzionalmente destinato all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della violazione accertata, accompagnato dall'effetto estintivo del reato, così legittimando prassi già invalse in tema di contravvenzioni antinfortunistiche.

In particolare, con parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 2178/2020** è stato considerato che: “*la normativa in questione mira, cioè, da un lato ad assicurare l'effettività dell'osservanza delle misure di prevenzione e di protezione in tema di sicurezza e di igiene del lavoro, materia in cui l'interesse alla regolarizzazione delle violazioni, e alla correlativa tutela dei lavoratori, è di gran lunga prevalente rispetto all'applicazione della sanzione penale, dall'altro si propone di conseguire una consistente deflazione processuale.*

*12. Tali obiettivi sono perseguiti mediante una procedura, parallela e coordinata con il procedimento penale, che si sviluppa attraverso momenti e passaggi tra loro strettamente concatenati: apposita prescrizione di regolarizzare la violazione entro un termine prefissato, impartita al contravventore dall'organo di vigilanza (art. 20); verifica da parte dell'organo di vigilanza dell'eliminazione della violazione nel rispetto delle modalità e del termine indicati dalla prescrizione; conseguente ammissione del contravventore a pagare in sede amministrativa una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda prevista per la contravvenzione commessa e successiva comunicazione al pubblico ministero dell'avvenuto adempimento della prescrizione e dell'eventuale pagamento della somma stabilita (art. 21); estinzione del reato se il contravventore adempie alla prescrizione e provvede al pagamento della somma stabilita e successiva richiesta di archiviazione del pubblico ministero (art. 24), così come affermato dalla Corte costituzionale con sentenza 18 febbraio 1998, n. 19, sentenza nella quale il Giudice delle leggi ha altresì qualificato l’Asl, organo di vigilanza in subiecta materia, quale “autorità di polizia giudiziaria”.*

*13. Con il gravato atto, la Asl n. 2 Savona, accertato che l’odierno ricorrente aveva provveduto ad eliminare autonomamente la violazione accertata (ottemperando alla prescrizione circa l’eliminazione “dai pavimenti degli ambienti di lavoro e dai luoghi destinati al passaggio gli ostacoli che rendono insicuro il movimento ed il transito delle persone ed i materiali che ostacolano la normale circolazione”), ha ammesso il sig. Lunghi, ai sensi dell’articolo 21, comma 2, del decreto legislativo n. 758/1994, al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di € 1.340,19 (pari al quarto del massimo dell’ammenda stabilita per la violazione commessa), ai fini della successiva estinzione del reato ai sensi dell’articolo 24, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 758/1994.*

*14. La presente fattispecie ricade pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario, alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra delineate, stante la natura totalmente vincolata del potere sanzionatorio esercitato nel caso di specie, dovendo l’Asl, tutte le volte in cui risulta “l’adempimento alla prescrizione”, ammettere il contravventore “a pagare, in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari al quarto del massimo dell’ammenda stabilita per la contravvenzione commessa”, ai sensi dell’articolo 21, comma 2, del decreto legislativo n. 758/1994, senza che residui alcun margine di discrezionalità in capo all’amministrazione vigilante.*

*15. Il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia è stato altresì affermato dalla Suprema Corte con ordinanza 13 novembre 2012, n. 19707: “Ritiene questa Corte che vada affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quella del giudice ordinario (nella specie, quello penale), giusta la giurisprudenza di queste S.U. (sent. 9.3.2012, n. 3694). Il D.Lgs. n.758 del 1994, art. 19, comma 1, lett. A) statuisce che i reati in materia di sicurezza e di igiene del lavoro, sono puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda in base alle norme indicate nell'allegato; la L. n. 833 del 1978, art. 21, comma 3 statuisce che gli organi di vigilanza in materia assumono la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria in relazione alle funzioni ispettive esercitate in applicazione della legislazione sulla sicurezza del lavoro. Il cit. D.Lgs., art. 20, comma 1, statuisce che il suddetto organo, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione, fermo restando l'obbligo di riferire al pm. la notizia del reato ex art. 347 c.p.p.. 3.2. Quindi, stante la suddetta normativa, il personale ispettivo deve procedere con tutte le garanzie previste dal codice di rito penale, agendo quale organo di polizia giudiziaria, a norma dell'art. 55 c.p.p., e l'atto non è provvedimentale, ma costituisce un atto di polizia giudiziaria. Il D.Lgs. n. 124 del 2004 richiama espressamente il procedimento di cui al D.Lgs. n. 758 del 1994, art. 20 con la conseguenza che continua ad operare l'orientamento interpretativo formatosi in merito a tale norma, secondo cui l'atto con il quale l'organo di vigilanza, ai sensi del D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, art. 20 avendo accertato una contravvenzione alla normativa in materia di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro, impartisca le opportune prescrizioni fissando un termine per l'eliminazione delle irregolarità, non è annoverabile fra i provvedimenti amministrativi - dovendosi ad esso attribuire, invece, natura di atto di polizia giudiziaria ed è quindi sottratto alle impugnazioni previste per i suddetti provvedimenti, tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale. (Cass. pen., Sez. 1, 14/02/2000, n. 1037; cfr. anche Cass. pen. sez. 3, 16.6.2009, n. 24791)”.*

*16. Continua la Suprema Corte, con la menzionata ordinanza 13 novembre 2012, n. 19707, precisando che: “Nè può ritenersi l'esistenza di procedure (quella amministrativa e quella penale) autonome tra loro, poiché l'esercizio del diritto del contravventore e, quindi, l'intera sequenza di cui innanzi si è detto, non sono affatto avulsi dal procedimento penale, ma risultano, anzi, ad esso funzionalmente e strutturalmente coesi, al punto da costituirne parte integrante. L'atto con il quale vengono impartite le prescrizioni al contravventore, infatti, è testualmente ricondotto dal legislatore nel panorama degli atti tipici di polizia giudiziaria, sicché fa ad esso difetto qualsiasi connotazione di discrezionalità - sia pure sul versante, per così dire atipico, della cosiddetta discrezionalità tecnica - e promana da un organo che, in quanto esercente le funzioni previste dall'art. 55 cod. proc. pen., è posto alle dipendenze e chiamato ad operare sotto la direzione della autorità giudiziaria, a prescindere (e, dunque, in piena autonomia funzionale dal) plesso ordinamentale in cui risulti iscritto da un punto di vista burocratico ed amministrativo. Ne è prova evidente, d'altra parte, la circostanza che l'eventuale proroga del termine per l'adempimento delle prescrizioni deve essere immediatamente comunicata al pubblico ministero; che l'organo di vigilanza ha comunque l'obbligo di riferire al pubblico ministero "la notizia di reato inerente alla, contravvenzione ai sensi dell'art. 347 c.p.p." (art. 20, comma 4); che, ancora, l'organo di vigilanza deve parimenti comunicare al pubblico ministero le risultanze della verifica dell'adempimento, sia in caso positivo che in caso negativo.”.*

*17. In precedenza la Suprema Corte aveva già evidenziato che: “In materia di sicurezza ed igiene del lavoro, la prescrizione di regolarizzazione impartita dall'organo di vigilanza ex art. 20 del d.lgs. n. 758 del 1994, richiamato dall'art. 15 del d.lgs. n. 124 del 2004, non è un provvedimento amministrativo, ma un atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria ex art. 55 cod. proc. pen. Ne consegue che il relativo verbale non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo, restando ogni questione devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario penale, presso il quale ogni doglianza può essere fatta valere nel procedimento conseguente all'eventuale inottemperanza della prescrizione” (Cass. SS.UU, ord. 9 marzo 2012, n. 3694).*

*18. I suddetti approdi ermeneutici della Corte regolatrice della giurisdizione, che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in subiecta materia, sono stati successivamente e ripetutamente fatti propri da questo Consiglio di Stato: “Osserva, infatti, il Collegio che, in base ad un orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio medesimo non ravvisa ragioni per discostarsi, “l'atto con cui il funzionario ispettivo, nella sua qualità di ufficiale di polizia giudiziaria, accerta, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 758 del 1994, la fattispecie contravvenzionale e contestualmente dispone prescrizioni all'impresa datrice di lavoro, fissando un termine per l'eliminazione delle irregolarità, non è annoverabile tra i provvedimenti amministrativi, dovendosi ad esso attribuire, invece, natura di atto di polizia giudiziaria, rispetto al quale il giudice amministrativo difetta di giurisdizione” (Cons. di Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5821). Osserva, altresì, il Collegio che identico orientamento giurisprudenziale è stato assunto - in materia di sicurezza ed igiene del lavoro - anche dalla Corte di Cassazione che, recentemente, ha statuito che “la prescrizione di regolarizzazione impartita dall'organo di vigilanza ex art. 20 del d.lgs. n. 758 del 1994, richiamato dall'art. 15 del d.lgs. n. 124 del 2004, non è un provvedimento amministrativo, ma un atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria ex art. 55 c.p.p..*

*Ne consegue che il relativo verbale non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo, restando ogni questione devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario penale, presso il quale ogni doglianza può essere fatta valere nel procedimento conseguente all'eventuale inottemperanza della prescrizione” (Cass. Civ. Sez. Unite, 9 marzo 2012, n. 3694).*

*Da quanto precede deriva, dunque, che il provvedimento impugnato nel presente giudizio, emanato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 124 del 2004 che richiama l'art 20 del d.lgs. n. 758 del 1994, non può essere qualificato come atto amministrativo, in quanto adottato dall’ispettore del lavoro nella sua funzione di ufficiale di polizia giudiziaria nel corso degli accertamenti dal medesimo effettuati dai quali sono emerse fattispecie configuranti ipotesi di reato, la cui fondatezza dovrà essere successivamente verificata dalla competente autorità giudiziaria.” (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 6 dicembre 2013, n. 5846).*

*19. Si veda anche di recente Cons. Stato, Sez. III, sent. 10 luglio 2019, n. 4870: “Rientrano invece nell’alveo degli artt. 19 e 20 del d.lgs. n. 758 del 1994 i verbali con i quali vengono accertate le fattispecie contravvenzionali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e comminate le conseguenti prescrizioni volte ad eliminare la situazione di pericolo. Si tratta di atti tipici di polizia giudiziaria, sottratti alla cognizione del giudice amministrativo in quanto valutabili nell'ambito del procedimento penale avente ad oggetto il reato contestato (Cass. Civ., Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3694 e Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5821)”; in tale ultima sentenza si è altresì precisato – sulla base del generale criterio di riparto di giurisdizione basato sulla natura vincolata o discrezionale del potere amministrativo esercitato – che: “risultano decisive le indicazioni espresse dal giudice regolatore della giurisdizione secondo le quali, mentre sono devolute al giudice ordinario le controversie relative a diffide concernenti l'inosservanza di misure di prevenzione o d'igiene previste direttamente dalla legge e tali da delimitare in modo completo la posizione soggettiva dell'imprenditore; sono invece devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie su diffide relative a norme che, invece di prescrivere specifiche misure, si limitano ad indicare i principi e gli obiettivi da raggiungere ovvero presuppongono un potere discrezionale dell'ispettore in ordine non solo al contenuto delle prescrizioni ma anche in ordine all'esercizio o non del potere stesso”.*

*20. Ed ancora da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1566, ove si è chiaramente evidenziata la natura non amministrativa delle prescrizioni impartite ai sensi dell’articolo 20 del d.lgs. n. 758/1994: “L’imposizione di “prescrizioni” è un atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria ex art. 55 cod. proc. pen.”.*

*21. Questo Collegio non ignora l’esistenza di un minoritario orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 700/2017; Sez. III, sent. n. 3832/2020), secondo cui, alla luce del tenore testuale dell’art. 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e dell’art. 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, (norme che disciplinano il contenzioso innanzi al giudice ordinario su ordinanze-ingiunzione di pagamento di una somma di denaro), la giurisdizione attribuita all’autorità giudiziaria ordinaria dalle suddette disposizioni normative resterebbe “circoscritta alle sole opposizioni avverso le ordinanze-ingiunzione di irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, e non anche a provvedimenti diversi, ancorché attinenti alla medesima funzione repressiva di illeciti amministrativi”, con la conseguenza che: “controversie, quale quella in esame, aventi ad oggetto atti aventi contenuto dispositivo diverso dall’ingiunzione di un sanzione pecuniaria devono intendersi estranee all’ambito della giurisdizione ordinaria descritto (con un lessico chiaro, tassativo e insuscettibile di esegesi estensive o analogiche) dagli artt. 22 e 22-bis l. n.689 del 1981.”.*

*22. In altre parole, secondo tale orientamento giurisprudenziale, ricadrebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia concernente atti sanzionatori che non prevedano il pagamento di una somma di denaro, con conseguente restrizione della giurisdizione del giudice ordinario alle sole controversie concernenti le ordinanze-ingiunzione relative a sanzioni amministrative pecuniarie.*

*23. Tale equazione, che vuole attrarre automaticamente ogni controversia su sanzioni amministrative non pecuniarie alla giurisdizione del giudice amministrativo, non è tuttavia condivisibile in quanto, in primo luogo, si pone in contrasto con il consolidato e generale criterio di riparto della giurisdizione - cui il Collegio intende dare continuità - che, a prescindere dalla natura pecuniaria o meno della sanzione irrogata, si interroga a monte sulla natura vincolata o discrezionale del potere amministrativo esercitato, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione; in secondo luogo le citate sentenze qui avversate pongono a loro fondamento un precedente (Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 506) che, lungi dall’affermare il principio di diritto qui contestato, ha al contrario ribadito l’importanza del preventivo vaglio circa la natura discrezionale o meno del potere amministrativo ai fini del riparto di giurisdizione, senza conferire alcun rilievo alla natura pecuniaria della sanzione amministrativa irrogata: nella specie questo Consiglio di Stato, con la predetta sentenza n. 506/2015, in primo luogo ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia concernente un’ordinanza comunale di rimozione di rifiuti, in quanto “nella fattispecie delineata dalla norma in questione il potere attribuito al sindaco è caratterizzato da discrezionalità amministrativa”; in secondo luogo ha giustificato la scelta legislativa di ricondurre alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti l’opposizione ad ordinanza ingiunzione di una sanzione amministrativa pecuniaria, irrogata ai sensi dell’art. 262 del decreto legislativo n. 152/2006, non sulla base della natura pecuniaria della sanzione amministrativa inflitta, ma alla luce della natura vincolata del potere sanzionatorio “trattandosi di sanzioni la cui irrogazione non è frutto di scelte discrezionali della p.a. ma è ricollegata inderogabilmente al verificarsi dei presupposti di legge”.*

*24. Pertanto nel caso di specie, a fronte della natura totalmente vincolata dell’attività amministrativa svolta dall’organo di vigilanza, “nell’esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all’art. 55 del codice di procedura penale” come recita l’articolo 20, comma 1, d.lgs. n. 758/1994, nell’impartire al contravventore “un’apposita prescrizione” e nell’ammettere obbligatoriamente il medesimo contravventore – che abbia adempiuto alla prescrizione – al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura stabilita dalla legge, ai sensi dei citati articoli 20 e 21 del d.lgs. n. 758/1994, senza alcun residuo margine di discrezionalità in capo all’amministrazione vigilante (nemmeno sotto il profilo di discrezionalità tecnica), deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non venendo in luce alcuna posizione giuridica soggettiva avente natura di interesse legittimo.”.*

In materia di sospensione dell’attività imprenditoriale ex art. 14 del d.lgs. 81/2008, con parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 1613/2020** è stato chiarito che “*le controversie aventi ad oggetto atti aventi contenuto dispositivo diverso dall’ingiunzione di una sanzione pecuniaria devono intendersi estranee all’ambito della giurisdizione ordinaria descritto (con un lessico chiaro, tassativo e insuscettibile di esegesi estensive o analogiche) dagli artt. 22 e 22-bis l. n.689 del 1981 (Cons. St., Sez. III, n. 700/2017 e, similmente, Sez. III, n. 3832/2020).*

*La Sezione ritiene che il tenore testuale dell’art. 6 del d.lgs. n. 150/2011 e degli artt. 22 e 22-bis sia inequivoco e riservi alla giurisdizione ordinaria le opposizioni alle ordinanze-ingiunzioni di pagamento. Il provvedimento qui impugnato non è invece riconducibile a tale tipologia e quindi tali articoli non sono a esso riferibili ai fini della individuazione della giurisdizione.*

*Inoltre, sempre da un riscontro che muove dall’ineludibile dato testuale della legge, la formulazione dell’art. 14, primo comma, del d.lgs. n. 81/2008 appare compatibile con la natura lato sensu discrezionale del provvedimento di sospensione dell’attività imprenditoriale (gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali “possono adottare” provvedimenti di sospensione).*

*La Sezione, sulla base degli argomenti esposti, ritiene, pertanto, che, con riguardo al provvedimento impugnato, sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.”*

# **8.1.13 In materia di escussione di polizze fideiussorie**

Non v’è giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative all'escussione di polizze fideiussorie a garanzia di rapporti di tipo obbligatorio dei privati con la pubblica amministrazione.

Sul punto è utile riportare quanto di recente statuito dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 944/2021** a tenore del quale “*5.1. La giurisprudenza consultiva ha più volte affermato la giurisdizione ordinaria quando la vicenda attiene all’escussione della polizza fideiussoria a garanzia del rapporto obbligatorio tra il ricorrente e l’amministrazione, nascente, ad esempio, dalla concessione di un contributo pubblico (cfr. C.G.A.R.S., parere 28 novembre 2019, n. 215).*

*È altresì consolidato l’orientamento per cui l’escussione della polizza fideiussoria concessa a garanzia di somme dovute per oneri di urbanizzazione relativi a una convenzione di lottizzazione ricade nella giurisdizione ordinaria, essendo estranea alla materia dell’urbanistica ed edilizia (nella quale vi è giurisdizione amministrativa esclusiva) e afferendo, invece, a un rapporto di natura paritetica, in cui i poteri dell’Amministrazione hanno natura privatistica (così, Cons. Stato, sez. I, parere 23 marzo 2016 n. 771 e Cons. Stato, sez. I, parere 27 ottobre 2014 n. 3296).*

*È stato altresì precisato che l’atto reca statuizioni che non riguardano la formazione della volontà della P.A. o la scelta del contraente ma vicende della vita del contratto successive al suo perfezionamento e attinenti al suo adempimento e che, in quanto tali, sono devolute al giudice ordinario e non al giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. I, parere 9 luglio 2015, n. 2032).*

*5.2. L’indirizzo interpretativo sinora riferito trova riscontro anche nella giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.*

*Ad esempio, è stato affermato che è devoluta alla giurisdizione del g.o., e non a quella del giudice amministrativo, la controversia avente a oggetto l'escussione, da parte di un Comune, della polizza fideiussoria concessa a garanzia degli impegni assunti nell'ambito di una convenzione urbanistica relativa all'esecuzione di una costruzione edilizia, attesa l'autonomia tra i rapporti in questione e la circostanza che nella specie la p.a. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri (Consiglio di Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1998).*

*Ed ancora, è stato precisato che la posizione dell'Amministrazione in tale contesto assume consistenza di diritto soggettivo, tutelata direttamente dalla legge senza necessità di intermediazione autoritativa da parte della stessa amministrazione, alle cui determinazioni deve essere riconosciuto carattere vincolato e ricognitivo, fondandosi sulla mera applicazione dei criteri contemplati nella convenzione e non implicando indagine alcuna, se non incidentale, sulla complessa fase pubblicistica del rapporto (Consiglio di Stato, sez. V, 26 ottobre 2011, n. 5711).*

*5.3. Anche la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ritiene costantemente che la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del Comune, di una polizza fideiussoria concessa a garanzia di somme dovute per oneri di urbanizzazione e a titolo di penali, rientri nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia, attesa l'autonomia tra i rapporti in questione, nonché la circostanza che, nella specie, la P.A. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri (Cassazione civile, sez. un., 26 giugno 2020, n. 12866; Cassazione civile, sez. un., 28 luglio 2016, n. 15666; Cassazione civile, sez. un., 6 dicembre 2012, n. 21912).*

*Alla stessa conclusione è pervenuta la Corte di Cassazione qualora la controversia abbia ad oggetto la domanda di restituzione degli importi versati in esito ad escussione di polizza fideiussoria in favore di ente pubblico che abbia erogato un anticipo di un contributo in conto capitale ad una società per finalità pubbliche, in quanto fondata su una situazione giuridica avente consistenza di diritto soggettivo (ripetizione di indebito), basata su un rapporto negoziale di natura privatistica, rispetto al quale la sovvenzione è irrilevante (Cassazione civile, sez. un., 24 luglio 2019, n. 20055).”*

# **8.1.14 In materia di referendum**

In caso di impugnazione da parte di un comitato promotore di referendum del verbale del comitato dei garanti del Comune con il quale è stata decisa l’inammissibilità del quesito referendario il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 136/2019** ha condiviso la giurisprudenza secondo la quale “*con riferimento a referendum abrogativo regionale e a referendum consultivo e propositivo comunale, il comitato promotore di referendum agisce nel relativo procedimento in posizione di piena parità con l'organo dell'ente territoriale preposto al controllo della legittimità della richiesta referendaria, operando l'uno e l'altro soggetto a garanzia del diritto fondamentale di svolgere la consultazione e di attuare l'ordinamento, con la conseguenza della non degradabilità della posizione soggettiva del primo per effetto dell'attività posta in essere dal secondo. Il comitato promotore costituisce un vero e proprio potere, in quanto, pur non facendo parte dell'apparato organizzativo dell'ente territoriale, esercita una potestà pubblica ed è titolare di una situazione soggettiva volta alla realizzazione del diritto politico dei cittadini elettori, costituzionalmente garantito e regolato dalla legge e dallo statuto dell'ente, di intraprendere la procedura referendaria, non comprimibile da atti di organi cui siano attribuiti distinti poteri di intervento e di controllo nell'evoluzione della procedura stessa. L'organo di controllo dell'ente territoriale non è portatore di un interesse pubblico nel senso tradizionale in cui detto interesse è proprio della Pubblica Amministrazione, né si pone in posizione di supremazia nei confronti del comitato promotore, ma partecipa con questo della funzione referendaria, concorrendo all'attuazione di tale strumento di democrazia diretta, nell'interesse dello stesso istituto referendario come concretamente configurato. La funzione di controllo che tale organo esercita si esprime nell'accertamento della conformità della pretesa referendaria ai principi posti nell'ordinamento, a fronte della quale sussiste il diritto soggettivo pubblico dei promotori, che può essere affermato o negato, ma non degradato né inciso, essendo i suoi limiti dettati esclusivamente dalle leggi e dalle disposizioni statutarie che disciplinano il ricorso al referendum (più di recente, Cass. SS.UU. n. 14803-2011, CDS n. 5559-2011).”*

Inoltre, occorre sottolineare che la materia referendaria esula dalle ipotesi previste di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sussistendo, invece, la giurisdizione del Giudice ordinario.

# **8.1.15 In materia anagrafica**

Le controversie in materia anagrafica coinvolgono situazioni di diritto soggettivo, in quanto l'attività dell'ufficiale d'anagrafe è disciplinata in modo vincolato e sono quindi devolute alla competenza del giudice ordinario.

L'ordinamento anagrafico della popolazione residente è predisposto, infatti, non solo nell'interesse della pubblica amministrazione alla certezza della composizione e dei movimenti della popolazione, ma anche nell'interesse degli individui.

L’attività dell’ufficiale d’anagrafe è disciplinata in modo vincolato, essendo rigidamente definiti i presupposti per le iscrizioni, mutazioni e cancellazioni anagrafiche e che, di conseguenza, la suddetta regolamentazione non contiene norme sull’azione amministrativa, ma norme di relazione a disciplina di rapporti intersoggettivi, senza alcun potere per l’Amministrazione di degradare i diritti soggettivi così attribuiti ai singoli individui. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 815/2021**).

# **8.1.16 In materia di espropriazione**

È stata altresì esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla determinazione delle indennità di espropriazione. In proposito, si riporta il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 957/2021**, per il quale: “*Il ricorso è inammissibile allorché si sostanzi in una contestazione della stima del valore del bene oggetto di acquisizione sanante, contestazione la cui cognizione è riservata al Giudice civile e non può dunque validamente essere dedotta a mezzo di ricorso straordinario, il cui perimetro è circoscritto all’ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo (art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010).*

*L’art. 53 (Disposizioni processuali) del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 stabilisce, nel comma 2, che “Resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa”. […] Il Collegio aderisce all’orientamento giurisprudenziale prevalente (Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2020, n. 5812; Tar Lazio, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 11176) che ascrive al Giudice civile, ai sensi dell'art. 133, lettera g), c.p.a., la controversia relativa alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo previsto per l'acquisizione di cui all'art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001 (e ciò a prescindere dalla questione, nuovamente sollevata dinanzi alle Sezioni unire dalla Sez. I della Corte di cassazione con ordinanza n. 29625 del 24 dicembre 2020, ma che qui non viene in rilievo, riguardo alla natura risarcitoria e non indennitaria – come, invece, già affermato dalle Sezioni unite con la pronuncia n. 15283 del 25 luglio 2016 – di quanto dovuto all’ablato ai sensi del secondo periodo del comma 3 dell’art. 42-bis citato, circa il ristoro del periodo di occupazione senza titolo, per il quale “è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma”). L’art. 133, comma 1, lettera g), del codice del processo amministrativo, infatti, nel riservare alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo “le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità”, fa salva tuttavia “la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa”.*

# **9. Le controversie devolute alla Corte dei conti**

# **9.1. La materia pensionistica**

Secondo un consolidato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione la giurisdizione della Corte dei conti in materia di pensioni, ex artt. 13 e 62 citati, ha carattere esclusivo in quanto affidata al criterio di collegamento costituito dalla materia, onde in essa sono comprese tutte le controversie in cui il rapporto pensionistico costituisca elemento identificativo del *petitum* sostanziale (**C. conti, pronunce del 18 marzo 1999, n. 152 e del 16 gennaio 2003, n. 573**), come quando sia in questione la legittimità dell'atto di recupero di ratei già erogati (**Cass. 21 luglio 2001, n. 9968**) o comunque la misura della prestazione previdenziale (**Cass. 27 giugno 2002, n. 9343**).

Più di recente, detto orientamento è stato articolato sul rilievo che nell'ambito individuato dal citato r.d. n. 1214 del 1934, art. 13, "*la giurisdizione è esclusiva e ricomprende tutte le controversie funzionali alla pensione: oltre a problemi relativi al sorgere e modificarsi del diritto alla pensione, la Corte si occupa anche dei problemi connessi, quali riscatto di periodi di servizio, ricongiunzione di periodi assicurativi, assegni accessori, interessi e rivalutazione, recupero di somme indebitamente erogate*" (Cass. civ., Sez. un. 9 giugno 2016 n. 11849 e 27 marzo 2017 n. 7755). (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1116/2020**).

La giurisdizione della Corte dei Conti sussiste altresì in materia di pensione privilegiata.

In proposito, il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 221/2021** ha rilevato “*la pensione di privilegio è una prestazione previdenziale riconosciuta in seguito a infermità o lesioni contratte per fatti di servizio (non è richiesto alcun requisito di anzianità contributiva), disciplinata dagli artt. 64 e ss del DPR n. 1092/1973, che viene attribuita a prescindere dall’età del dipendente e dall’anzianità contributiva da questi maturata.*

*Ai sensi dell’art. 67 del d.P.R. 1092/73 al personale delle Forze Armate e di Polizia, anche ad ordinamento civile, che riporti infermità o lesioni dipendenti da causa di servizio ascrivibili ad una delle otto categorie della Tab. A annessa al d.P.R. 915/78, spetta, a domanda, la pensione privilegiata senza necessità di ulteriore parere sulla dipendenza da causa di servizio da parte del Comitato di Verifica delle Cause di Servizio (CVCS). In tal caso, chiesta la pensione di privilegio, l’istante verrà soltanto sottoposto a visita presso la competente Commissione Medica Ospedaliera per la valutazione diagnostica dell’invalidità e la conseguente attribuzione della classifica pensionistica.*

*Nel caso in cui il provvedimento amministrativo neghi la dipendenza da causa di servizio, oppure nel caso in cui l'infermità sia stata ascritta a Tab. B (o non ascritta a categoria), potrà essere presentato ricorso alla Corte dei Conti competente territorialmente, il cui esame è di legittimità e di merito, quindi una sua eventuale sentenza favorevole equivale a concessione della pensione privilegiata.*

*Al riguardo, viene in rilievo il R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (Testo Unico delle leggi sulla Corte dei Conti) che attribuisce alla giurisdizione della Corte dei Conti "i ricorsi in materia di pensione in tutto o in parte a carico dello Stato" (art.13), statuendo che "contro i provvedimenti definitivi di liquidazione di pensione a carico totale o parziale di detto Stato è ammesso il ricorso alla competente sezione della Corte"(art. 62).”*

Ancora in materia di pensione privilegiata, è stato sottoposto all’attenzione della Sezione Consultiva il tema relativo al riparto delle competenze nelle controversie riguardanti l’equo indennizzo e la pensione privilegiata.

Significativo sul punto è il parere **Cons. Stato, Sez. I n. 261/2021,** che così ha statuito: “*la giurisprudenza di questo Consiglio ha avuto modo di scrutinare in diverse pronunce le controversie originate da sopravvenute decisioni della Corte dei Conti concernenti la pensione privilegiata nel senso della autonomia processuale dei sistemi di tutela (Cons. Stato, sez. IV, n. 7618 del 2006; n. 6241 del 2006; n. 2676 del 2005; n. 8061 del 2004).*

*Controversie analoghe sono state esaminate dalla Corte di Cassazione, rispetto al rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato (cfr. Cass. civ., sez. lav., n. 22297 del 2014; n. 14208 del 2018).*

*E sulla esclusione della rilevanza del giudicato formatosi su uno dei due benefici, si sono consolidati i seguenti principi: a) l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio ai fini del riconoscimento del beneficio della pensione privilegiata e la concessione dell'equo indennizzo "sono ancorati a situazioni giuridiche fondate su distinti presupposti e regolati da separate norme"; infatti, ai fini della pensione privilegiata "l'esame viene portato sul nesso tra l'evento e l'infermità che ne è derivata e di cui bisogna accertare la gravità", mentre nel caso dell'equo indennizzo "la verifica ha come oggetto il rapporto tra l'infermità stessa e la menomazione che ne è derivata e per la quale viene chiesto l'indennizzo"; b) alla diversità dell'oggetto della verifica corrisponde una diversità di disciplina, che si traduce sia in differenti modalità di erogazione delle due provvidenze, fra le quali non vi è alcuna correlazione diretta, immediata ed automatica, sia nella devoluzione delle relative controversie a due plessi giurisdizionali distinti, regime che ha la sua ragion d'essere nelle differenze di oggetto e di natura dei due giudizi; c) mentre i giudizi riguardanti l'equo indennizzo investono questioni relative al trattamento economico spettante al lavoratore o jure successionis ai suoi eredi nell'ambito del rapporto di impiego (da far valere dinanzi al giudice ordinario od al giudice amministrativo a seconda della natura del rapporto di lavoro medesimo), nelle controversie in materia di pensione privilegiata (devolute alla Corte dei conti) si discute del riconoscimento della titolarità del diritto alla pensione privilegiata e/o all'assegno accessorio, in favore di soggetti il cui trattamento pensionistico sia a totale carico dello Stato.*

*Conseguentemente, ai fini della concessione dell’equo indennizzo, non assume alcuna rilevanza il riconoscimento della dipendenza di infermità da causa di servizio ad opera della Corte dei conti nel giudizio volto alla liquidazione della pensione privilegiata, stante l’autonomia tra i due procedimenti.”*

Per completezza sulla materia pensionistica, giova puntualizzare che sulla domanda relativa all’accertamento dei requisiti soggettivi preordinati al riconoscimento della maggiorazione su pensione categoria vecchio ordinamento sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in funzione previdenziale, quale giudice naturale dei diritti soggettivi.

A tal proposito, si veda **Cons. Stato, Sez. I, n. 1235/2020**: “*la maggiorazione della pensione per gli ex combattenti è stata istituita nel 1985 con l'articolo 6, legge 1° gennaio 1985, n. 140, in favore delle persone che avrebbero potuto far valere la qualifica di ex combattente ma che non avevano ottenuto i benefici pensionistici stabiliti dalla legge 24 maggio 1970, n. 336.*

*Del beneficio pensionistico potevano, in origine, avvantaggiarsi i lavoratori dipendenti dello Stato e degli altri enti pubblici, che avevano lasciato il servizio tra il 26 giugno 1974 e il 31 dicembre 1979. Nel beneficio erano ricomprese anche le pensioni ai superstiti.*

*Il beneficio consisteva nell'attribuzione di un periodo di contribuzione fittizia di sette anni, che diventavano dieci per i mutilati, gli invalidi di guerra e le vittime civili di guerra. Tale maggiorazione era utile sia ai fini del diritto sia agli effetti della determinazione della misura della pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità e della pensione indiretta. Inoltre la legge prevedeva una riduzione del limite dell'età pensionabile pari a tre anni e sei mesi (cinque anni per i mutilati, gli invalidi di guerra, le vittime civili di guerra), nei casi in cui tale limite era previsto per il diritto a pensione (pensione di vecchiaia).*

*In favore di quei soggetti che potevano far valere la qualifica di ex combattente, ma che erano rimasti esclusi dai benefici pensionistici ex l. 336/1970, l'articolo 6, L. 140/1985 introdusse, dal 1° gennaio 1985, una maggiorazione simbolica del trattamento pensionistico, uguale per tutti e pari all'epoca a 30.000 lire (15,49 euro mensili), per le pensioni aventi decorrenza successiva al 7 marzo 1968.*

*A coloro che, invece, andarono in pensione prima di questa data, venne riconosciuta la maggiorazione solo dal 1° gennaio 1989, con l'articolo 6, legge 29 dicembre 1988, n. 544.*

*L'attribuzione del beneficio, pertanto, riguarda, con la sola esclusione dei titolari di prestazioni assistenziali, i titolari di pensione diretta di tutte le categorie, a qualsiasi fondo appartengano, purché non abbiano usufruito o non abbiano diritto a fruire dei benefici previsti dalla L. 336/1970 e se: ex-combattenti; partigiani; mutilati e invalidi di guerra, mutilati e invalidi civili di guerra, reduci civili divenuti inabili a seguito di deportazione o internamento; reduci dall' internamento; orfani e vedove di guerra; profughi per l'applicazione del trattato di pace e categorie equiparate; ex deportati ed ex perseguitati politici o razziali sotto il passato regime fascista; prigionieri dei tedeschi; disertori assolti per insufficienze di prove o riabilitati; personale della Croce Rossa Italiana operante in specifiche zone belliche.*

*Ciò premesso, il Collegio ritiene che i ricorrenti, attraverso la formale istanza presentata al Ministero (denegata a causa della pronuncia di diserzione di cui è stato destinatario il de cuius), tendano, in realtà, a conseguire il “riconoscimento del beneficio della maggiorazione ex combattente su pensione categoria VO, ex lege 15 aprile 1985, n. 140, recante “Miglioramento e perequazione di trattamenti pensionistici e aumento della pensione sociale”.*

*Essi fondano tale pretesa (causa petendi) sulla legge n. 140 del 1985 e sui commi 3 e 4 dell’articolo 11 del decreto 137 del 1948.*

*Ritengono che tali benefici pensionistici spettino, appunto, in pedissequa applicazione dei suddetti commi del citato articolo 11; norme, queste, che contemplano eccezioni alla esclusione previste nel precedente comma 1 del medesimo articolo 11, in applicazione del quale (lettera a) il Ministero ha disconosciuto la sussistenza dei presupposti per la loro concessione.*

*In altri termini, parte ricorrente sostiene che il rapporto sostanziale (ammissione ai benefici economici pensionistici, a carico del fondo pensioni lavoratori dipendenti) sia regolato dalle eccezioni alle esclusioni contemplate nei più volte citati commi, nei quali rientrerebbe la fattispecie in esame, e in forza dei quali sarebbero dovuti i benefici combattentistici su pensione.*

*La pretesa sostanziale azionata si basa, dunque, sull’asserita sussistenza di un preciso presupposto: le eccezioni (alle esclusioni) indicate nel terzo e quarto comma dell’art. 11; eccezioni che consentirebbero l’ammissione al beneficio della maggiorazione di cui alla legge n. 140 del 1985.*

*La Sezione osserva che l’oggetto del giudizio, alla luce del petitum sostanziale, involge l’accertamento dei presupposti (vincolanti) in capo al de cuius per conseguire la maggiorazione su pensione di vecchiaia/anzianità a carico del fondo pensioni lavoratori dipendenti (legge n. 140/1985).*

*Dietro lo schermo formale impugnatorio, si disvela la reale natura dell’oggetto del giudizio, teso al conseguimento della maggiorazione su pensione VO; l’analisi del giudizio investe l’esatta individuazione della fonte normativa che copre la fattispecie e che regola il rapporto sostanziale. La domanda è tesa all’accertamento del buon diritto a conseguire il beneficio della maggiorazione su pensione e ha natura, sostanzialmente, confessoria.*

*Si tratta di questione di natura prettamente pensionistica che investe la condizione di un lavoratore dipendente, tendente alla definizione tra le parti del rapporto economico in funzione satisfattiva della pretesa a conseguire il beneficio della maggiorazione.*

*L’azione è di accertamento del diritto a conseguire la maggiorazione di che trattasi.*

*Secondo un consolidato principio giurisprudenziale, ribadito costantemente dalla Corte di Cassazione (ex multis, Cass. Sez. un., 31 luglio 2018, n. 20350), la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto tra giurisdizioni, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione.*

*Nella fattispecie i ricorrenti, eredi del dipendente, hanno chiesto l'accertamento dei requisiti soggettivi preordinati al riconoscimento della maggiorazione su pensione categoria vecchio ordinamento.*

*Il giudizio instaurato ha ad oggetto un accertamento giudiziale dei presupposti e condizioni, strumentale e preordinato all'adozione, da parte dell’ente, di un atto inerente l’attribuzione di una prestazione pensionistica (Cass. Sez. Lav. n. 9755/2019; Cass. Sez. Lav. n. 27010/2018).*

*Su tale domanda sussiste, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario in funzione previdenziale, quale giudice naturale dei diritti soggettivi.*

*Sembra doversi escludere, infatti, la giurisdizione della Corte dei conti, non vertendosi in materia di accertamento o liquidazione di pensioni pubbliche (i ricorrenti, invero, non hanno allegato lo status di – ex - dipendente pubblico del de cuius, il quale risulta solo congedato dal servizio militare nel 1946), tantomeno di guerra o militari; la maggiorazione è stata richiesta ex lege n. 140 del 1985 su pensione cat. VO, vecchiaia/anzianità, a carico dell’Inps, chiamato in causa. La legge n. 149/1985 reca disposizioni sul “Miglioramento e perequazione di trattamenti pensionistici e aumento della pensione sociale” e riguarda, con la sola esclusione dei titolari di prestazioni assistenziali, i titolari di pensione diretta di tutte le categorie di lavoratori, a qualsiasi fondo essi appartengano.*

*Come pure, deve escludersi quella del giudice amministrativo, sia esclusiva - rinvenibile se del caso solo a fronte di categorie di lavoratori non contrattualizzati mentre la vicenda de qua non si innesta su un pregresso rapporto di diritto pubblico - sia di legittimità, non risultando conferente a radicarla la mera, formale impugnazione dell’atto di diniego opposto dall’amministrazione ai ricorrenti, siccome recante la mera manifestazione di volontà volta a disconoscere, recte negare, la condizione di esistenza del presupposto il cui accertamento radica il beneficio della maggiorazione.*”

# **9.2 Il riscatto degli studi universitari**

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermano che le controversie relative al riscatto degli anni di studio universitario rientrano nella giurisdizione della Corte dei Conti. (**Cass., S.U., n. 11849/2016**).

“*Viene al riguardo richiamato l’articolo 13 del R.D. n. 1124 del 1934, secondo il quale questa giudica sui “ricorsi in materia di pensione, a carico totale o parziale dello Stato”, evidenziandosi che in questo ambito la sua giurisdizione è esclusiva e ricomprende tutte le controversie funzionali alla pensione: oltre a problemi relativi al sorgere e modificarsi del diritto alla pensione, la Corte si occupa anche dei problemi connessi, quali riscatto di periodi di servizio, ricongiunzione di periodi assicurativi, assegni accessori, interessi e rivalutazione, recupero di somme indebitamente erogate.*

*In ragione di tale competenza funzionale, deve pertanto ritenersi che la vicenda oggetto del presente giudizio, attinente al riscatto degli anni di laurea ai fini pensionistici ed, in particolare, alla corretta determinazione della somma dovuta dal dipendente pubblico a titolo di oneri da corrispondere, appartenga alla giurisdizione della Corte dei Conti.*

*Invero, l’organo regolatore della giurisdizione ritiene che restino fuori dal predetto ambito di giurisdizione esclusiva solo le controversie che non concernono, nell’ampia accezione sopra richiamata, il trattamento pensionistico e, dunque, riguardino prestazioni strettamente inerenti al rapporto di pubblico impiego, quali il trattamento di fine rapporto (cfr. Cass. S.U., 7-11-2013, n. 25039), ovvero l’inclusione nella pensione della quota fissa della retribuzione di posizione (cfr. Cass., S.U., 30-4-2010, n. 10509).)”.* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1761/2020**)

# **10. Le controversie devolute al Tribunale superiore delle acque pubbliche**

In linea generale, in ordine alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche sono devoluti alla cognizione di questo i provvedimenti amministrativi che, pur costituendo esercizio di un potere non propriamente attinente alla materia delle acque pubbliche, riguardino comunque la adeguata utilizzazione del demanio idrico, incidendo in maniera diretta ed immediata sul regime delle stesse.

Per una completa disamina sul punto, giova richiamare il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 134/2021,** secondo cui: “*l’art. 143, comma 1, lett a), r.d. n. 1775/1993, prevede che “appartengono alla cognizione diretta del Tribunale superiore delle acque pubbliche: a) i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall’Amministrazione in materia di acque pubbliche”.*

*La norma in esame è stata interpretata dalla Corte di Cassazione, nel senso che “sono devoluti alla cognizione del TSAP anche i provvedimenti amministrativi che, pur non costituendo esercizio di un potere non propriamente attinente alla suddetta materia, riguardino comunque la adeguata utilizzazione del demanio idrico, incidendo in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche” (Cass. SS.UU. n. 9149-2009) ovvero che “fra i provvedimenti dell'amministrazione in materia di acque pubbliche devono includersi tutti quelli che influiscono sul regime delle acque pubbliche e che - per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, modificazione, sospensione o eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica - concorrono, in concreto, a disciplinare le modalità di utilizzazione di quell'acqua” (Cass. SS.UU. n. 10846-2009).*

*Nel caso di specie, il ricorso straordinario è inammissibile ai sensi dell’art. 7, comma 8, c.p.a., perché la presente controversia appartiene alla giurisdizione del TSAP, avendo ad oggetto provvedimenti che incidono in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche o, comunque, attengono alle relative modalità di utilizzo (Consiglio di Stato, sez. I, n. 1195/2019).*

*Osserva il Collegio che il TSAP è investito di una giurisdizione di unico grado per i ricorsi con cui si deduce la illegittimità di tutti gli atti amministrativi concernenti l’utilizzazione delle acque.*

*Si tratta di una competenza generale di legittimità, simmetrica a quella del Consiglio di Stato, in cui rientrano i ricorsi contro i provvedimenti lesivi di interessi legittimi che incidano sul regime delle acque pubbliche o che abbiano a riferimento un’opera necessaria per l’utilizzazione delle acque.*

*Spetta, dunque, alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche in sede di cognizione diretta in unico grado - ai sensi dell'art. 143, lett. a), del r.d. n. 1775/1933 – ogni controversia sugli atti amministrativi in materia di acque pubbliche, intesi come quelli idonei ad incidere, quand'anche non promananti da pubbliche amministrazioni istituzionalmente preposte alla cura degli interessi in materia, in maniera non occasionale, ma immediata e diretta, sul regime di quelle e del relativo demanio.”*

Inoltre, è stato rilevato che *“è quindi da riconoscersi la giurisdizione del Tribunale superiore non solo quando l'atto impugnato promani da organi amministrativi istituzionalmente preposti alla cura del settore delle acque pubbliche, ma anche quando l'atto, ancorché proveniente da organi diversi, finisca tuttavia con l'incidere immediatamente - e non soltanto in via occasionale - sull'uso delle medesime acque pubbliche, se ed in quanto interferisca con i provvedimenti relativi a tale uso (ad esempio, autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi o determinando i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse: cfr. Cass. Sez. U. 25 ottobre 2013, n. 24154) o sulla stessa struttura o consistenza dei beni demaniali.*

*Risulta insomma necessario, per fondare la specializzata giurisdizione delle acque, che i provvedimenti impugnati, per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, sospensione od eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica, “concorrano, in concreto, a disciplinare direttamente le modalità di utilizzazione di quell'acqua o l'assetto e la struttura dei beni del demanio idrico, non essendo sufficiente che sui relativi regimi quelli incidano solo in via indiretta, riflessa, mediata od occasionale” (così, Cass. S.U. n. 2710 del 2020).”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1666/2020**).

A titolo esemplificativo, rientrano nella giurisdizione del Tribunale superiore delle Acque Pubbliche le controversie riguardanti atti afferenti alla costruzione di una diga sul torrente, con derivazione di acqua pubblica finalizzata alla produzione di energia idroelettrica, provvedimenti che indubbiamente incidono in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1010/2019**).

Del pari, sono compresi i provvedimenti espropriativi o di occupazione d'urgenza delle aree occorrenti per la realizzazione dell'opera idraulica, compresi quelli successivi aventi ad oggetto la loro sospensione o la loro revoca, nonché i provvedimenti comunque influenti sulla localizzazione dell'opera idraulica o il suo spostamento, indipendentemente dalla ragione che li abbia determinati e quand'anche non connessa al regime delle acque e quindi anche se resi necessari dalla tutela dell'ambiente o di un bene artistico o da valutazioni tecniche in funzione della salvaguardia dell'incolumità pubblica o ancora da mere ragioni di opportunità amministrativa (**Cons. Stato, Sez. I, n. 852/2019**).

# **11. Le controversie devolute alle Commissioni Tributarie**

In ordine alla materia tributaria, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non è esperibile nei casi in cui la competenza assegnata ad un organo giurisdizionale sia di carattere funzionale ed inderogabile, in quanto "*la devoluzione della materia ad un determinato giudice con carattere di esclusività preclude la proponibilità del ricorso straordinario*".

Questo principio, che ha trovato espressione nell’art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo, opera, in particolare e tra l’altro, riguardo al contenzioso tributario, caratterizzato da una competenza funzionale ed esclusiva delle commissioni tributarie rispetto al quale "*resta preclusa la cognizione del giudice amministrativo, nonché l'intervento di questa sede contenziosa straordinaria*" (sez. II, parere n. 817 del 12 marzo 2014; parere n. 3012 del 25 settembre 2014). (**Cons. Stato, Sez. I n. 840/2019**).

La giurisdizione delle Commissioni tributarie si desume dal combinato disposto degli artt. 2 e 19 del d.P.R. 31 dicembre 1992, n. 546.

In concreto, “*secondo un orientamento stabile e consolidato l’area degli avvisi di accertamento o di pagamento connessi all’esercizio di poteri fiscali (tasse e imposte) che indicano l’esistenza di un obbligo di natura tributaria definito nell’an e nel quantum sono intestati alla giurisdizione esclusiva e funzionale del giudice specializzato costituito dalle Commissioni tributarie.”* (**Cons. Stato, Sez. II n. 3997/2013**)

# **12. Le controversie devolute al Consiglio nazionale forense**

Quanto alla giurisdizione del Consiglio nazionale forense, a giudizio del Consiglio di Stato gli sviluppi normativi e giurisprudenziali hanno nel tempo valorizzato l'autonomia degli ordini professionali, autonomia che si esprime anche nella devoluzione delle relative controversie ad una giurisdizione che, per giurisprudenza consolidata, è considerata speciale.

In particolare, “*la legge 31 dicembre 2012, n. 247 - Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense (riforma della professione forense) - all’articolo 36, rubricato “competenza giurisdizionale”, dispone che: “1. Il CNF pronuncia sui reclami avverso i provvedimenti disciplinari nonché in materia di albi, elenchi e registri e rilascio di certificato di compiuta pratica; pronuncia sui ricorsi relativi alle elezioni dei consigli dell'ordine; risolve i conflitti di competenza tra ordini circondariali; esercita le funzioni disciplinari nei confronti dei propri componenti, quando il consiglio distrettuale di disciplina competente abbia deliberato l'apertura del procedimento disciplinare. La funzione giurisdizionale si svolge secondo le previsioni di cui agli articoli da 59 a 65 del regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37.*

*2. Le udienze del CNF sono pubbliche. Ad esse partecipa, con funzioni di pubblico ministero, un magistrato, con grado non inferiore a consigliere di cassazione, delegato dal procuratore generale presso la Corte di cassazione.*

*3. Per la partecipazione alle procedure in materia disciplinare del CNF, ai magistrati non sono riconosciuti compensi, indennità o gettoni di presenza.*

*4. Le decisioni del CNF sono notificate, entro trenta giorni, all'interessato e al pubblico ministero presso la corte d'appello e il tribunale della circoscrizione alla quale l'interessato appartiene. Nello stesso termine sono comunicate al consiglio dell'ordine della circoscrizione stessa.*

*5. Nei casi di cui al comma 1 la notificazione e' fatta agli interessati e al pubblico ministero presso la Corte di cassazione.*

*6. Gli interessati e il pubblico ministero possono proporre ricorso avverso le decisioni del CNF alle sezioni unite della Corte di cassazione, entro trenta giorni dalla notificazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.*

*7. Il ricorso non ha effetto sospensivo. Tuttavia l'esecuzione può essere sospesa dalle sezioni unite della Corte di cassazione in camera di consiglio su istanza del ricorrente.*

*8. Nel caso di annullamento con rinvio, il rinvio e' fatto al CNF, il quale deve conformarsi alla decisione della Corte di cassazione circa il punto di diritto sul quale essa ha pronunciato”.*

*Tale disciplina, che riproduce in sostanza quella precedentemente dettata dal R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, artt. 24, 31, 35, 37, 50 e 54, convertito con modificazioni dalla l. 22 gennaio 1934, n. 36, e dal d.lgs. C.p.S. 28 maggio 1947, n. 597, artt. 3 e 7, ribadisce espressamente la natura giurisdizionale delle funzioni esercitate dal Consiglio nazionale forense.*

*Va osservato che gli sviluppi normativi e giurisprudenziali hanno nel tempo valorizzato l'autonomia degli ordini professionali, autonomia che si esprime anche nella devoluzione delle relative controversie ad una giurisdizione che, per giurisprudenza consolidata, è considerata speciale (si vedano Cass., Sez. Un., 31/07/2020, n. 16548; 24/12/2019, n. 34429; 11/12/2007, n. 25831).*

*Sulla giurisdizione del CNF si è espressa anche la Corte giustizia UE, Grande Sezione, 17 luglio 2014, n. 58 affermando che “il Consiglio Nazionale Forense è competente a dirimere la controversia per cui è stato adito ed è chiamato a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a sfociare in una decisione avente natura giurisdizionale. Tale organo, esercitando il controllo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 8, del decreto legislativo 96/2001, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'articolo 267 TFUE; di conseguenza, la Corte è competente a rispondere alle questioni che esso le ha sottoposto”.*

*Per quanto qui d’interesse, merita particolare attenzione il comma 6 dell’articolo 36 che ammette il ricorso avverso le decisioni del CNF solo alle Sezioni unite della Corte di cassazione.*

*Il Consiglio nazionale forense, dunque, ha giurisdizione sulle controversie che, come quelle attinenti all'iscrizione nell'albo professionale o quelle in materia disciplinare, hanno ad oggetto diritti soggettivi. Di recente le Sezioni Unite hanno stabilito:“essa non comporta d'altronde alcuna menomazione della tutela giurisdizionale, dal momento che la L. n. 247 del 2012, art. 36, comma 6 (così come, in passato, il R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 56) prevede espressamente l'impugnabilità delle decisioni adottate dal CNF dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in tal modo prefigurando un sistema di adeguata tutela dei diritti soggettivi degli interessati, manifestamente non contrastante con gli artt. 3, 24, 102, 111 e 113 Cost., anche alla luce del fatto che il Consiglio Nazionale costituisce un organo giurisdizionale speciale, istituito prima dell'entrata in vigore della Costituzione medesima (e quindi escluso dal divieto di cui all'art. 102, comma 2 e legittimamente operante fino a quando non venga attuata la revisione contemplata dalla sesta disposizione transitoria: in quest'ultimo senso v., in particolare, Corte Cost. sent. n. 284 del 1986) (cfr. in riferimento alla giurisdizione del Consiglio Nazionale degli Ingegneri ed Architetti, Cass., Sez. II, 4/09/2019, n. 22090)” (Cassazione civile, sez. un., 4 febbraio 2021, n. 2603).*

*4. Venendo al gravame in esame, la Sezione preliminarmente rileva l’inammissibilità del ricorso poiché la posizione giuridica fatta valere dal ricorrente, attinente all’iscrizione nel registro dei praticanti abilitati, rientra nella giurisdizione speciale del Consiglio nazionale forense. Infatti, come visto, l’articolo 36, legge 31 dicembre 2012, n. 247, assegna al predetto Organo forense una vera e propria giurisdizione speciale, come già riconosciuto anche da questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. I, 9 dicembre 2020 n. 2010; sez. V, 22 agosto 2016, n. 3663; sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1010).”.* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 661/2021**).

# **13. La definitività dell’atto e la scusabilità dell’errore**

L’articolo 8, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, prevede che il ricorso straordinario è ammesso “*contro gli atti amministrativi definitivi*”.

Rispetto alla normativa preesistente, occorre segnalare che l’espressione utilizzata è diversa in quanto l’art. 16, comma 1, n. 4, del r.d. n. 1054/1924 prevedeva che i ricorsi al Re fossero previsti “*contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite o non possono proporsi domande di riparazione in via gerarchica*” secondo una formulazione peraltro già presente nell’art. 9, n. 4, nell’allegato D della legge n. 2248/1865, per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia.

A tal fine, sono definitivi i provvedimenti contro i quali non è previsto o è già stato esperito il ricorso gerarchico.

Giova ricordare, infatti, che contro tutti gli atti emanati da un organo dell’amministrazione che abbia un superiore gerarchico è esperibile il ricorso gerarchico, secondo quanto stabilito dall’articolo 1 del citato d.P.R. n. 1199/1971, a mente del quale “*contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all’organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi vi abbia interesse*”.

Il criterio della definitività risponde all’esigenza che gli atti impugnabili con il rimedio straordinario costituiscano l'espressione ultima, in linea verticale, della volontà della Pubblica Amministrazione.

In sintesi, come rilevato dalla giurisprudenza della Sezione Consultiva, “*gli “atti definitivi” sono quelli che costituiscono la definitiva manifestazione di volontà dell’amministrazione in un certo settore.*

*La dottrina e la giurisprudenza distinguono tre ipotesi di definitività: 1) la definitività espressa, che è quella derivante dal dettato normativo; 2) la definitività implicita, che si sostanzia quando il soggetto o l’organizzazione che hanno emanato l’atto, pur non essendo al vertice dell’amministrazione, in base all’esame complessivo della disciplina di legge, sono dotati del potere di esplicitare in maniera definitiva la volontà dell’amministrazione; 3) la definitività soggettiva, la quale deriva dall’assenza di un organo gerarchicamente sovraordinato a quello che ha adottato l’atto.*

*Sono, di conseguenza, non definitivi gli atti adottati dai dirigenti che non sono in posizione apicale, quelli non dichiarati come definitivi dalla legge e, più in generale, quelli adottati da organi non deputati ad esprimere la volontà ultima e definitiva dell’amministrazione.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 116/2021**).

Il precetto normativo della definitività non è mai stato posto in discussione dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che l'ha, invece, ripetutamente affermato. (**Cons. Stato, sez. I, n. 2043/2020**).

Come accennato, la conseguenza dell’impugnazione di un provvedimento non definitivo è l’inammissibilità del gravame. Tuttavia, qualora l’atto non definitivo sia stato comunicato all'interessato sprovvisto della clausola enunciativa del carattere non definitivo della determinazione e della sua impugnabilità in sede gerarchica, è ben possibile che venga riconosciuta la scusabilità dell'errore in cui è incorso il ricorrente nel caso di impugnazione in via straordinaria dell’atto stesso, con conseguente rimessione in termini dell’interessato ai fini della presentazione del ricorso gerarchico (si veda a titolo esemplificativo **Cons. Stato, sez. I, n. 1271/2009**).

Il parere **Cons. Stato, sez. II n. 2328/2018**, dopo aver ribadito, conformemente all’orientamento consolidato, che gli atti definitivi possono esserlo per natura (ad es. atto amministrativo emanato da un organo individuale che non ha superiori gerarchici) o per legge (es. provvedimenti del Prefetto in materia di requisizione e occupazione d’urgenza) e che, ove non intrinseca alla natura dell’atto o indicata per legge, la definitività si acquisisce con la decisione sul ricorso gerarchico o sul ricorso gerarchico improprio, ovvero in caso di mancata decisione dell’autorità adita entro il termine di novanta giorni dalla proposizione del ricorso, ha opportunamente precisato che “*il carattere di definitività dell’atto amministrativo non può dipendere, come prospettato dal ricorrente, dallo spirare del termine di proposizione del gravame gerarchico o giurisdizionale (dinanzi al Tar), di modo che decorsi i canonici 90 giorni o 60 giorni, ci si può rivolgere alla sede “straordinaria”.*

*Se così fosse, la definitività di un atto dipenderebbe dalla condotta autoreferenziale dell’interessato, ossia da una scelta di metodo e di merito del suo destinatario.*

*Sennonché, la “definitività” – come sopra illustrato - è una qualità in dotazione all’atto amministrativo a cagione della sua intrinseca natura giuridica, sicché è definitivo soltanto l’atto avverso il quale l’ordinamento di settore o il tipo di atto medesimo non contempla o consente la possibilità di adire l’autorità superiore, secondo la scala gerarchica o la linea ordinativa interna all’organizzazione dell’Ente, che per competenza sarebbe in grado di annullarlo (per vizi anche di merito) o confermarlo..*”

# **13.1 Casistica giurisprudenziale in tema di definitività dell’atto**

Il tema della definitività dell’atto è stato affrontato in più occasioni dalla giurisprudenza. Appare, dunque, utile fornire una breve disamina della casistica emersa nelle pronunce del Consiglio di Stato.

Sul punto è stato chiarito che *“non sono ordinariamente ricorribili in sede gerarchica gli atti emessi da organi collegiali. Tanto che l’art. 1, comma 2, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), esclude la possibilità del ricorso gerarchico avverso tali atti se non “nei casi, nei limiti e con le modalità previsti dalla legge”.*

*Tale regola – come è stato notato - trova la sua giustificazione nel fatto che la struttura collegiale è chiamata, normalmente, ad una gestione delle competenze condotta al di fuori dell’ingerenza di altre autorità.*

*Il che equivale a dire che, nel caso di un atto emanato da un organo collegiale, non viene in rilievo il concetto di definitività (implicita) dell’atto, in quanto l’atto collegiale non promana da una figura organizzatoria assoggettata al rapporto gerarchico. Ciò che viene in rilievo, in tali casi, è solo la volontà del Legislatore di sottoporre quell'atto alla valutazione di un altro organo, precisamente individuato dalla normativa primaria di riferimento, ancorché non gerarchicamente sovraordinato all'autorità emanante (Ad gen. 10 giugno 1999, n. 9).”* (**Cons. Stato, sez. III, n. 2913/2006**).

In materia di atti dirigenziali, si è ritenuto non definitivo il provvedimento adottato da un dirigente di seconda fascia, non preposto al vertice dell'amministrazione, i cui atti - in mancanza di carattere della definitività - sono ricorribili in sede gerarchica dinanzi al competente dirigente generale, ai sensi dell'art. 16, I comma, lettera i), d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (**Cons. Stato, Sez. III, n. 997/2003**).

Con particolare riferimento agli atti emessi dal dirigente su delega di funzioni, il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 1501/2020** ha invece rilevato che “*la qualificazione di atto non definitivo del provvedimento non è esclusa dalla circostanza che lo stesso è stato adottato su delega del Comandante generale.*

*Ed, invero, come emerge dalla motivazione dell’atto, esso è stato assunto dal Comandante regionale Abruzzo su “delega di funzioni” del Comandante generale, disposta con determinazione n. 98635 del 26 marzo 2008, registrata in data 28 marzo 2008 presso il M.E.F. al n. 3286.*

*Orbene, questo Consiglio di Stato, in sede consultiva, con pareri n. 462 e 463 del 1999, si è espresso nel senso di escludere la definitività degli atti emessi dal dirigente con delega di funzioni.*

*Invero, la delega conferita dal dirigente generale al dirigente per atti rientranti nelle attribuzioni dell’ufficio al quale il dirigente è preposto ha carattere necessitato, nel senso che il dirigente generale deve attribuire al dirigente il potere di compiere gli atti compresi nelle competenze dell’ufficio che è chiamato a dirigere.*

*Il carattere di definitività dell’atto è configurabile solo nella diversa fattispecie di delega di firma, ossia nell’ipotesi – non ravvisabile nel caso in esame – in cui il delegato riceve dal delegante l’incarico di formare atti in sua vece o rappresentanza; ciò in quanto “l’atto emesso in tale ipotesi tiene luogo, secondo i principi generali in tema di rappresentanza, di un atto del delegante e perciò va assimilato, in quanto a valore, a quello. In altri termini è come se l’atto fosse emesso dal delegante” (Consiglio di Stato, parere n. 462/1999).”*

Alla luce delle suesposte considerazioni, argomentando a contrario e come messo in luce anche dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 543/2019,** si ricavache “*l’atto emesso dal dirigente su delega di firma da parte del dirigente generale non è suscettibile di ricorso gerarchico in quanto atto definitivo alla stessa stregua degli atti emessi da quest’ultimo*”

In materia di provvedimenti negativi inerenti il permesso di soggiorno degli stranieri in Italia adottati dal questore, si è precisato che quest’ultimo è *“un’autorità di pubblica sicurezza la quale - pur essendo venuto meno, con la legge 1° aprile 1981, n. 121, il rapporto di subordinazione gerarchica al Prefetto - tuttavia mantiene nei confronti del rappresentante del Governo un rapporto di subordinazione funzionale che non consente di riconoscere ai provvedimenti del Questore, quale quello qui impugnato, carattere di definitività.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1493/2018**).

Ancora, in materia di collocazione di segnaletica stradale, “*l’art. 37, comma 3, del codice della strada emanato con decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 dispone: “Contro i provvedimenti e le ordinanze che dispongono o autorizzano la collocazione della segnaletica è ammesso ricorso, entro sessanta giorni e con le formalità stabilite nel regolamento, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che decide in merito”.*

*L’art. 74 del regolamento (decreto del presidente della repubblica 16 dicembre 1992 n. 495) dispone a sua volta: “Il ricorso previsto dall’art. 37 comma 3 del codice è proposto, nel termine di sessanta giorni, da chi abbia interesse alla apposizione della segnaletica, in relazione alla natura del segnale apposto. Il ricorso deve contenere, oltre all’indicazione del titolo da cui sorge l’interesse a proporlo, le ragioni dettagliate dell’opposizione al provvedimento o all’ordinanza, con l’eventuale proposta di modifica o di aggiornamento. Il ricorso è notificato, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, all'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale del Ministero dei lavori pubblici, e all'ente competente all'apposizione della segnaletica, giusta quanto dispone l'art. 37 del codice. La proposizione del ricorso sospende l’esecuzione del provvedimento impugnato, salvo che ricorrano ragioni di urgenza, nel qual caso l’ente competente può deliberare di dare provvisoria esecuzione al provvedimento impugnato. L’esecuzione provvisoria è comunicata, con raccomandata con avviso di ricevimento, al ricorrente e all'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale del Ministero dei lavori pubblici.*

*Il ricorso è deciso, a seguito di istruttoria dell’Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale, dal Ministro dei lavori pubblici entro sessanta giorni dalla notificazione dello stesso. La decisione è comunicata dal Ministro al ricorrente e all'ente competente, che è tenuto a conformarsi ad essa”.*

*Dunque, ai sensi dell’art. 37, co. 3, Codice della Strada, contro i provvedimenti e le ordinanze che dispongono o autorizzano la collocazione della segnaletica è ammesso, nel termine di sessanta giorni, il ricorso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale decide sul merito.”* (**Cons. Stato, Sez. II, n. 679/2020**).

In materia di monopoli, “*l’art. 2 della l. n. 1293/1957, dispone che gli ispettorati compartimentali (ora Uffici dei Monopoli) sovraintendono al servizio di distribuzione e vendita dei generi di monopolio in ossequio a quanto impartito dalla Direzione Generale; tale norma individua quindi nella Direzione generale, l'organo gerarchicamente sovraordinato agli Uffici territoriali. Il successivo art. 36 stabilisce che avverso i provvedimenti dei funzionari preposti agli ispettorati compartimentali è ammesso il ricorso gerarchico. Per tale ragione, i provvedimenti degli ispettorati compartimentali non possono essere considerati definitivi.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 2391/2019**).

Quanto alla definitività degli atti nell’ambito dell’ordinamento militare, si è osservato che la scheda valutativa non ha valenza di provvedimento definitivo in quanto suscettivo di gravame amministrativo, per vizi di legittimità e di merito, dinanzi all’autorità gerarchicamente superiore a quella che lo ha emanato, secondo la linea ordinativa. (**Cons. Stato, Sez. II, n. 2328/2018**).

In materia universitaria, in relazione ai rapporti tra l’Università di Pisa e la Scuola Normale Superiore, si è espressa la Prima Sezione **Cons. Stato, sez. I, n. 1077/2021** nei seguenti termini: “*l’Università di Pisa è istituzione distinta dalla Scuola Normale Superiore e, dunque, non si pone in alcun modo in rapporto di gerarchia con quest’ultima.*

*E infatti, le Università statali, già in base alla legge n. 168/1989, sono enti dotati di personalità giuridica e, in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile e si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti (art. 6). Il loro organo di vertice è il Rettore.*

*Alle Università si affiancano gli Istituti di istruzione superiore ad ordinamento speciale, compresi dal legislatore nella denominazione «università» (v. art. 1 della legge n. 168/1989), come la Scuola Normale Superiore, il cui organo di vertice è il Direttore, cui si applicano le norme sui rettori (cfr. ad es. l’art. 16, comma 8, della legge n. 168/1989).*

*La Scuola Normale Superiore di Pisa è ricompresa tra gli istituti superiori ad ordinamento speciale in base al r.d. n. 1592/1933 (v. art. 253).*

*Merita poi ricordare che, in materia di personale ricercatore, "le funzioni del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica relative allo stato giuridico ed economico dei professori universitari e dei ricercatori, fatte salve le competenze e le norme vigenti in materia di concorsi, nonché le norme vigenti in materia di stato giuridico, sono attribuite alle università di appartenenza, che le esercitano nelle forme stabilite dallo statuto, provvedendo comunque direttamente agli adempimenti in materia di pubblicità." (art. 5, comma 9, della legge n. 537/1993).*

*Gli atti dei Rettori delle Università statali e dei Direttori gli Istituti di istruzione superiore ad ordinamento speciale non sono impugnabili mediante ricorso gerarchico: il Rettore dell'Università di Pisa è il legale rappresentante dell'Università di Pisa ed è un organo di pari livello rispetto al Direttore della Scuola Normale Superiore e quindi non può essere considerato organo sovraordinato al Direttore della Scuola Normale. Il ricorso gerarchico è stato quindi presentato, del tutto impropriamente, a un organo non appartenente alla medesima amministrazione che aveva emanato l'atto impugnato. Né, come si è detto, sarebbe stato possibile presentare il ricorso gerarchico ad altra autorità amministrativa, dal momento che il provvedimento del Direttore della Scuola Superiore (nella fattispecie, il DD n. 719/2010) già costituisce atto definitivo. Una volta decorso inutilmente il termine di novanta giorni, il ricorrente ha proposto il ricorso straordinario avverso il diniego, a suo avviso espresso con il proprio silenzio dal Rettore dell’Università di Pisa.*

*Non potendosi configurare, per le ragioni esposte, alcun ricorso gerarchico occorre tenere conto del tempo intercorso tra i due termini di riferimento: la data del provvedimento impugnato e la data del ricorso straordinario.”*

# **14. L’alternatività**

L’art. 8, secondo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971, disponendo che “*quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato*”, enuncia il fondamentale principio di alternatività. La conseguenza della violazione del principio è l’inammissibilità del ricorso straordinario contro lo stesso atto già impugnato in sede giurisdizionale.

Come precisamente chiarito dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 9/2020,** “*ciò significa che non può essere proposta impugnazione nelle diverse sedi, straordinaria e giurisdizionale, avverso lo stesso provvedimento e, una volta esperito il primo rimedio, non è più consentito accedere al secondo (electa una via non datur recursus ad alteram). La ratio di questo principio va ravvisata nell’esigenza di evitare l’insorgere di contrasti tra le decisioni del Consiglio di Stato in sede consultiva e le sentenze del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con conseguente sovrapposizione della decisione giurisdizionale alla decisione del ricorso straordinario.”* (nei medesimi termini anche **Cons. Stato, Sez. I, n. 256/2021**).

Dunque, si comprende come “*la ratio delle norme che regolano il principio di alternatività non risponde alla tutela dei privati bensì della giurisdizione avendo lo scopo di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia*.” (**Cons. Stato, Sez. I, n.1002/2021**).

Il principio di alternatività è da intendersi in senso bidirezionale, precludendo, tanto la proposizione del ricorso straordinario una volta proposto il ricorso giurisdizionale, quanto, nell’ipotesi inversa, la proposizione del ricorso giurisdizionale una volta proposto il ricorso straordinario.

Ciò premesso, occorre comunque rilevare come l’alternatività tra il ricorso straordinario ed il ricorso giurisdizionale non può dirsi completa, dal momento che il ricorso straordinario ha natura soltanto impugnatoria ed è escluso in alcune materie.

# **14.1 L’ambito di applicazione del principio di alternatività**

L’ambito di applicazione del principio di alternatività è connotato dalla presenza di un duplice carattere, soggettivo e oggettivo, come espressamente si evince dal disposto dell’art. 8, secondo comma, d.P.R. n. 1199/1971, laddove non ammette il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato se l’atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale.

Sul piano oggettivo, l’interpretazione letterale della disposizione limiterebbe l’applicazione del principio di alternatività al solo caso in cui l’atto impugnato nelle due diverse sedi sia lo stesso e non anche, dunque, alla diversa ipotesi in cui gli atti, pur connessi ed aventi ad oggetto il medesimo rapporto sostanziale, siano distinti.

Sul punto si è pronunciata la **Corte costituzionale con ordinanza n. 432 del 2006,** ritenendo manifestamente inammissibile, in quanto coinvolgente scelte che rientrano nella discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10, d.P.R. n. 1199/1971, nella parte in cui non prevedono la possibilità per il giudice amministrativo di disporre il trasferimento in sede giurisdizionale del ricorso straordinario che sia stato proposto contro un atto presupposto rispetto all’atto impugnato in sede giurisdizionale, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 98 e 113 Cost.

Cionondimeno, tale principio è stato oggetto di un’interpretazione evolutiva da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, volta ad affermare una nozione di alternatività di carattere sostanziale, che privilegiando le esigenze di economia dei giudizi, esclude che possano intervenire più pronunce qualora i provvedimenti costituiscano manifestazione di una potestà sostanzialmente unitaria.

L’indirizzo prevalente è oramai consolidato nel senso che il principio di alternatività ha una valenza estremamente ampia e deve operare tra ricorsi proposti dal medesimo soggetto ed oggettivamente connessi o allorquando tra i diversi provvedimenti impugnati esista un rapporto di presupposizione, pregiudizialità, dipendenza. Siffatto sviluppo interpretativo appare altresì coerente con l’evoluzione del processo amministrativo, che da giudizio sull’atto si è progressivamente trasformato in giudizio sul rapporto.

L’evoluzione giurisprudenziale è efficacemente ricostruita e sintetizzata in una recente pronuncia della Prima Sezione, **Cons. Stato, Sez. I, n. 1797/2020**, la quale ripercorrendo il cammino ermeneutico in tema di alternatività, tratteggia l’approdo interpretativo dell’orientamento che propende per una nozione sostanziale del principio di alternatività. In particolare, la pronuncia si interroga in ordine alla applicabilità del principio di alternatività, non solo rispetto ad un medesimo atto, bensì tra atti amministrativi diversi sebbene adottati all’esito di sequenze procedimentali connesse, pervenendo alla conclusione positiva.

Di seguito appare utile riportare la decisione citata: “*superata la tradizionale lettura restrittiva (sin dall’Adunanza Plenaria, 18 aprile 1969, n. 15) che aderiva ad una concezione formale del principio di alternatività, come operante esclusivamente rispetto ad un medesimo atto impugnabile, “la giurisprudenza ha aderito ad una interpretazione in chiave sostanziale che, pur disconoscendo l’applicazione analogica, ha esteso l’operatività dello stesso anche ai casi in cui, pur essendovi atti formalmente distinti, sussiste una connessione sostanziale in termini di pregiudizialità/dipendenza”. La regola dell’alternatività è dunque applicabile “non solo nel caso in cui vi sia identità formale di provvedimenti impugnati, ma anche in presenza di atti formalmente distinti, quando sussista un’obiettiva identità dell’oggetto del contendere”(…)“seppure tradizionalmente interpretata non suscettibile di applicazione analogica ma operante nel solo caso di impugnazioni aventi ad oggetto il medesimo atto” (così Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2010, n. 3719). In sintesi, in base al principio di alternatività così inteso, non è consentita la pendenza di un ricorso straordinario e di un ricorso al giudice amministrativo quando, pur essendo diversi gli atti impugnati, la questione controversa è la stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2185; Cons. St., sez. II, 1 ottobre 2013, n. 4489; Cons. Stato, sez. I, 16 dicembre 2015, n. 211; Cons. Stato, sez. I, 6 marzo 2019, n. 866).*

*6.4 Rievocando la lunga evoluzione di cui il processo amministrativo è stato oggetto negli ultimi anni, trasformandosi da giudizio sugli atti a vero e proprio giudizio sul rapporto amministrativo intercorrente tra il privato e la pubblica amministrazione, la giurisprudenza amministrativa è invero ormai pervenuta alla conclusione che il giudizio amministrativo deve essere “volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata” (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3) poiché “la verifica di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell’astratto interesse generale, ma è finalizzata all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice” (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).*

*6.5 Ne consegue, traslando le considerazioni sino a qui espresse al rapporto tra processo amministrativo e ricorso straordinario, che del medesimo rapporto controverso non possano occuparsi contemporaneamente il giudice amministrativo e il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario. Pertanto, “nell’ipotesi in cui l’atto presupposto (a monte) venga impugnato con ricorso straordinario e il successivo atto presupponente (a valle) con ricorso giurisdizionale dinnanzi al giudice amministrativo o viceversa, occorrerà – in applicazione del principio di alternatività – dichiarare inammissibile il giudizio introdotto per ultimo” (così, Cons. Stato, sez. I, n. 2861 del 2019). E tale conclusione deve reputarsi valida sia nel caso di stretta presupposizione – ossia quando sussista necessaria derivazione del secondo dal primo come sua inevitabile ed ineluttabile conseguenza e senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi - sia nel caso di mera derivazione cui conseguirebbe solo un effetto meramente viziante per l’atto a valle.*

*In sintesi, una visione moderna del principio di alternatività impone di rivolgersi allo stesso organo ogni qual volta si discuta del medesimo rapporto giuridico o quando le censure formulate siano identiche e, come detto, riferibili allo stesso rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato. Ragionando diversamente si legittimerebbe il frazionamento della tutela giurisdizionale in contrasto con il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e con il suo corollario dell’economia dei mezzi giuridici; aumenterebbe inoltre il rischio di decisioni contrastanti all’interno dello stesso plesso giurisdizionale con conseguente lesione del principio dell’effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost. e art. 1 c.p.a.).*

*Di qui il principio enunciato dalla Sezione che, “nel caso in cui l’atto presupponente sia impugnato con ricorso giurisdizionale, a fronte di un ricorso straordinario già promosso avverso l’atto presupposto, il ricorso giurisdizionale dovrà essere dichiarato inammissibile dal giudice amministrativo. Se invece l’atto successivo è impugnato in sede straordinaria, a fronte di un ricorso giurisdizionale già promosso avverso l’atto presupposto, il ricorso straordinario sarà inammissibile per violazione del principio di alternatività” (così, Cons. Stato, sez. I, n. 2861 del 2019; anche, Id., n. 548 del 2019).”*

Con specifico riferimento all’impugnazione di atti inseriti nella medesima sequenza procedimentale, si è, tuttavia, precisato che, quando *“l’atto finale, pur partecipando della medesima sequenza procedimentale in cui si colloca l’atto preparatorio, non ne costituisce conseguenza inevitabile perché la sua adozione implica nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, l’immediata impugnazione dell’atto preparatorio non fa venir meno la necessità di impugnare l’atto finale, pena l’improcedibilità del ricorso.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 948/2021** e con riferimento alla distinzione dell’effetto invalidante e caducante dell’atto presupposto in caso di esclusione dal concorso, si veda anche **Cons. Stato, n. 4858/2019**.

Appare, dunque, chiaro come “*il principio di alternatività ha una valenza ampia e deve operare tra ricorsi proposti dal medesimo soggetto ed oggettivamente connessi o allorquando tra i diversi provvedimenti impugnati esista un rapporto di presupposizione, pregiudizialità, dipendenza (Consiglio di Stato, Sez. I, 2 febbraio 2016, n. 211; Sez. I, 26 ottobre 2016, n. 2221).*

*Tale principio trova applicazione non solo nei casi di identità formale dei provvedimenti impugnati in sede di ricorso giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e di ricorso straordinario al Capo dello Stato, ma anche nel caso di impugnazione di “atti formalmente distinti, ma direttamente consequenziali, e comunque quando le controversie siano connotate da un’obiettiva identità di petitum e di causa petendi” (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2185).”*(**Cons. Stato, Sez. I, n. 472/2019**), nonché in quelle situazioni in cui le censure rivolte avverso l’atto conseguente risultino finalizzate a contestare, in concreto, anche la legittimità dell’atto presupposto.

Il principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale “*implica altresì l'inammissibilità dell'impugnazione consentanea "...nel caso di due impugnative rivolte dal medesimo soggetto avverso punti diversi dello stesso atto oppure quando si tratta di atti distinti, ma legati tra loro da un nesso di presupposizione...(ossia)...nei casi nei quali le due diverse impugnative siano sostanzialmente caratterizzate dall'identità del contendere e della relativa ratio" (così Cons. Stato, Sez. IV, 18/09/2017, n. 4353; Sez. III, 1 agosto 2014, n. 4099; Sez. V, 3 settembre 2013, n. 4375; Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926)*.” (**Cons. Stato, sez. I, n. 899/2019).**

Tale orientamento è tuttora confermato anche dalla più recente giurisprudenza (**Cons. Stato, Sez. I, n. 256/2021**).

Il principio di alternatività è stato affermato anche nel caso in cui sia stato proposto ricorso al TAR e, nello stesso tempo, in sede straordinaria con ricorso per revocazione. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 930/2021**).

Per vero, alla luce della delineata evoluzione giurisprudenziale dell’ambito oggettivo di applicazione del principio di alternatività, gli interpreti hanno segnalato l’esigenza di una modifica normativa dell’art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, che estenda espressamente il principio agli atti connessi, in considerazione del fatto che, per dottrina e giurisprudenza unanimi, l’oggetto del processo amministrativo è il rapporto giuridico – e dunque il complesso degli atti adottati dall’amministrazione per la definizione del rapporto giuridico – e non solo l’atto impugnato. Per tale ragione, la riforma dovrebbe perseguire l’obiettivo di vincolare l’impugnazione degli atti connessi allo stesso strumento scelto per l’impugnazione del primo provvedimento.

# **14.2 I profili temporali in ordine all’applicazione del principio di alternatività**

Ciò posto in ordine all’ambito oggettivo di applicazione del principio di alternatività, la corretta operatività dello stesso richiede di definire sotto il profilo temporale quando si verifichi la proposizione del ricorso ed in particolare se la controversia debba considerarsi pendente dalla notifica del ricorso ovvero dal deposito in segreteria dello stesso.

La questione è stata oggetto di un contrasto in giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento, rimasto poi minoritario, il ricorso giurisdizionale si intende proposto nei confronti della controparte con la sola notifica, assumendo il successivo deposito rilevanza ai soli fini della procedibilità. Quest’ultimo infatti costituisce un adempimento che condiziona lo svolgimento del processo e la cui inosservanza determina l'estinzione dello stesso. Ne consegue l’operatività della regola dell’alternatività a partire dalla notifica, dovendosi, pertanto, dichiarare inammissibile il ricorso straordinario proposto successivamente a tale momento.

Rappresentativa del menzionato orientamento è la pronuncia del **Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. riunite, n. 1330/2012**, che di seguito si riporta: “*tanto premesso, giova ricordare che, per costante orientamento di queste Sezioni Riunite, tale vicenda comporta comunque il prodursi dell’effetto preclusivo alla proposizione del ricorso straordinario derivante dalla nota regola dell’alternatività. In tal senso meritano di essere ricordati, tra gli altri, i pareri C.G.A. n. 287/01, n. 644/04, n. 567/05, n. 631/05, n. 386/10 e n. 165/11, in base ai quali il ricorso giurisdizionale si intende proposto con la sola notifica, assumendo il successivo deposito rilevanza ai soli fini della procedibilità, con la conseguenza che – qualora detta notifica sia antecedente (come accaduto nella fattispecie) – il ricorso straordinario in seguito proposto risulta inammissibile (come da ordinanze della Corte costituzionale n. 213/2005 e n. 382/2005).*

*3.) Sennonché l’ULL, pur mostrando di conoscere siffatto orientamento esegetico di questo Consiglio, dubita della correttezza di detto orientamento sulla base delle seguenti argomentazioni: l’art. 8 del D.P.R. n. 1199/1971 collega il prodursi dell’inammissibilità del ricorso straordinario alla preventiva impugnazione in sede giurisdizionale, senza però chiarire se il momento in cui si determina l’impugnazione sia da riconnettere alla sola notificazione del ricorso oppure anche al suo deposito presso la segreteria del giudice amministrativo; peraltro, il ricorso giurisdizionale soltanto notificato, ma non depositato, sebbene idoneo ad interrompere i termini di decadenza e di prescrizione, non determina alcuna pendenza né può ritenersi sottoposto al giudice.*

*4.) La tesi interpretativa suggerita dell’ULL va respinta e occorre ribadire, anche alla stregua della disciplina processuale introdotta dal D.Lgs. n. 104/2010, il predetto indirizzo di queste Sezioni riunite: deve, in particolare, ritenersi che il ricorso giurisdizionale sia da considerarsi proposto fin dal perfezionamento della notificazione nei confronti della controparte (o della prima controparte) evocata in giudizio. Ed invero, come ebbe modo di chiarire la giurisprudenza e anche autorevole dottrina, la teoria che individua la pendenza della lite amministrativa nel momento del deposito del ricorso, seppure sostenuta anche da alcune decisioni del Consiglio di Stato relative alla specifica interpretazione della norma transitoria contenuta nell'art. 45, comma 17, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, poi trasfuso nell'art. 69, comma 7, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (v. Consiglio di Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4002 e, in termini, una remota Adunanza plenaria n. 35/1980), non poggia su solide basi positive e sistematiche. Difatti, contro tale tesi depongono i seguenti argomenti:*

*­ le citate ordinanze della Corte costituzionale n. 213/2005 e n. 382/2005, in base alle quali, già le norme processuali amministrative all’epoca vigenti prevedevano che la lite doveva considerarsi proposta - e la decadenza impedita - con la notificazione del ricorso, mentre il deposito del medesimo era soltanto una condizione di procedibilità (in senso conforme, Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3120, Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3394; Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2006, n. 1712; Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 911 e Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3390);*

*­ la tesi sostenuta dall’ULL, che poggia sulla ricostruzione del processo amministrativo come “processo da ricorso” e quindi come vocatio iudicis, piuttosto che come vocatio in ius, sconta il mancato esame dei nessi con le altre norme processuali che ricollegano il concetto di «proposizione» dell'atto introduttivo del giudizio al termine di decadenza, dunque al momento della notificazione (v., tra gli altri, gli artt. 41 e 42, 119, 120 c.p.a.), nei quali la proposizione del ricorso (e pure la regola della dimidiazione dei termini, laddove applicabile), sono correlate – direttamente o indirettamente - alla notificazione;*

*­ analoghe considerazioni valgono anche per le norme sulla proposizione delle impugnazioni (art. 92 c.p.a.);*

*­ se, invero, l'atto introduttivo del giudizio, di gravame o incidentale, viene proposto con la sua notificazione - come le norme citate dispongono inoppugnabilmente - non è dato comprendere come si possa giungere alla conclusione che il momento di proposizione sia la data del deposito del ricorso;*

*­ del resto, anche nel processo civile da citazione, il dovere del giudice di decidere la controversia viene ad esistenza con la costituzione in giudizio della parte e con la relativa iscrizione a ruolo: eppure la legge stabilisce che la litispendenza è determinata dalla notificazione della citazione (art. 39, comma 3, c.p.c.), regola da ritenersi valida anche per il processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all’art. 39 c.p.a.;*

*­ d’altronde l'introduzione del processo con ricorso non è una peculiarità del processo amministrativo, ma contrassegna riti sempre più numerosi nel processo civile, ciascuno dei quali ha una disciplina differenziata (ad esempio, il ricorso per cassazione, processo da ricorso in cui la pendenza della lite dipende dalla notificazione del ricorso, i procedimenti speciali del IV libro del codice di procedura civile, il rito del lavoro, quello delle locazioni, l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee di condominio, ecc.);*

*­ deve, quindi, ritenersi che – contrariamente alla la teoria del processo da ricorso, secondo cui il momento in cui sorge l'obbligo del giudice di decidere la controversia coincide per ciò stesso con quello in cui si determina la pendenza della lite - la ricostruzione del sistema più aderente alle norme processuali è dunque quella che identifica il fatto in virtù del quale viene ad esistenza il processo con il momento in cui la domanda è notificata, mentre l'onere processuale di depositare il ricorso non presenta altro carattere se non quello di adempimento che condiziona lo svolgimento del processo e la cui inosservanza determina l'estinzione del processo, cioè quello di una condizione di procedibilità; in tal senso, d’altronde, è l’art. 35, comma 1, lett. a) e c), c.p.a. che configura il ricorso depositato tardivamente o non depositato come oggetto di una pronuncia, in rito, recante una rispettivamente una declaratoria di irricevibilità o di improcedibilità;*

*­ inoltre non va dimenticato che la notificazione del ricorso nei termini all'autorità emanante e ad almeno un controinteressato impedisce la decadenza dal diritto al ricorso, così come la notificazione dell'appello nei termini impedisce la decadenza dal diritto all'impugnazione (artt. 41 e 92 c.p.a.);*

*­ la notificazione della domanda, anche nel processo amministrativo, produce effetti processuali (quali la litispendenza in senso stretto, la perpetuatio jurisdictionis, gli effetti sul processo della successione a titolo particolare nella situazione soggettiva controversa, ecc.) ed effetti sostanziali (principalmente l’interruzione della prescrizione e l’impedimento della decadenza), mentre la costituzione in giudizio determina solo la presenza giuridica delle parti nel processo; la notificazione del ricorso è dunque un fatto costitutivo del processo amministrativo - non mero antecedente dello stesso - e ne determina la pendenza, con tutti gli effetti processuali che ne conseguono;*

*­ ancora, posto che l'interruzione del processo amministrativo è disciplinata mediante rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile, va tenuto presente che l'art. 299 c.p.c. prevede anche l'interruzione del processo per fatti che colpiscono le parti prima della costituzione in giudizio e, quindi, prima del deposito del ricorso (laddove la causa interruttiva riguardi il ricorrente);*

*­ infine, non va dimenticato che, anche in assenza del deposito del ricorso, le parti controinteressate potrebbero comunque costituirsi al solo scopo di far accertare l'improcedibilità del ricorso, ormai ineluttabilmente determinatasi, e non dunque di provocare una pronuncia di merito.”*

Di contro, secondo un diverso e prevalente orientamento, avallato altresì dalla dottrina dominante, *“l’effetto preclusivo dell’alternatività, che si sostanzia nell’inammissibilità del ricorso posteriore, si determini con il deposito del ricorso, incombente che costituisce il rapporto processuale e determina la pendenza del giudizio (sulla costituzione del rapporto processuale con il deposito del ricorso v. Cons. St., ad. plen., n. 3 del 1978 e 28 luglio 1980, n. 35).*

*Affinché operi il principio dell’alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario è, cioè, necessario che il primo non sia solo notificato ma anche depositato presso la Segreteria dell’organo adito, atteso che, a differenza del processo civile - nel quale l’atto di citazione contiene un invito alla controparte a presentarsi dinanzi al giudice per sentir decidere la controversia - il giudizio amministrativo si sostanzia in un ricorso rivolto direttamente al giudice affinché decida sulla lite. Pertanto, la costituzione del rapporto processuale si identifica con il deposito del ricorso presso la Segreteria dell’organo giurisdizionale, perché soltanto in tale momento il giudice viene investito del giudizio, con la conseguenza che il mancato deposito del ricorso toglie ogni rilevanza all’avvenuta notificazione (ex multis CGA, sez. riun. n. 00194/2017 del 14.03.2017).”* (ex multis **Cons. Giust. Amm., sez. riunite, n. 882/2017).**

# **14.3 Alternatività, cointeressati e controinteressati**

Il principio di alternatività ha come presupposto l’identità della lite anche dal punto di vista soggettivo. In tale prospettiva, si discute se possa trovare applicazione qualora il medesimo provvedimento sia stato impugnato in sedi diverse da parte di soggetti cointeressati.

Una risalente giurisprudenza minoritaria, al fine di evitare decisioni contrastanti, ne ha prospettato la vigenza, statuendo che “*è inammissibile il ricorso straordinario prodotto contro un atto già impugnato da altri interessati con ricorso giurisdizionale al TAR, salva la facoltà di convertire il rimedio amministrativo in quello giurisdizionale ai sensi dell’art. 20 penultimo comma L. 6 dicembre 1971, n. 1034, applicabile per analogia al ricorso straordinario*.” (**Cons. Stato, Sez. I, 29 maggio 1978, n. 1486/74**).

In senso contrario, per la giurisprudenza prevalente “*il sistema normativo conseguente alla riforma del 1971 (legge n. 1034 e decreto n. 1199) è esplicito e inequivoco nel senso che la regola dell'alternatività opera solo nel senso di impedire la simultanea proposizione di due ricorsi (l'uno giurisdizionale, l'altro straordinario) da parte dello stesso soggetto. Il sistema normativo prima vigente (art. 34, T.U. n. 1054 del 1924) benché meno esplicito sul punto, non poteva comunque essere interpretato in modo diverso, né, di fatto, lo era; non era infatti sostenibile allora, come non è sostenibile ora, che nel caso di pluralità di potenziali ricorrenti l'iniziativa dell'uno determinasse preclusioni nei confronti degli altri, e che, in particolare, la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte di uno degli interessati privasse gli altri del maggior termine concesso dalla legge per l'impugnazione in sede straordinaria. Né si può dire che l'inconveniente fosse superato grazie alla possibilità dell'intervento ad adiuvandum nel ricorso proposto dal primo (come sostengono ora i Lembo), perché per giurisprudenza costante l'intervento non è consentito a chi aveva titolo per proporre ricorso e ne è decaduto, e, del resto, la posizione dell'intervenuto è sempre subordinata a quella del ricorrente e la possibilità d'intervenire non si può considerare interamente sostitutiva di quella di ricorrere.*

*È vero, invece, che il sistema anteriore alla riforma del 1971 conteneva due regole per limitare (senza escluderla del tutto) la possibilità della contemporanea instaurazione di due procedimenti, l'uno giurisdizionale, l'altro straordinario, contro uno stesso atto. La prima regola era quella per cui, nel caso di pluralità di potenziali ricorrenti il ricorso straordinario non era proponibile sino a che non fosse scaduto il termine per i ricorsi giurisdizionali; la seconda regola (da intendersi, dettata per l'ipotesi che l'osservanza della prima non fosse possibile, ad es., perché non era conosciuto il termine a disposizione degli altri cointeressati) era quella per cui chi proponeva un ricorso straordinario doveva notificarlo anche agli altri potenziali ricorrenti, i quali avevano poi quindici giorni per chiedere che la vertenza fosse portata in sede giurisdizionale.*

*Ora, nel caso in esame, gli autori del ricorso straordinario non sottostavano né alla prima regola, né alla seconda; non alla prima, perché l'unico cointeressato aveva già consumato la sua facoltà d'impugnazione in sede giurisdizionale e non v'era quindi ragione di attendere che per lui scadesse il relativo termine (del resto, non è stato dimostrato, da parte di chi vi aveva interesse, che quel termine non fosse scaduto quando il ricorso straordinario è stato proposto); non alla seconda, sempre per la medesima circostanza della già intervenuta proposizione del ricorso straordinario, mentre l'onere dì comunicazione ai controinteressati, di cui all'ultima parte dell'art. 34, riguarda manifestamente solo i cointeressati che ancora siano inerti.*

*Si può riconoscere che in tal modo residua la possibilità che i procedimenti paralleli giungano ad esiti contrastanti. Ma si tratta d'inconveniente cui può sopperire, sul piano pratico, la diligenza delle parti, ad es. documentando la sopravvenienza, in una sede, di una pronuncia definitiva di annullamento che determini, nell'altra sede, la cessazione della materia del contendere*.” (**Cons. Stato, Sez. IV, n. 299/1986**).

Di conseguenza, risulta consolidato l’orientamento secondo cui “*l’art. 8, comma 2, d.p.r. 24/11/1971, n. 1199, nel prevedere la regola dell’alternatività tra i due rimedi, è chiaro a limitarne la portata espressamente all’ipotesi in cui sia un medesimo soggetto a esperirli entrambi — "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato" – e, comunque, la giurisprudenza è costante nel ritenere che "Nella vigente disciplina non è vietato che più soggetti, cointeressati all'annullamento di una dato atto amministrativo, lo impugnino autonomamente, taluni mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e taluni mediante ricorso giurisdizionale, con la conseguenza che è ammissibile non solo che i due rimedi abbiano un esito differente, ma anche che entrambi sfocino in una a decisione di annullamento con la caducazione dello stesso atto" (cfr. : Cons. Stato, sez. II, 20/11/1996, n. 2131, id, sez. IV, 28/04/1986, n. 299 – secondo cui “E’ ammissibile il ricorso al capo dello Stato che uno dei cointeressati abbia proposto dopo che l'altro aveva impugnato in sede giurisdizionale il medesimo provvedimento" – id., sez. II, 09/03/1982, n. 582; id. 08/06/1977, n. 1034).”* (**Cons. Stato, sez. V, n. 1650/2010**).

Sul punto è stato altresì precisato che *“il principio della alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario opera in presenza di due concorrenti condizioni: la identità del soggetto ricorrente e la identità dell’atto impugnato. Ne consegue che non può costituire preclusione per la proposizione del ricorso giurisdizionale o, come nel caso in esame, per la instaurazione del giudizio di appello, la intervenuta decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato che, pur riguardando il medesimo provvedimento amministrativo, sia stato però azionato da un soggetto diverso.”* (**Cons. Stato, sez. VI, n. 4194/2003**). E, nella medesima prospettiva, si è giunti a ritenere ammissibile il ricorso straordinario proposto da chi, nell’ambito di un ricorso giurisdizionale avverso il medesimo atto, impugnato successivamente in sede giustiziale, si era limitato a spiegare un intervento adesivo, affermando letteralmente che *“la preclusione ad adire la successiva via straordinaria non può quindi essere riferita, oltre che agli originari ricorrenti dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, anche a chi, […], di tale giudizio non è parte ma ha la veste di semplice interveniente adesivo*” e ciò sulla base della considerazione che la regola dell’alternatività tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale non opera quando il medesimo provvedimento sia impugnato da soggetti diversi, cointeressati tra loro. (**Cons. Stato, Sez. I, 19 gennaio 2000, n. 820/99**).

La particolare posizione riconosciuta ai cointeressanti in tema di alternatività si riverbera altresì in materia di opposizione. Invero, in considerazione della legittimazione ad essi riconosciuta di adire la sede ritenuta più opportuna, indipendentemente dalla scelta precedentemente operata dai diversi soggetti cointeressati, va ritenuta inammissibile l’opposizione presentata avverso l’impugnazione in sede giustiziale proposta dai diversi cointeressati, in particolare qualora la stessa sia successiva allo spirare dei termini di impugnazione e si risolva in una surrettizia rimessione in termini del cointeressato opponente.

Su questo specifico tema si richiama **TAR Napoli, n. 3033/2020**: “*la legitimatio all’esperimento della opposizione al ricorso straordinario da parte genericamente di “altri interessati” era prevista all’art. 34, ultimo comma, r.d. n. 1054/1924, disposizione abrogata dall'articolo 4, comma 1, punto 4), dell'Allegato 4 al c.p.a..*

*2.4. In claris non fit interpretatio.*

*La chiara espunzione dall’ordito normativo che ne occupa della previsione sulla cui ampia ed omnicomprensiva dictio solo potevano fondarsi operazioni esegetiche volte ad ampliare la platea dei soggetti legittimati alla opposizione –ivi ricomprendendovi anche i cointeressati, in quanto comunque “interessati” alla sorte del gravame- induce ad inferire la esistenza di una voluntas ordinamentale volta a restringere ai soli controinteressati la prerogativa di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale (TAR Campania, I, 366/2020).*

*2.5. D’altra parte, è ontologicamente differente la posizione:*

*- del cointeressato che, potendo ex se esperire la tutela rimediale contemplata dall’ordinamento nei termini decadenziali all’uopo contemplati (sia avanti il TAR che con ricorso straordinario al Capo dello Stato), è titolare di autonome guarentigie di cui può disporre senza vincoli eteronomi, rivenienti cioè da scelte e strategie difensive poste in essere da altri soggetti, “parimenti interessati” ad insorgere avverso l’actio provvedimentale della Amministrazione;*

*- rispetto a quella del controinteressato che, di contro, non implicando la qualitas di parte “attiva” e “propositiva” del procedimento giurisdizionale o giustiziale –ritraendosi, di contro, benefici o vantaggi dall’azione amministrativa- è giocoforza astretta e conformata dalle scelte operate da chi contro quella azione decide di insorgere.*

*2.5.1. Di talchè, nel caso del controinteressato, la attribuzione della facoltà di opposizione consente di preservare la possibilità di accedere al Giudice (artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 Carta di Nizza; artt. 24, 111 e 113 Cost.), recuperando la facultas di tutela delle proprie ragioni in un procedimento peraltro connotato dal doppio grado di giudizio, senza che tale indefettibile prerogativa possa essere conculcata in via eteronoma, per effetto del contegno della “controparte”.*

*2.5.2. Analoga ratio non potrebbe sorreggere la estensione della legittimazione anche al cointeressato che, di contro:*

*- ben può accedere liberamente al Giudice, al pari del ricorrente, nei termini decadenziali all’uopo contemplati;*

*- non può, di contro, essere surrettiziamente rimesso in termini, pel tramite della proposizione di un atto (opposizione) con il quale si manifesterebbe una facoltà di accesso al Giudice amministrativo di primo grado già, per così dire, consumatasi per effetto dell’inerte contegno tenuto ab initio.*

*2.5.3. Sotto questo profilo il cointeressato non può chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale, “in quanto la sua richiesta, se avanzata dopo lo spirare del termine di impugnazione, potrebbe costituire un espediente per eludere quest'ultimo, mentre, se avanzata prima, non avrebbe senso, dato che il principio di alternatività non opera allorquando i due tipi di gravame siano proposti da soggetti diversi” (TAR Campania 790/2016).*

*2.6. D’altra parte, e sotto altro ma non meno rilevante aspetto, la mancata tempestiva impugnazione dell’atto avanti il competente TAR implica la inammissibilità del successivo atto di opposizione, proprio in quanto atto contrastante con l’inerte e acquiescente contegno in precedenza tenuto dall’interessato.*

*2.6.1. In questa ottica, l’agere del cointeressato –che non sia insorto tempestivamente avanti il TAR e che, poscia, spieghi atto di opposizione proprio al fine di accedere alla sede giurisdizionale dapprincipio tenuta in non cale- si appalesa contrastante con il canone della buona fede, che rileva non solo sul piano sostanziale e/o procedimentale, ma anche su quello processuale e giustiziale, allorquando le tesi giudiziali collidano, all’evidenza, con il comportamento tenuto dalla parte nella fase precedente del rapporto o del contatto sostanziale, processuale o giustiziale.*

*2.6.2. Gli obblighi di buona fede e correttezza che devono sempre e comunque informare la condotta dei soggetti avvinti da un rapporto giuridico si dispiegano con continuità anche nella (eventuale), successiva, fase giurisdizionale o giustiziale, costituente il segmento finale del rapporto e del contatto inter partes.*

*2.6.3. Di talchè, le iniziative processuali, la meritevolezza e l’ammissibilità dell’interesse che le sostiene, vanno disvelate e poste in rilievo anche in forza dell’apprezzamento degli antecedenti comportamenti e/o manifestazioni di volontà posti in essere dalle parti, in sede sostanziale, procedimentale o giurisdizionale.*

*2.6.4. La giurisprudenza (CdS, V, 27 marzo 2015, n. 1605; CdS, V, 27 aprile 2015, n. 2064; Cass., 7 maggio 2013, n. 10568; TAR Lombardia, I, 19 novembre 2018, n. 2603; TAR Campania, III, 10 gennaio 2018, n. 154) da tempo riconosce la vigenza, nel sistema giuridico, di un principio generale di divieto di abuso del diritto, inteso come categoria diffusa nella quale rientra ogni ipotesi in cui un diritto cessa di ricevere tutela, poiché esercitato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge.*

*2.6.5. Il dovere di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta di Nizza, si pone non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell’ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale.*

*2.6.6. Espressione dell’abusivo esercizio di un potere, anche processuale o giustiziale, è proprio la sua contraddittorietà con precedenti comportamenti tenuti dal medesimo soggetto, in violazione del divieto generale di venire contra factum proprium (TAR Lombardia, I, 24 marzo 2020, n. 546; Id.id., 28 agosto 2019, n. 1929; Id. id., 14 giugno 2019, n. 1376; Id., id. 2810/18).”*

Una volta ammessa per i cointeressati la completa libertà di scelta in ordine al mezzo di impugnazione da utilizzare, occorre spostare l’attenzione verso la diversa rilevante questione del coordinamento delle decisioni prese nelle due distinte sedi, essendo ben possibile l’intervento di decisioni contrastanti nei confronti del medesimo atto. Infatti, nessuna notifica del ricorso, amministrativo o giurisdizionale, è prevista nei confronti dei cointeressanti, con la conseguenza che gli stessi potrebbero non essere a conoscenza della proposizione del primo ricorso. In proposito, secondo una tesi risalente, ove, in una delle due sedi l’atto impugnato venga annullato, cessa la materia del contendere in relazione al ricorso ancora pendente (**Cons. Stato, Sez. III, 8.6.1977 n. 1034/73**).

Di contro, un diverso orientamento, in armonia con la più recente legislazione che vieta l’estensione soggettiva dei giudicati, richiede di valutare se le motivazioni di annullamento siano satisfattive anche per il cointeressato che abbia impugnato nella diversa sede.

L’annullamento dell’atto inscindibile in uno dei due procedimenti, comporta la sopravvenuta improcedibilità del procedimento non ancora deciso solo se nei due ricorsi vi sia identità, oltre che di *petitum* (cioè la richiesta di annullamento dell’atto), ma anche di *causa petendi* (cioè i motivi per cui viene chiesto l’annullamento).

Se i motivi per cui viene chiesto l’annullamento dell’atto sono diversi nei due procedimenti, l’intervenuto annullamento in una sede potrebbe non essere satisfattivo per l’altro cointeressato ricorrente, il quale potrebbe avere interesse all’annullamento dell’atto per motivi diversi, il cui accoglimento rileva al fine della successiva attività dell’amministrazione (**Cons. St., IV, n. 554/1997**).

Quanto invece alla posizione dei controinteressati, la stessa postula un diverso approccio, dal momento che il principio secondo cui l’alternatività non opera qualora l’atto sia impugnato da soggetti diversi va coordinato con il principio dei ricorsi incidentali.

Sul punto è stato osservato che i controinteressati, una volta proposto il ricorso principale, possono gravare il medesimo atto solo in via incidentale nel medesimo procedimento, salva l’operatività del meccanismo di opposizione nel caso in cui l’impugnazione principale sia stata formulata in sede straordinaria. In tale prospettiva, l’istituto dell’opposizione si pone quale punto di raccordo tra il principio di alternatività e la tutela del controinteressato, il quale non rimane soggetto alla scelta compiuta dal ricorrente, ma può, manifestando il proprio dissenso mediante opposizione, trasporre il giudizio in sede giurisdizionale, valendosi delle maggiori garanzie offerte da tale rimedio. Quanto al coordinamento tra i due istituti, va al riguardo considerato che l'opposizione alla trattazione in sede straordinaria preclude qualsiasi pronuncia amministrativa sulla controversia, anche se concernente una questione pregiudiziale.

# **14.4 Alternatività e irricevibilità o inammissibilità del primo ricorso**

In tema di alternatività, si è posta la questione se tale principio dovesse ritenersi operante anche nell’ipotesi in cui il ricorso proposto per primo fosse stato definito in rito o fosse destinato ad esserlo.

L’indirizzo dominante propende per la soluzione affermativa, osservando che la regola dell’alternatività e, dunque, il principio “*electa una via, non datur recursus ad alteram”* operano comunque, in caso di previa proposizione del ricorso giurisdizionale, anche quando lo stesso sia stato definito in rito o sia destinato ad esserlo in ragione di rinuncia o inattività della parte.

*“Deve, in proposito, essere evidenziato che una diversa soluzione ermeneutica si porrebbe in contrasto con la lettera stessa del citato articolo 8 del DPR n. 1191/1971, il quale ricollega l’inammissibilità del ricorso straordinario alla previa “impugnazione” del provvedimento in sede giurisdizionale e non anche al tipo di pronuncia che in concreto il giudice abbia adottato o debba adottare.*

*Ciò che rileva è, dunque, la scelta del rimedio giurisdizionale e non anche l’esito dello stesso (cfr. Cons. Stato, I, n. 96/2020; II, n. 1464/2016).*

*È stato, invero, affermato (cfr. Cons. Stato, I, n. 9/2020; I, n. 285/2019) che il principio dell’alternatività, con conseguente preclusione dell’esperibilità del ricorso straordinario, si collega alla proposizione del ricorso in sede giurisdizionale quale fatto storico e, quindi, indipendentemente dall’esito dello stesso.*

*Pertanto, il deposito del ricorso giurisdizionale, con il quale si instaura il rapporto processuale nel giudizio amministrativo, rende inammissibile il ricorso straordinario contro lo stesso atto già impugnato in sede giurisdizionale, senza che possano avere rilievo le successive vicende estintive del ricorso giurisdizionale per cause imputabili al ricorrente, quali l’inammissibilità, l’irricevibilità, la perenzione o la rinuncia, le quali non fanno rivivere l’ammissibilità del ricorso straordinario (cfr. Cons. Stato, I, n. 9/2020; I, n. 1347/2015), pur quando risulti ancora pendente il termine per la proposizione di quest’ultimo ( cfr. Cons. Stato, I, n. 592/2014).*

*Invero, la scelta del tipo di tutela deve essere effettuata, una volta per tutte, all’inizio dell’attività impugnatoria e non è possibile avvalersi ex post della diversa scadenza temporale prevista per un procedimento alternativo, quello del ricorso straordinario, quando nella sede giurisdizionale precedentemente attivata il ricorso sia destinato a una declaratoria di estinzione per rinuncia ovvero di perenzione.*

*Non è al riguardo utile spendere la considerazione che l’esito in rito del ricorso giurisdizionale escluda comunque la possibilità di formazione di giudicati contrastanti.*

*La finalità di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia (ne bis in idem), che è alla base del principio di alternatività, risulta, invero rilevante anche quando il ricorso giurisdizionale sia destinato ad essere definito in rito, atteso che comunque questa può essere pronuncia difforme rispetto a quella di merito in ipotesi adottata in esito al gravame straordinario.*

*Inoltre, la prefata finalità costituisce la ratio del divieto di proposizione del medesimo ricorso nelle due distinte sedi, giurisdizionale ed amministrativa, con prevalenza del rimedio proposto per primo.*

*Pertanto, il divieto (con conseguente inammissibilità del ricorso successivamente proposto in diversa sede) opera comunque anche quando in concreto il primo giudizio sia destinato ad estinguersi ovvero a non avere seguito, connotandosi la prefata ratio quale espressione di un’esigenza correlata alla mera scelta del rimedio e non anche all’esito dello stesso, che è, pertanto, irrilevante.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1972/2020**).

# **14.5 Alternatività e ottemperanza**

Occorre chiedersi quale sia il rapporto tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato ed il giudizio di ottemperanza. Tale tema va indagato sotto un duplice aspetto.

Da un lato occorre esaminare l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione alle decisioni su ricorso straordinario; dall’altro analizzare la questione propriamente relativa all’estensione del principio di alternatività anche ai rapporti tra ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza.

In relazione al primo profilo*,* già con decisione **Cons. Stato, sez. II, n. 313/2012**, è stato rilevato che *“con la sentenza n. 2065 del 2011 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che, a seguito delle modifiche intervenute negli ultimi anni, il ricorso straordinario al P.D.R. ha acquisito una fisionomia assai più vicina al ricorso dinanzi al giudice amministrativo, sì che le relative decisioni possano essere equiparate – ai fini dell’esecuzione – al giudicato.*

*Ne consegue l’applicabilità ad esse del rimedio dell’ottemperanza, come risulterebbe confermato dall’art. 112, comma 2, lett. b), del Codice del processo amministrativo, il quale prevede che l'azione di ottemperanza può essere proposta dinanzi al giudice amministrativo per conseguire l'attuazione delle sentenze esecutive e “degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo”, formula idonea a comprendere proprio le decisioni su ricorso straordinario, in quanto emanate sulla base del parere vincolante del Consiglio di Stato.*

*Tale esegesi è stata fatta propria dal Consiglio di Stato, che, con sentenza n. 3513 del 10/06/2011 della Sezione Sesta, ha ritenuto ammissibile il giudizio di ottemperanza con riguardo alle decisioni dei ricorsi straordinari.*

*Ciò, tuttavia, non porta a ritenere ammissibile la proposizione del ricorso di ottemperanza in sede giustiziale, ossia nelle forme previste per il ricorso straordinario.*

*L’ottemperanza era e resta un’azione giurisdizionale, né vi è alcun indice normativo che possa far pensare ad una sua introduzione nel sistema dei ricorsi amministrativi, che è costruito sul modello dell’azione di annullamento per vizi di legittimità, mentre il rimedio dell’ottemperanza ha natura di merito e postula una cognizione di altro tipo, che nella stessa sede giurisdizionale configura un’eccezione.*

*L’affermazione recata nella citata pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui, nell’ipotesi di decisione su ricorso straordinario, il ricorso per l'ottemperanza si propone, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”, non può che essere intesa nel senso che il riferimento sia al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, come peraltro implicitamente ritenuto dall’indicata sentenza n. 3513 del 10/06/2011 della Sezione Sesta.”*

Con particolare riferimento al tema dell’operatività del principio di alternatività in relazione ad atti, allo stesso tempo violativi o elusivi del giudicato ed illegittimi per vizi nuovi e ordinari di violazione di legge o eccesso di potere, è di recente tornata la Prima Sezione, con il **parere n. 979/2021**, che ha ulteriormente precisato che rimane ferma l’inammissibilità del ricorso straordinario anche in caso di inammissibilità del ricorso giurisdizionale in sede di ottemperanza.

Si legge, infatti, “*sostiene il ricorrente che il giudizio di inammissibilità del ricorso per l’ottemperanza formulato dal Tar – basato sul rilievo che l’atto di riesercizio della funzione presentava non già vizi di nullità per violazione o elusione del giudicato, bensì vizi di annullabilità per illegittimità da far valere con il rito impugnatorio ordinario – avrebbe dovuto rendere ammissibile il ricorso straordinario ancora pendente. La tesi non può essere condivisa, poiché l’esito sfavorevole (inammissibilità) del ricorso giurisdizionale, medio tempore sopravvenuto ancora pendente il ricorso straordinario, non può certo “sanare” o comunque superare l’originaria e irrimediabile inammissibilità del rimedio straordinario, in quanto, diversamente opinando, si consentirebbe in pratica di fare due cause per il medesimo affare controverso, che è esattamente ciò che il principio di alternatività mira a evitare e impedire (ne bis in idem). Resta pertanto irrilevante la circostanza, contestata dal ricorrente, che il parere di questa Sezione avrebbe “omesso ogni e qualsivoglia riferimento al contenuto della sentenza del TAR Umbria, che pure faceva parte del fascicolo e sulla quale si era, invece, soffermata la relazione del Ministero”.*

*4. La tesi di parte ricorrente poggia sull’erroneo presupposto interpretativo secondo il quale sarebbe senz’altro possibile, nel nostro ordinamento giuridico, chiedere, da un lato, l’esecuzione del giudicato nella sede (propria) giurisdizionale, e, dall’altro lato, parallelamente e successivamente, impugnare lo stesso atto amministrativo (pur asseritamente violativo o elusivo del giudicato) in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, nell’ipotesi nella quale tale atto dovesse essere ritenuto non già difforme dalla norma agendi cristallizzata nel giudicato, bensì illegittimo per vizi nuovi e ordinari di violazione di legge e di eccesso di potere.*

*5. Questa tesi è inammissibile e confligge con la regola dell’alternatività, la cui ragion d’essere consiste esattamente nell’evitare che le medesime questioni giuridiche possano essere contemporaneamente proposte, anche se con diverse prospettazioni di parte, in sede giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo e in sede giustiziale dinanzi al Consiglio di Stato in sede consultiva per la decisione del Capo dello Stato.*

*6. Essa confligge, inoltre, con l’attribuzione in via esclusiva al solo Giudice dell’ottemperanza (che si identifica nel “giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”, art. 113 c.p.a.) della competenza funzionale a decidere “di tutte le questioni relative all'ottemperanza” (art. 114, comma 6, c.p.a.), con il potere, se del caso e ove ne ricorrano i presupposti, di disporre la conversione delle azioni (art. 32 c.p.a.), essendo “sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale”, ed essendo rimesso al potere del giudice la qualificazione della “azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali” e, “Sussistendone i presupposti . . . disporre la conversione delle azioni” (art. 32, comma 2, cit.).*

*7. In altri termini, era onere della parte, nella sede propria dell’esecuzione del giudicato, chiedere al Giudice adito, anche in via subordinata, la conversione dell’azione di ottemperanza in azione ordinaria di annullamento (previa, ove necessaria, remissione nei termini), nella ipotesi subordinata di ritenuta insussistenza dei profili di violazione o elusione del giudicato dedotti in quella sede in via principale, mentre è inammissibile “spezzettare” l’unica e unitaria causa in due tronconi, per far valere contemporaneamente la medesima pretesa sostanziale in parte (secondo un determinata prospettazione) dinanzi al Giudice dell’esecuzione e in parte (secondo una diversa prospettazione) dinanzi alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato per la decisione del ricorso straordinario.*

*8. È appena il caso di evidenziare che la (non recente) giurisprudenza citata dalla parte ricorrente (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1226 del 1994) risulta superata, oltre che dall’approvazione del codice del processo amministrativo, dalla successiva giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. I, parere 12 novembre 2020, n. 1797; Id., 13 novembre 2019, n. 2861) che ha ampliato e meglio chiarito l’ambito di operatività del principio di alternatività, che abbraccia ormai, senza inutili formalismi, la lite nella sua complessiva dimensione sostanziale, intesa come controversia su un determinato affare amministrativo, e che non può essere eluso mediante diverse prospettazioni o argomentazioni di parte. La giurisprudenza di questa Sezione ha peraltro in più occasioni ribadito l’inammissibilità della proposizione in sede di ricorso straordinario di questioni comunque attinenti, direttamente o indirettamente, alla corretta interpretazione ed esecuzione di un giudicato, questioni che sono riservate, per ragioni logiche prima ancora che giuridiche, al giudice che ha pronunciato la sentenza (Cons. Stato, Sez. I, pareri 17 giugno 2020, n. 1330 e 18 febbraio 2019, n. 457).”*

Per completezza, si aggiunge, infine, che, ai sensi dell’art. 114, comma 6, del c.p.a., la competenza funzionale inderogabile del giudice dell’ottemperanza si estende altresì agli atti del commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo per l’ottemperanza di una sua pronuncia giurisdizionale. Sul punto, la giurisprudenza ha, infatti, ritenuto inammissibile il ricorso straordinario relativo agli atti del commissario stesso. (**Cons. Stato, sez. I, n. 489/2021**).

# **14.6 Alternatività e rinuncia al ricorso proposto per primo**

In relazione alla questione dell’applicabilità della regola dell’alternatività nel caso di rinuncia al ricorso proposto per primo, l’orientamento dominante, al pari del caso in cui intervenga una pronuncia di irricevibilità o inammissibilità del primo ricorso, ha da sempre sostenuto che “*il principio dell’alternatività – con conseguente preclusione della esperibilità del ricorso straordinario – si collega, infatti, alla proposizione del ricorso in sede giurisdizionale quale fatto storico e, quindi, indipendentemente dell’esito dello stesso (Cons. St., sez. II, 14 novembre 2016, n. 2354; Id. 27 luglio 2016, n. 1720). Ne consegue l’inammissibilità del ricorso straordinario senza che, dunque, possano avere rilievo le successive vicende estintive del ricorso giurisdizionale per cause imputabili alla parte ricorrente (perenzione, rinuncia).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 285/2019**).

In tal senso, *“la circostanza che il difensore dei ricorrenti abbia comunicato la formale intenzione e l’interesse dei propri assistiti a coltivare e di proseguire solo il ricorso straordinario è priva di rilievo. Infatti - anche a non voler considerare che in quel giudizio dinanzi al T.a.r. non risulta presentata nessuna rinuncia - il principio di alternatività, finalizzato ad evitare contrasti tra pronunce giustiziali, fa sì che il pregresso ricorso giurisdizionale renda inammissibile il successivo ricorso straordinario contro lo stesso atto; e che non abbiano rilievo in proposito successive vicende estintive del ricorso giurisdizionale (peraltro assenti nel caso di specie), ivi compresa la rinuncia (v., per tutte, Cons. Stato - sez. I parere n. 1347 del 30 aprile 2015, reso sull’affare n. 204/2015).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 107/2018**).

Sul punto, la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato *““ha più volte ribadito che “il principio dell’alternatività deve essere preso in considerazione al momento della scelta compiuta dai soggetti legittimati, in base al consolidato principio «electa una via non datur recursus ad alteram»”… e che l’atto di rinuncia al ricorso giurisdizionale non ha effetto automatico e immediato, richiedendosi sempre “un’espressa pronuncia dell’organo giudicante relativamente alla controversia sottoposta al suo esame” …, con la conseguenza che “il criterio dell’alternatività opera anche nell’ipotesi in cui il ricorso straordinario venga proposto dopo la dichiarata estinzione per rinuncia del ricorso giurisdizionale” (Cons. Stato, Sez. II, parere n. 2354/2016 emesso nell’adunanza del 12 ottobre 2016 sull’affare numero 01464/2016).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 2680/2018**).

Interessante in ordine al tema dei rapporti tra principio di alternatività e rinuncia al ricorso è il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 562/2019**, che nel riaffermare l’orientamento consolidato, richiama anche alcune isolate decisioni di senso contrario.

Di seguito se ne riportano le parole: *“la rinuncia al ricorso giurisdizionale è ininfluente agli effetti del principio dell'alternatività, poiché ciò che ha rilievo è la scelta, già operata, del mezzo di gravame.*

*Questo, del resto, è stato l’orientamento del Consiglio di Stato che si affermò dopo incertezze iniziali (ad. gen. 16 marzo 1899 e ad. gen. 25 aprile 1906) a seguito della legge 7 marzo 1907, n. 62, poi trasfusa nel testo unico approvato con r.d. 17 agosto 1907, n. 638, e poi ancora nel testo unico 26 giugno 1924, n. 1054 (ad. gen., 13 gennaio 1910; 10 marzo 1925, su ricorso Bagnara; 9 febbraio 1927, su ricorso Coutri; 22 settembre 1933, su ricorso Prota; ad. gen., 14 luglio 1938, n. 194; ad. gen. 17 marzo 1938, n. 65; ad. gen. 24 marzo 1955, n. 116; ad. gen. 12 luglio 1956, n. 224; ad. gen. 27 novembre 1958, n. 402; ad. gen. 7 aprile 1960, n. 103; ad. gen. 21 marzo 1964, n. 548).*

*A coloro che rilevarono che “il principio affermato dalla giurisprudenza, secondo cui la rinuncia al ricorso in via giurisdizionale non realizza la condizione di proponibilità del ricorso straordinario, è eccessivamente rigoroso, perché va oltre lo scopo della legge che è quello di evitare la possibile contraddittorietà dei giudizi”, la dottrina prevalente obiettò che la legge “è diretta ad attuare quello scopo con rigore processuale per l'ordinato svolgimento dei rapporti”.*

*Seppure talune isolate decisioni si orientarono in senso opposto (Cons. Stato, sez. II, R.G. n. 1403-1994 e Cons. Stato, sez. I. n. 106-2012, che sottolineò che “la rinuncia dell’interessato, seguita da una sentenza che si limiti a dare atto dell’intervenuta rinuncia senza pronunciarsi sul merito della causa, impedirebbe che sul caso controverso possano aversi pronunce difformi, escludendo in radice il rischio di decisioni contrastanti, in sede consultiva e in quella giurisdizionale, sulla medesima questione”), la giurisprudenza assolutamente prevalente confermò l’orientamento tradizionale (Cons. Stato, sez. II, R.G. n. 2275-1974 (1976); Cons. Stato, sez. VI, n. 148-1976; Cons. Stato, sez. II, n. 2275-1976; Cons. Stato, sez. II, 1997, n. 2117; Cons. Stato, sez. I, R.G. n. 820-1999 (2000); Cons. Stato, sez. I, R.G. n. 3001-2006; Cons. Stato, sez. I, R.G. n. 921-2008; Cons. Stato, sez. III, R.G. n. 3542-2008; Cons. Stato, sez. III, n. 656-2010; Cons. Stato, sez. III, n. 4680-2010; Cons. Stato, sez. I, n. 1304-2012; Cons. Stato, sez. II, n. 2905/2013; Cons. Stato, sez. II, n. 3578-2013; Cons. Stato, sez. I, n. 885-2014; Cons. Stato, sez. I, n. 1122-2014; Cons. Stato, sez. II, n. 3422/2014; Cons. Stato, sez. I, n. 1347-2015; Cons. Stato, sez. II, n. 2354-2016; Cons. Stato, sez. I, n. 107-2018; Cons. Stato, sez. I, n. 2680-2018).*

*Sottolineò, in particolare, che accogliendo la tesi contraria “si consentirebbe alla parte, con l'espediente della rinunzia al ricorso giurisdizionale, di proporre col ricorso straordinario nuove censure; e di evitare, addirittura, gli effetti preclusivi di una pronuncia di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso” (Cons. Stato, sez. VI, n. 609-1977); che “il fatto della rinuncia al ricorso giurisdizionale, di suo, non causa il venir meno di tale operatività per evidenti ragioni di certezza giuridica: diversamente, infatti, ne verrebbe una situazione di precarietà, restando la pronuncia sull'ammissibilità in una sede esposta alla condizione meramente potestativa della successiva rinuncia all'altro gravame: il che contrasta con la regola della definitività delle decisioni, e la giurisprudenza ha pertanto ritenuto che non operi al riguardo alcun ius poenitendi dell'interessato” (Cons. Stato, sez. II, R.G. n. 2117-1997); che “il principio dell’alternatività – con conseguente preclusione della esperibilità del ricorso straordinario – si collega alla proposizione del ricorso in sede giurisdizionale quale fatto storico e quindi indipendentemente dell’esito dello stesso, foss’anche della sua rinuncia”.(Cons. Stato, sez. II, n. 1720-2016).”*

# **14.7 Alternatività e perenzione**

I principi sino ad ora illustrati a proposito del principio di alternatività rispetto alle ipotesi di inammissibilità, di irricevibilità e di rinuncia del ricorso proposto per primo, sono validi altresì in relazione al tema del rapporto tra il principio di alternatività e la perenzione del primo ricorso.

Infatti, come previamente affermato e ribadito, la regola dell’alternatività e, dunque, il principio “*electa una via, non datur recursus ad alteram*” operano comunque, in caso di previa proposizione del ricorso giurisdizionale, anche quando lo stesso sia stato definito in rito o sia destinato ad esserlo in ragione di rinuncia o inattività della parte. Ciò che rileva è la scelta del rimedio giurisdizionale e non anche l’esito dello stesso. (cfr. **Cons. Stato, sez. I, n. 1972/2020**).

Anche in tale ipotesi, preme riaffermare, pertanto, che *“il principio dell’alternatività – con conseguente preclusione dell’esperibilità del ricorso straordinario – si collega, infatti, alla proposizione del ricorso in sede giurisdizionale quale fatto storico e, quindi, indipendentemente dell’esito dello stesso (da ultimo, Cons. St., sez. I, parere 24 gennaio 2019, n. 285). Ne consegue l’inammissibilità del ricorso straordinario senza che, dunque, possano avere rilievo le successive vicende estintive del ricorso giurisdizionale per cause imputabili alla parte ricorrente come l’irricevibilità, la perenzione ovvero la rinuncia (in termini Cons. Stato, Sez. I, parere n. 1347/2015 che ha affermato che il deposito del ricorso giurisdizionale “rende inammissibile il ricorso straordinario contro lo stesso atto già impugnato in sede giurisdizionale e non hanno rilievo le successive vicende estintive del ricorso giurisdizionale per cause imputabili alla parte ricorrente (perenzione, rinuncia) le quali… non fanno certo rivivere l’ammissibilità del ricorso straordinario”).”* (**Cons. Stato, I, n. 9/2020**).

Come già ampiamente esaminato, sussiste anche nel caso della perenzione la finalità di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia (*ne bis in idem*), che è alla base del principio di alternatività e che risulta rilevante anche quando il ricorso giurisdizionale sia destinato ad essere definito in rito, atteso che comunque questa può essere una pronuncia difforme rispetto a quella di merito in ipotesi adottata in esito al gravame straordinario.

# **15. Il contenuto del ricorso**

In merito al contenuto del ricorso, nel d.P.R. n. 1199/1971 manca una disposizione specifica che ne determini i requisiti formali.

A ben vedere, *“per consolidata giurisprudenza il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un mezzo attraverso il quale è possibile chiedere l’annullamento di atti amministrativi che si ritengano illegittimi e, a tal fine, è necessario che il ricorrente formuli, sia pure senza ricorrere a particolari formalità, le ragioni per le quali ritiene che il provvedimento debba essere dichiarato, per l’appunto, illegittimo.*

*È principio di carattere generale che i motivi di gravame, pur se non rubricati in modo puntuale né espressi con formulazione giuridica rigorosa, devono essere comunque esposti con specificità sufficiente a fornire almeno un principio di prova utile alla identificazione delle tesi sostenute a supporto della domanda finale, come altresì chiarito dall’articolo 40 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo, che richiede l’esposizione dei “motivi specifici su cui si fonda il ricorso”.*

*Parte ricorrente deve, in altri termini, offrire indizi dai quali ragionevolmente desumere vizi dell’atto avversato, incombendo su di essa, nel giudizio amministrativo, l’onere della formulazione e dell’individuazione dei vizi inficianti i provvedimenti di cui si duole, sia pure nei limiti alla medesima consentiti dalla disponibilità degli atti, adducendo concreti elementi idonei a dimostrare quantomeno la possibilità di sussistenza dei denunciati vizi (fra le pronunce più recenti della Sezione cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. I, n. 42/2021, n. 1471/2020, n. 2791/2019 e n. 762/2019).”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 440/2021**)

Pertanto, è inammissibile per genericità dei motivi il ricorso che si sostanzia in un esposto o una petizione di grazia al Capo dello Stato e non contiene censure d’illegittimità dell’atto impugnato. (**Cons. Stato, Sez. II, n. 3124/2011**).

In particolare, come opportunamente osservato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 106/2019**,“*la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito che, sebbene sussista il principio di libertà della forma e quindi non esistano formule sacramentali e tipizzate per svolgere le censure, il ricorrente è comunque tenuto a chiedere l'annullamento dell'atto impugnato, quale immancabile elemento costitutivo dell'esercizio dell'azione di annullamento (C.G.A., ss.rr. parere n. 521/12 dell'8 maggio 2012). […] La giurisprudenza amministrativa - dalla quale non vi è ragione per discostarsene - ha più volte ribadito che il principio di specificità dei motivi di ricorso è posto, non solo a tutela della parte intimata affinché possa essere posta nella condizione di svolgere le proprie difese in maniera compiuta (art. 24 Cost.), ma anche per consentire al giudice di comprendere effettivamente le ragioni che si è inteso fare valere (C.G.A., s.r.l., parere n. 521/12 dell'8 maggio 2012).”*

Non è invece necessario che le censure siano esposte in ordine logico e con citazione di norme giuridiche, essendo sufficiente che dal gravame risultino con chiarezza i vizi di legittimità denunziati, anche in considerazione del fatto che il ricorrente può agire in sede straordinaria senza l’assistenza tecnica di un difensore.

Sul punto, inoltre, *“la giurisprudenza ha inoltre chiarito che l’inammissibilità dei motivi di ricorso non consegue solo al difetto di specificità ma anche alla loro mancata indicazione, “distintamente”, in apposita parte dedicata a tale elemento del ricorso (sia esso di primo grado che di appello), di cui i motivi costituiscono il nucleo essenziale e centrale; ciò al fine di evitare il rischio che trovino ingresso i cd. “motivi intrusi”, ossia motivi inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto che, a loro volta, ingenerano il rischio della pronuncia di decisioni che non esaminino tutti i motivi per la difficoltà di individuarli in modo chiaro ed univoco e, di conseguenza, incorrano in un vizio revocatorio (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 8).”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 836/2021**).

Infine, da un punto di vista strettamente formale, come rilevato dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 2004/2020**: “*deve rilevarsi che la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio ritiene che il ricorso privo di sottoscrizione deve essere considerato nullo e non meramente irregolare o affetto da invalidità sanabile (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. I, n. 1993/2019). D’altra parte, in tema di ricorso giurisdizionale, l’articolo 44 del codice del processo amministrativo dispone che il ricorso è nullo “se manca la sottoscrizione” (cfr. Cons. di Stato, sez. I, 1090/2020). Pur rilevandosi che lo strumento del ricorso straordinario, per la sua natura di strumento diretto a facilitare l’iniziativa dell’interessato, è scevro da specifiche modalità o rigidi requisiti, va precisato che lo stesso non sopporta l’assenza di requisiti minimi di forma, quale la riconducibilità dell’atto al ricorrente attraverso la sottoscrizione dello stesso (cfr. Cons. di Stato, sez. I, 1090/2020, cit., Cons. di Stato, sez. I, n. 2719/2019; Cons. Stato, sez, I, n. 1589/2019).”*

# **15.1 Il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti**

Con specifico riferimento al dovere di chiarezza e di sinteticità degli atti, si riporta quanto affermato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1326/2019:** *“Il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti è sancito agli artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, c.p.a.; […] nel processo amministrativo, ai sensi dell’articolo 13 ter delle norme di attuazione, i criteri e i limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi sono fissati con decreto del Presidente del Consiglio di Stato al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i princìpi di sinteticità e chiarezza di cui al predetto articolo 3, comma 2, c.p.a.; […] tale principio di sinteticità, oltre ad essere condiviso dalla giurisprudenza amministrativa (C.G.A. 15 settembre 2014 n. 536; C.G.A. 19 aprile 2012 n. 395), è stato affermato pure dalle sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., S.U., 11 aprile 2012 n. 5698); […] il predetto dovere di chiarezza e sinteticità degli atti risponde anche ad esigenze avvertite in sede sovranazionale, così come dimostrato dalle «istruzioni pratiche alle parti relative ai ricorsi diretti e alle impugnazioni» redatto in ambito europeo dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea; […] occorre fare applicazione di tale principio anche in sede di ricorso straordinario, atteso che “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” (Corte Cost., 2 aprile 2014 n. 73); […] qualora le parti non osservino il predetto dovere di sinteticità, deve spettare al Consiglio di Stato, in sede consultiva, fissare criteri e limiti dimensionali al ricorso e agli altri atti difensivi con valutazione che tenga in considerazione la controversia introdotta con ricorso straordinario e la peculiarità del rimedio straordinario stesso.”.*

Per completezza, preme osservare che è stata manifestata l’opportunità di un intervento del legislatore che introduca legislativamente, anche con riferimento al ricorso straordinario, il principio di sinteticità, attualmente vigente nel processo amministrativo e applicato anche in ambito sovranazionale.

# **15.2 I motivi di ricorso in caso di precedente ricorso gerarchico**

Un ulteriore profilo di approfondimento in ordine al contenuto del ricorso straordinario attiene all’ipotesi in cui il ricorrente abbia introdotto in sede straordinaria, per la prima volta, nuovi e originali profili vizianti mai dedotti in sede di ricorso gerarchico.

Sul punto è stato precisato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 745/2021** quanto segue: “*trova applicazione in sede di ricorso straordinario il principio della necessaria corrispondenza delle censure articolate in sede gerarchica e delle successive in sede straordinaria, principio già elaborato in relazione al rapporto tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale.*

*In tema di rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale, la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, 19-11-2018, n. 6491; III, 17-4-2018, n. 2286; VI, 2-7-2015, n. 3299; V, 15-3-2012, n. 1444) afferma che in sede di ricorso giurisdizionale contro una decisione adottata a seguito di ricorso gerarchico, sono inammissibili i motivi nuovi di ricorso che non siano stati proposti nella predetta sede contenziosa amministrativa, a meno che il termine a ricorrere contro l’originario provvedimento impugnato non sia ancora decorso, e ciò al fine di evitare che la mancata impugnativa di un atto asseritamente illegittimo attraverso il rimedio giustiziale e la sua successiva impugnativa (per saltum) con il rimedio giurisdizionale possa costituire la via attraverso la quale eludere l’onere di impugnare tempestivamente l’atto nell’ordinario termine decadenziale.*

*In sede di ricorso straordinario è, dunque, preclusa la possibilità di modificare l’oggetto del contendere già individuato con il gravame gerarchico (cfr., da ultimo, Cons. Stato, I, n. 1075/2020).*

*La Sezione, invero, ritiene che la presentazione del ricorso gerarchico non ha efficacia sospensiva dei termini di impugnazione giustiziale o giurisdizionale del provvedimento avversato in sede amministrativa. Ciò comporta che l’oggetto del contendere, la “causa petendi”, viene perimetrata dal ricorrente con il gravame gerarchico. La successiva impugnazione della decisione del ricorso amministrativo non potrebbe, pertanto, rappresentare uno strumento surrettizio per ampliare il “thema decidendum” per come delineato dal ricorrente. Tale principio trova supporto nella natura specificamente impugnatoria del rimedio, allorquando le posizioni giuridiche possedute dal ricorrente hanno consistenza di interesse legittimo. In questi casi il ricorso giurisdizionale o giustiziale sconta termini decadenziali perentori a fronte dei quali, se si ammettesse la possibilità di ampliamento postumo del “thema decidendum”, mediante la proposizione di motivi nuovi di gravame, verrebbe facilmente aggirato quel termine concretandosi una indebita rimessione in termini non consentita dall’ordinamento giuridico.”*

# **16. Il termine per la proposizione del ricorso**

Ai sensi dell’art. 9, comma 1, del d.P.R. n. 1199 /1971, il ricorso straordinario deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell’atto impugnato o da quando l’interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

Al riguardo appare interessante quanto rilevato a suo tempo dall’**Adunanza generale con parere n. 690/1971** (reso sullo schema di decreto delegato per la disciplina dei procedimenti dei ricorsi amministrativi (poi divenuto d.P.R. n. 1199/1971) secondo cui “*Il Collegio ha preso in esame la questione se debba tenersi fermo il termine, oggi fissato in 180 giorni dall'art. 16 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, o se il medesimo debba essere ridotto. La prima soluzione prospettata, riduzione a sessanta giorni, risponderebbe indubbiamente a sentite esigenze di certezza degli atti amministrativi che sono oggi soggetti ad un lungo termine di impugnativa, realizzerebbe un completo parallelismo tra ricorso straordinario e rimedio giurisdizionale. Ma tale soluzione, come l'altra esaminata, riduzione del termine a 120 giorni, altererebbe la funzione del ricorso straordinario o lo priverebbe di uno dei suoi pregi essenziali, quello cioè del più lungo periodo concesso all'interessato per la valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'impugnativa. Si è, pertanto, preferito confermare il termine attualmente previsto*.”

Per completezza, giova precisare che, quanto ai ricorrenti residenti all’estero, trova applicazione anche al ricorso straordinario, la disposizione di cui all’art. 41, comma 5, c.p.a., con conseguente aumento di 30 giorni del termine per la presentazione del ricorso medesimo da parte di soggetto residente in altro Stato europeo.

Sul punto si riportano le parole del parere **Cons. Stato, sez. I, n. 359/2021**: *“la Sezione ha infatti rilevato che il termine, ex art. 9, primo comma, del D.P.R. n. 119/1971, di 120 giorni per la presentazione del ricorso dal 28 novembre 2019 (data di pubblicazione nella G.U. del decreto impugnato) sarebbe scaduto il 26 marzo 2020. Dal momento che la ricorrente, come confermato dalla relazione ministeriale, è società avente sede in Slovacchia, trova applicazione al caso di specie quanto già affermato dalla Sezione con il parere n. 674/2019 del 5 marzo 2019 in ordine alla riferibilità anche al ricorso straordinario della disposizione di cui all’art. 41, comma 5, c.p.a., con conseguente aumento di 30 giorni del termine per la presentazione del ricorso medesimo da parte di soggetto – come la ricorrente - residente in altro Stato europeo.”*

*De iure condendo*, è stata prospettata l’opportunità di una riduzione del termine di presentazione del ricorso, da centoventi giorni a novanta giorni, con l’obiettivo di permettere all’amministrazione, in un tempo più ridotto, di considerare definitivamente stabile il provvedimento amministrativo non impugnato né in sede giurisdizionale (entro sessanta giorni) né col ricorso straordinario.

Coerentemente si propone di prevedere che entro sessanta giorni i controinteressati possano proporre ricorso incidentale o memorie e documenti e che l’amministrazione, cui, sempre *de iure condendo*, dovrebbe essere prevista la notifica del ricorso, provveda entro novanta giorni ad istruirlo per riferire al ministero competente.

# **16.1 Sospensione feriale dei termini**

*“Per indirizzo consolidato della Sezione (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. I, n. 3044 del 2 dicembre 2019; Id., n. 2926 del 22 novembre 2019; Id., n. 2218 del 30 luglio 2019; Id., n. 2039 del 12 luglio 2019) non è applicabile al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica la sospensione feriale dei termini.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1382/2020**).

In particolare, è stato evidenziato che *“il ricorso straordinario - anche dopo la novella legislativa del 2009 e gli apporti del Codice del processo amministrativo che ne hanno valorizzato la portata giustiziale in termini di terzietà dell’organo preposto alla formulazione del parere, quest’ultimo ormai vincolante per la decisione da assumere - rimane nell’ordinamento giuridico di settore e per la specificità dei suoi presupposti, un rimedio giustiziale di natura amministrativa cui non si applica la sospensione dei termini feriali di cui alla legge 7 ottobre 1969, n. 742 (v., oggi, art. 54, comma 2, c.p.a. ), che è riferibile solo ai termini processuali.*

*L’elemento dirimente si ricava dalla circostanza che non è obbligatorio, per la proposizione del gravame de quo, il patrocinio di avvocato.*

*Sul punto l’indirizzo giurisprudenziale è pacifico e risalente: cfr Cons. Stato, Sez. III, parere 31 gennaio 1984, n. 155; Cons. Stato, Sez. III, 21 aprile 2009, n. 714; Consiglio di Stato, sez. I, 23 novembre 2016, n. 2460; id. 6 luglio 2016, n. 1585.*

*Sul piano funzionale, la ratio della sospensione risiede(va) nella necessità di consentire agli avvocati di usufruire di un effettivo riposo nel periodo feriale (v. lavori preparatori alla legge n. 742 del 1969).*

*La sospensione feriale, pertanto, non ha ragione di essere nell’ambito di procedimenti di natura non strettamente processuale e per adempimenti di carattere procedimentale, per i quali non è prevista e/o richiesta l’assistenza di un legale professionista.*

*Diversamente opinando, dovrebbero intendersi sospesi nel periodo feriale tutti i termini ordinamentali compresi quelli connessi a procedimenti amministrativi (vuoi di primo grado, vuoi di autotutela come quelli ad esempio gerarchici o in opposizione) per i quali la complessità delle questioni giuridiche potrebbe suggerire l’ausilio di un legale o dell’avvocatura erariale.*

*L’esistenza di un quadro giurisprudenziale e normativo storicamente chiaro ed univoco, privo di margini di incertezza esegetica, costantemente interpretato nei sensi sopra articolati, non consente al Collegio di riconoscere l’errore scusabile ai fini della rimessione in termini della ricorrente.* (**Cons. Stato, sez. I, n. 2912/2018**).

# **16.2 Sospensione dei termini per emergenza COVID**

Alla luce dell’emergenza sanitaria provocata dalla diffusione del virus COVID-19 *“occorre tenere conto dell’obbligo sopravvenuto di non considerare, ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, il periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 maggio 2020 (v. art. 103, comma 1, del decreto-legge n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2020, e art. 37, comma 1, del decreto-legge n. 23/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 40/2020).*

*La formulazione estremamente ampia e onnicomprensiva delle richiamate disposizioni fa sì che tale obbligo, collegato all’emergenza epidemiologica da COVID 19, sia riferibile anche alle fasi endoprocedimentali proprie del ricorso straordinario. Una diversa conclusione condurrebbe altrimenti a esiti palesemente irragionevoli, che lascerebbero sguarnito il procedimento giustiziale del ricorso straordinario della garanzia costituita dalla sospensione dei termini, anche e soprattutto a tutela della parte privata, e, nel caso di specie, rischierebbe di indebolire il principio del contraddittorio. Invece, la sospensione di tutti i termini, con distinta disciplina, è espressamente prevista e riservata dall’art. 84 del decreto-legge n. 18/2020 al solo processo amministrativo, sempre in concomitanza con l’emergenza epidemiologica da COVID-19.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1359/2020** e nei medesimi termini anche **Cons. Stato, sez. I, n. 359/2021; Cons. Stato, sez. I, n. 1359/2020; Cons. Stato, Sez. I, n. 4/2021**)

# **17. La notifica ai controinteressati e la presentazione del ricorso. L’integrazione del contraddittorio**

Nel termine di centoventi giorni, ai sensi dell’art. 9, comma 2 e s.s., del d.P.R. n. 1199/1971, *“il ricorso deve essere notificato nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali ad uno almeno dei controinteressati e presentato con la prova dell’eseguita notificazione all’organo che ha emanato l’atto o al Ministero competente, direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel primo caso l’ufficio ne rilascia ricevuta. Quando il ricorso è inviato a mezzo posta, la data di spedizione vale quale data di presentazione.”*

Pertanto, entro il termine di 120 giorni il ricorso non solo deve essere notificato ma anche presentato all’Amministrazione.

Ai sensi del quinto comma del citato art. 9, *“quando il ricorso sia stato notificato ad alcuni soltanto dei controinteressati, il Ministero ordina l’integrazione del procedimento, determinando i soggetti cui il ricorso stesso deve essere notificato e le modalità e i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere all’integrazione.”*

*“Secondo il costante orientamento della giurisprudenza, il ricorso non è ammissibile in caso di omesso deposito dell’avviso di ricevimento, attestante l’avvenuta ricezione da parte del destinatario della notifica (Cass. civ., Sez. VI, 7 maggio 2018, n. 10849; Cass. civ., Sez. trib., 31 ottobre 2017, n. 25912; Cass. civ., Sez. lav., 3 ottobre 2017, n. 23060; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2016, n. 1678).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 722/2019**).

Quanto, invece, alle modalità di notificazione del ricorso straordinario la Sezione Consultiva, con **il parere n. 1756/2021,** ha chiarito che, ai sensi dell’articolo 9 del DPR n. 1199/1971, la notificazione del ricorso deve avvenire “*con le forme prescritte per i ricorsi giurisdizionali*” e, in particolare in maniera conforme alle disposizioni della legge n. 53 del 21-1-1994. La giurisprudenza ritiene, che è inammissibile il ricorso straordinario che sia stato notificato al controinteressato con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, in violazione dell’articolo 9 comma 2, del DPR n. 1191/1971 (cfr. Cons. Stato, II, 10-3-1993, n. 1023/92; Cons. Stato, III, 21-1-1992, n. 1066/1991). Tale inammissibilità deve essere ritenuta anche quando la notifica sia stata effettuata a mezzo PEC ordinaria (cioè, non utilizzando le forme della legge n. 53 del 1994, che prevede la notifica telematica degli atti giudiziari), avendo essa gli effetti e la valenza propri della raccomandata con ricevuta di ricevimento.

# **17.1 La presentazione del ricorso: la questione della notificazione all’Avvocatura dello Stato**

Sul tema della presentazione del ricorso straordinario, si è registrato un contrasto in ordine alla idoneità della notificazione all’Avvocatura dello Stato a sostituire il deposito presso l’Amministrazione competente, ai fini della tempestiva introduzione del ricorso straordinario nei termini di legge.

Secondo un primo orientamento, *“l'Avvocatura dello Stato, quale organo ausiliario necessario dell' Amministrazione centrale, non assolve ad una funzione meramente tecnica di assistenza in giudizio, essendo attributaria anche di funzioni di ricezione degli atti processuali e di consulenza, non potendosi in tal senso considerare come organo estraneo ad una sequenza procedimentale di natura paragiurisdizionale; pertanto, nel caso in cui ad essa sia stato notificato un ricorso straordinario ( di valenza analoga a quella del ricorso giurisdizionale ) , la medesima è tenuta agli stessi doveri di collaborazione, comunicazione e partecipazione cui sono tenute tutte le Pubbliche amministrazioni. I ritardi nella trasmissione del ricorso straordinario all' Amministrazione competente all' istruttoria da parte dell’organo che lo ha ricevuto, quando questo non sia del tutto estraneo al procedimento, non possono addebitarsi al ricorrente che abbia presentato il ricorso tempestivamente, seppur non ritualmente all' organo competente per l’istruttoria. È tempestivo il ricorso straordinario presentato all' Avvocatura dello Stato (cioè ad una Autorità incompetente a riceverlo) nel termine di 120 giorni ai sensi dell’art. 9 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 anche ove esso sia successivamente trasmesso all' Amministrazione oltre tale termine.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 688/1998**).

Secondo un diverso e più recente orientamento, *“il ricorso straordinario, nonostante la sua giurisdizionalizzazione, rimane pur sempre un rimedio di natura amministrativa al cui svolgimento rimane estranea l’Avvocatura dello Stato, che non può essere destinataria nemmeno della sola notificazione del ricorso, e ciò sia per ragioni di carattere testuale, che per motivi funzionali.*

*La norma di cui al terzo comma dell’articolo 10 della legge 3 aprile 1979, n. 103 (Modifiche dell’ordinamento dell’Avvocatura dello Stato) dispone: “L’articolo 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260, si applica anche nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ed ai tribunali amministrativi regionali”. Quindi solo per i ricorsi aventi natura giurisdizionale (e non per quelli di natura amministrativa) è prevista la notificazione presso gli uffici delle Avvocature dello Stato.*

*D’altro canto, come si è già anticipato, l’Avvocatura dello Stato (e, in particolare l’avvocatura generale) per i limiti imposti dalla legge istitutiva (Regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 - Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull’ordinamento dell’Avvocatura dello Stato) può esercitare le proprie funzioni in procedimenti, in cui siano coinvolti soggetti terzi, solo quando questi abbiano natura giurisdizionale. L’articolo 1 del richiamato regio decreto infatti dispone: “La rappresentanza, il patrocinio e l’assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato”.*

*Non assolverebbe ad alcuna funzione di celerità ed efficienza una notificazione effettuata presso gli uffici dell’Avvocatura generale dello Stato, che avrebbe il solo obbligo di trasmettere l’atto al competente Ministro che ha l’onere di firmare personalmente la richiesta di parere al Consiglio di Stato quando sia stato proposto un ricorso straordinario.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 226/2018**).

# **17.1.1 La presentazione del ricorso direttamente alla Presidenza della Repubblica**

*“In sede di applicazione della norma contenuta nel richiamato art. 9, comma 2, del citato D.P.R. n. 1199/’71, la giurisprudenza delle Sezioni consultive di questo Consiglio, con riferimento alla presentazione del ricorso al “Ministero competente”, ha ritenuto comunque idonea, anche ai fini della valutazione di tempestività del gravame, la trasmissione dello stesso – nei termini prescritti – direttamente alla Presidenza della Repubblica, ovvero all’Avvocatura dello Stato (cfr., “ex multis”: C.S.P.I. 1 luglio 2002 n. 512/02; idem, 29.X.1997 n. 71; SEZ. II, 8.3.1995 n. 2323/94),”* rilevando come la Presidenza della Repubblica rappresenta “*l’organo costituzionale deputato ad assumere la decisione finale e non può, quindi, essere considerato estraneo alla sequenza procedimentale prevista per il gravame in via straordinaria*” (**Cons. Stato, Sez. II, n. 2012/2014**).

Al riguardo è stato rilevato che, secondo un risalente parere del **Consiglio di Stato 23 marzo 1987, n. 167**, *“ai fini della tempestività del ricorso straordinario, la data di spedizione a mezzo posta vale come data di presentazione solo in quanto il destinatario del plico sia il Ministero competente per l’istruttoria ovvero l' Autorità emanante; quando, invece, il plico è diretto erroneamente al Presidente della Repubblica, si ha per data di presentazione quella in cui il ricorso effettivamente sia pervenuto al Ministero, essendovi stato trasmesso a cura degli uffici della Presidenza.”*

# **17.1.2 La presentazione del ricorso ad un Ministero incompetente**

Ancora in tema di presentazione del ricorso, secondo la giurisprudenza, *“purché la presentazione sia tempestiva, salva da decadenza anche la presentazione ad un Ministero non competente, tanto più quando, trattandosi dell’impugnazione di atti di autorità non statali, non sia di chiara e immediata individuazione quale sia il Ministero statale competente all’istruttoria del ricorso.”* (**Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2007, RG n. 4988/2006**)**.**

# **17.2 La notifica ai controinteressati, la presentazione di deduzioni e documenti e la proposizione del ricorso incidentale**

Quanto alla posizione dei controinteressati cui è stato notificato il ricorso, il quarto comma dell’art. 9 del d.P.R. n. 1199 del 1971 così dispone: “*ai controinteressati è assegnato un termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso per presentare al Ministero che istruisce l'affare deduzioni e documenti ed eventualmente per proporre ricorso incidentale”.*

*2.2. Tale termine, di natura processuale, introduttivo di uno specifico onere a carico della parte, presenta per sua natura carattere perentorio-decadenziale in funzione di garanzia del contraddittorio. L’art. 54, comma 1, del codice del processo amministrativo, senz’altro applicabile in via analogica nel procedimento del ricorso straordinario, stabilisce che “La presentazione tardiva di memorie o documenti può essere eccezionalmente autorizzata, su richiesta di parte, dal collegio, assicurando comunque il pieno rispetto del diritto delle controparti al contraddittorio su tali atti, qualora la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile”. La produzione di cui si tratta, presentata tardivamente dalla odierna ricorrente, non è stata autorizzata e nessun elemento è emerso negli atti che possa dimostrare condizioni di estrema difficoltà della parte medesima ad adempiere al deposito nei termini di legge.*

*2.3. Il deposito tardivo, essendo stato comunque acquisito agli atti del procedimento (atti che consistono, nel ricorso straordinario, non solo in quelli effettivamente trasmessi dal Ministero riferente a questa Sezione, ma anche in tutti quelli che sono stati, ritualmente o irritualmente, presentati dalle parti direttamente al Ministero), avrebbe dovuto essere trasmesso dal Ministero a questa Sezione, in uno alla relazione conclusiva (che è di data successiva al deposito tardivo della memoria), poiché spetta al Giudice decidere sulla ritualità della presentazione degli atti (sempre che siano presentati in tempo utile, anteriormente alla celebrazione dell’adunanza per la trattazione dell’affare).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. n. 393/2021**).

Sulla nozione di controinteressato e di ricorso incidentale si rinvia ai principi delineati, sul punto, dalla giurisprudenza del giudice amministrativo.

# **17.2.1 La produzione della prova della notifica ai controinteressati**

*“In analogia con quanto accade nel processo amministrativo, si deve consentire che la prova della eseguita notificazione sia fornita in un momento successivo rispetto alla data di presentazione del ricorso al Ministero competente, purché siano tempestive sia la notificazione che la presentazione del ricorso.”* (**Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2007 RG n. 4988-2006**).

Peraltro, sul punto, giova richiamare quanto affermato da **Cons. Stato, sez. I, n. 3884/2010**, per il quale: *“ai fini del rispetto del termine decadenziale di cui all’art. 9 del d.P.R. n. 1199 del 1971, può ritenersi sufficiente che il ricorrente in via straordinaria depositi presso il Ministero competente o presso l’Autorità che ha emanato l’atto, la prova della consegna del plico all’ufficio postale.*

*Sennonché, tale adempimento – come già posto in rilievo dalla giurisprudenza –, se assume rilievo per la verifica del tempestivo esercizio del diritto di azione, giacché deve escludersi che si incorra in preclusioni per ritardi che sfuggono al controllo di chi agisce in giudizio, connessi alla ricezione o acquisizione dell’atto da parte del destinatario (cfr., sul principio, Cons. St., Sez. VI, n. 488 del 6 febbraio 2007; Cass., Sez. I, n. 4900 del 10 marzo 2004), non è sufficiente, invece, agli effetti della corretta instaurazione del contraddittorio, che implica la dimostrazione dell’effettiva ricezione del ricorso da parte di chi è chiamato in giudizio.*

*Sotto questo profilo, infatti, non si tratta di verificare se la notifica è tempestiva, ma se il rapporto processuale si sia correttamente costituito ai fini dell’esercizio dei poteri di difesa da parte del soggetto intimato.*

*Grava, quindi, sul ricorrente che si avvale della notifica a mezzo posta, il duplice onere (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 2697 del 6 giugno 2008):*

*- di proporre il ricorso entro il termine decadenziale: e ciò riceve salvaguardia dal principio in base al quale il momento di consegna dell’atto all’ufficiale notificatore interrompe il decorso del termine;*

*- di dare, poi, dimostrazione al giudicante della corretta instaurazione del contraddittorio con il deposito dell’avviso di ricevimento che, ai sensi dell’art. 4, comma terzo, della legge n. 890/1982, ne costituisce prova.*

*Il mancato deposito dell’avviso di ricevimento qualifica, peraltro, come inesistente la notificazione e ciò preclude che possa o debba procedersi alla sua rinnovazione ai sensi dell’art. 291, primo comma, c.p.c. (cfr. Cass. n. 4900 del 2004 cit.).*

*La produzione dell’avviso di ricevimento della notifica del ricorso è, invero, atto che rientra nella piena disponibilità della parte istante, la quale può porre in essere ogni iniziativa di verifica prima che la causa sia decisa, ottenendo, eventualmente, il rilascio di duplicato dell’avviso stesso in caso di smarrimento, onde non si impone neppure l’intervento istruttorio del giudicante per supplire al mancato assolvimento di detto onere di prova (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 657 del 14 giugno 1994).*

*Tali ultime considerazioni escludono, inoltre, che l’onere di produzione dell’avviso di ricevimento della notifica prima della decisione della causa si traduca in una violazione dei diritti di difesa garantiti dagli artt. 3 e 24 della Costituzione (Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6472).”*

# **17.3 La questione della notifica alla pubblica amministrazione non statale che ha emesso il provvedimento**

Una questione più complessa e dibattuta in giurisprudenza è quella relativa alla posizione della pubblica amministrazione non statale che ha emesso il provvedimento impugnato e alla conseguente sussistenza di un onere di notifica del ricorrente nei suoi confronti.

Sul tema sono state assunte diverse posizioni.

Giova riportare integralmente quanto affermato nel **preavviso del 5 giugno 2019 della Sezione I per l’Adunanza generale**.

*“18. La ricorrente, nelle controdeduzioni del 12 marzo 2013 e del 26 aprile 2013, correttamente ha evidenziato che l’onere di una formale notifica del ricorso straordinario, ai sensi dell’art. 9, secondo comma, del d.p.r. n. 1199/1971, sussiste unicamente nei confronti del controinteressato, dal momento che solo nei riguardi di quest’ultimo la norma de qua fa riferimento al concetto di “notifica”, come anche rilevato dal Consiglio di Stato sin dal parere della I sezione n. 581 del 3 maggio 1985, successivamente ribadito da questa Adunanza generale con parere n. 93 del 3 luglio 1997.*

*19. In particolare, l’Adunanza generale, nel detto parere del 1997, premesso che la notifica formale del ricorso “è solo uno dei modi nei quali può essere stabilito il contraddittorio” e che “fermo il principio audiatur et altera pars, il radicamento del contraddittorio può avvenire, a scelta del legislatore, con forme diverse dalla notificazione”, ha chiaramente affermato che la scelta del legislatore delegato del 1971 è stata quella “di non imporre, come formalità necessaria, la previa notificazione del ricorso straordinario all’autorità emanante, diversamente che per il ricorso giurisdizionale”, precisando altresì che, diversamente opinando e forzando l’interpretazione dell’art. 9 cit., si andrebbe a “pretendere dai ricorrenti – a pena d’inammissibilità del ricorso, un adempimento formale non enunciato dalla legge, con esiti mal conciliabili con ogni principio di equità, buona fede, certezza del diritto e rimozione di ostacoli all’accesso alla giustizia (intesa anche come “giustizia nell’amministrazione”) nonché con la regola del “non aggravamento del procedimento” enunciata dalla legge n. 241/1990”.*

*20. Da tale condivisibile ragionamento discende la consolidata massima, dalla quale questa Adunanza generale non intende discostarsi, secondo cui, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 9 luglio 1982, l’ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l’atto impugnato è equiparato ai controinteressati ai soli effetti di cui al primo comma dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, con riferimento alla facoltà di proporre opposizione e di chiedere che il ricorso straordinario sia deciso in sede giurisdizionale, ma non anche agli effetti di cui all’art. 9, secondo comma, del medesimo d.P.R., con riguardo all’onere di notificazione del ricorso straordinario a pena di inammissibilità (Cons. Stato, Sez. II, 11 marzo 2011, n. 3204; Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2010, n.1839; Cons. Stato, Sez. I, 30 giugno 2004, n. 5652; Cons. Stato, Sez. III, 1 luglio 2003, n. 848).*

*21. Non è, pertanto, condivisibile l’eccezione formulata dal Ministero dello sviluppo economico nella parte in cui viene affermato che l’irricevibilità del ricorso straordinario dovrebbe discendere dalla mancata tempestiva notifica nei confronti della Regione Basilicata, per l’evidente ragione che non sussiste alcun obbligo in capo al ricorrente di procedere alla notifica del ricorso straordinario nei confronti di soggetti diversi dal controinteressato.*

*22. La questione deve essere affrontata sotto una diversa ottica, in quanto il principio di diritto sopra ricordato, circa l’insussistenza di un onere di formale notifica del ricorso straordinario nei confronti dell’ente – diverso dallo Stato – che ha adottato l’atto impugnato, non può comportare l’ulteriore conseguenza che tale ente non debba essere comunque destinatario, nel termine di decadenza di centoventi giorni, di una qualche forma di comunicazione, che lo renda comunque edotto dell’esistenza e del contenuto del gravame, e, quindi, gli consenta l’effettivo esercizio del diritto di difesa nel procedimento decisorio del ricorso straordinario con cui si contesta proprio la legittimità del provvedimento adottato da quell’ente.*

*In questa prospettiva, non è allora condivisibile l’orientamento interpretativo che, pur partendo dal corretto presupposto secondo cui non è richiesta una formale notifica nei confronti dell’autorità emanante, giunge alla non condivisibile conclusione secondo cui il contraddittorio nei confronti degli enti diversi dallo Stato può essere integrato anche successivamente e d’ufficio a cura del Ministero istruttore, senza alcun tipo di onere in capo al ricorrente, il quale potrebbe liberamente scegliere di proporre il ricorso straordinario nei confronti del solo Ministero competente (Cons. Stato, Sez. II, 11 marzo 2011, n. 3204; Cons. Stato, Sez. III, 1 luglio 2003, n. 848).*

*23. Tale questione – concernente la necessità o meno di integrare sin da subito il contraddittorio verso l’amministrazione resistente, qualunque essa sia – si differenzia da quella esaminata da questa Adunanza generale nel citato parere del 1997, ove non veniva in discussione la sussistenza o meno dell’obbligo di proposizione del ricorso straordinario nei confronti dell’ente, diverso dallo Stato, che ha adottato l’atto impugnato, ma solo si discuteva circa le modalità di proposizione del gravame, e cioè se vi fosse o meno un onere di formale notifica del ricorso straordinario, a pena di inammissibilità, questione risolta in senso negativo, come sopra evidenziato.*

*24. Venendo, quindi, all’esame della presente quaestio iuris occorre chiedersi se, premessa l’insussistenza di un onere di notifica formale nei confronti dell’ente, diverso dallo Stato, che ha adottato l’atto impugnato, vi sia comunque o meno in capo al ricorrente un onere di “comunicazione” del gravame, nel termine di decadenza di centoventi giorni, nei confronti del suddetto ente, che riveste la qualifica di “amministrazione resistente”.*

*25. Il Collegio ritiene che la risposta debba essere positiva.*

*26. Al riguardo, precisando in parte quanto affermato nel parere di questa Adunanza generale n. 93/1997, occorre chiarire i rapporti tra il primo ed il secondo comma dell’art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971, delineando i confini semantici delle parole “proposizione”, “notificazione” e “presentazione” utilizzate dal Legislatore nei suddetti commi.*

*27. Limitando l’analisi alle ipotesi in cui l’amministrazione resistente è diversa dallo Stato (nella presente fattispecie, la Regione Basilicata), la tesi secondo cui il ricorrente è sempre libero di scegliere se proporre il ricorso straordinario presentandolo, nei termini di legge, all’Amministrazione (diversa dallo Stato) che ha adottato l’atto o, in alternativa, al Ministero competente, si fonda su un equivoco interpretativo relativo al tenore letterale del secondo comma dell’art. 9 cit., laddove si afferma che il ricorso straordinario deve essere “presentato con la prova dell’eseguita notificazione all’organo che ha emanato l’atto o al Ministero competente […]”.*

*28. Occorre, quindi, chiarire cosa l’articolo 9 cit. intenda quando parla di “presentazione” del ricorso straordinario ed in che limiti operi e valga l’alternativa ivi prevista tra “presentazione” del ricorso all’autorità emanante o al Ministero competente, delineando i rapporti tra tale “presentazione” e la “proposizione del ricorso” cui fa menzione il primo comma del medesimo articolo 9.*

*29. Il citato primo comma dell’art. 9 prevede in linea generale, con formula ampia e generica, che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica deve essere “proposto nel termine di centoventi giorni […]”.*

*30. Il secondo comma prende, invece, in esame un caso particolare: qualora il contenzioso veda la presenza di soggetti controinteressati, la norma prescrive che, ad almeno uno di essi, nel medesimo termine di centoventi giorni, il ricorso debba “essere notificato nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali” e che, sempre nello stesso termine di centoventi giorni, il ricorso debba essere “presentato con la prova dell’eseguita notificazione all’organo che ha emanato l’atto o al Ministero competente direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento”.*

*31. Pertanto, qualora la controversia veda la presenza di un controinteressato, l’art. 9, secondo comma, cit., ai fini della ammissibilità del ricorso straordinario, impone al ricorrente di procedere alla tempestiva integrazione (nel termine di centoventi giorni) di una fattispecie complessa, costituita congiuntamente dalla notifica del ricorso straordinario al controinteressato e dalla successiva presentazione del ricorso stesso, con la prova dell’eseguita notificazione, alternativamente all’ente – diverso dallo Stato – che ha emanato l’atto impugnato o al Ministero competente (Cons. giust. amm. 20 aprile 2015, n.329).*

*32. In tale contesto la successiva “presentazione” del ricorso, dopo la notifica al controinteressato, svolge una funzione prettamente probatoria, dovendo il ricorrente fornire tempestivamente la prova di aver provveduto all’onere di notifica del ricorso ad almeno un controinteressato e, a tal fine, il Legislatore ha reputato equivalente ed indifferente che tale prova venga offerta al Ministero competente o all’ente – diverso dallo Stato – che ha adottato l’atto impugnato, con ciò giustificandosi la previsione, contenuta al comma 2 dell’art. 9 cit., circa la facoltà di presentazione alternativa del ricorso “all’organo che ha emanato l’atto o al Ministero competente”.*

*33. Come si vede, la suddetta facoltà di scelta in capo al ricorrente circa la presentazione del ricorso straordinario alternativamente presso l’autorità emanante o presso il Ministero competente – presentazione avente funzione chiaramente probatoria dell’avvenuta notifica – riguarda unicamente la fase successiva alla notificazione del ricorso al controinteressato, ovvero la fase in cui il ricorrente deve (e può) scegliere il soggetto cui presentare l’originale del ricorso notificato, in modo tale da integrare tempestivamente, nel termine di decadenza di centoventi giorni, la fattispecie complessa costituita dal binomio notificazione-presentazione del ricorso straordinario.*

*34. Qualora, invece, la controversia non contempli controinteressati (come nel presente caso, dato che la Regione Basilicata riveste la qualifica di amministrazione resistente), il citato comma secondo – e la fattispecie complessa ivi prevista – non potrà operare, venendo in rilievo il solo comma primo del medesimo articolo 9, ove si parla genericamente di “proposizione del ricorso”.*

*35. Il Legislatore, nel comma primo, ha utilizzato una locuzione ampia (“il ricorso deve essere proposto”), dando così modo all’interprete di comprendere che il ricorso straordinario, in tal caso, non deve essere proposto unicamente mediante notificazione (come avviene nei riguardi del controinteressato), ma può essere proposto anche, a titolo esemplificativo, mediante consegna diretta, oppure mediante raccomandata con avviso di ricevimento, o con posta elettronica certificata, purché vi sia comunque la prova certa circa la data della proposizione del gravame.*

*36. Rimane la questione in ordine al soggetto cui, ai sensi del medesimo comma primo, il ricorso debba essere “proposto” (pur con libertà di forme).*

*37. Al riguardo, l’Adunanza generale, in virtù dei principi costituzionali e sovranazionali in materia di contraddittorio e di diritto di difesa, ed anche in ragione di palesi esigenze logiche, ritiene che il ricorso straordinario debba essere necessariamente proposto (con notificazione, con consegna diretta, con raccomandata con cartolina di ricevimento o con posta elettronica certificata), nel termine decadenziale di centoventi giorni di cui all’art. 9, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, all’Amministrazione resistente – ovvero all’amministrazione che ha adottato l’atto impugnato – sia essa lo Stato o un ente diverso dallo Stato.*

*38. Tale conclusione è confermata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 148/1982, ove è stato precisato, al paragrafo 4, che il ricorrente pur se “notifichi il ricorso al "Ministero competente", deve ritenersi egualmente soggetto all'onere della notifica all'autorità emanante l'atto impugnato, allorché si tratti di ente pubblico diverso dallo Stato, portatore, quindi, di un proprio qualificato interesse a contraddire nei confronti di una domanda avente ad oggetto l'annullamento del proprio provvedimento”, nonché di recente ribadita da questo Consiglio di Stato: “Alla stregua di quanto affermato dalla Corte Costituzionale (n.148 del 29 luglio 1982) sul ricorso straordinario, si deve ritenere che: il ricorso straordinario deve essere notificato, oltre che ad almeno un controinteressato, anche all’autorità che ha emanato l’atto impugnato, se non appartenente all’amministrazione statale; la notifica all’autorità che ha emanato l’atto deve essere effettuata entro lo stesso termine previsto dalla legge per la notifica ad almeno uno dei controinteressati e tale regola è decisiva ai fini dell’ammissibilità del ricorso; la notifica all’autorità che ha emanato l’atto ha come equipollente la presentazione dell’atto a tale autorità (presentazione che può intervenire mediante notifica o mediante deposito)” (Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3850; sull’onere della notifica anche nei riguardi dell’autorità emanante, ove si tratti di organo non statale, Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 1998, n. 1427).*

*39. Secondo il riportato indirizzo giurisprudenziale, ciò che rileva ai fini dell’ammissibilità del ricorso straordinario è che nel termine di decadenza di centoventi giorni avvenga la notifica ad almeno un controinteressato e che entro lo stesso termine avvenga la notifica o presentazione del ricorso all’autorità emanante.*

*40. Non può, pertanto, prescindersi dall’esigenza, evidenziata dalla Corte costituzionale, che il ricorso straordinario venga subito proposto nei confronti dell’amministrazione resistente (nel presente caso la Regione Basilicata), portatrice “di un proprio qualificato interesse a contraddire nei confronti di una domanda avente ad oggetto l'annullamento del proprio provvedimento.”.*

*41. In tal modo il rapporto tra il primo e il secondo comma dell’art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971 può essere costruito nel senso di prevedere: innanzitutto, e in ogni caso, l’onere del ricorrente di “proporre” il ricorso (con libertà di forme, purché sia garantita la certezza della data della proposizione del gravame) nei confronti dell’Amministrazione resistente, sia essa un’Amministrazione statale o un’Amministrazione diversa dallo Stato, nel termine di centoventi giorni secondo quanto disposto al primo comma; in secondo luogo, qualora vi sia la presenza di controinteressati, il ricorrente dovrà altresì, nel medesimo termine di centoventi giorni, integrare una fattispecie complessa costituita dalla formale notifica del ricorso ad almeno uno di essi, seguita dalla presentazione, con funzione probatoria, dell’originale del ricorso notificato al controinteressato, alternativamente al Ministero competente o all’Amministrazione emanante (in ipotesi diversa dallo Stato).*

*42. In tal modo non solo si garantisce sempre, a prescindere che l’atto impugnato sia stato adottato dallo Stato o da un ente diverso dallo Stato, che l’Amministrazione resistente (qualunque essa sia) abbia comunque la tempestiva conoscenza del ricorso straordinario e del suo contenuto (nel termine decadenziale di centoventi giorni), ma non si pongono nemmeno problemi di coordinamento tra gli enti pubblici destinatari alternativi della presentazione del ricorso notificato, perché la facoltà concessa al ricorrente di presentare l’originale del ricorso notificato al controinteressato presso il Ministero competente (anche qualora – in ipotesi – l’Amministrazione resistente sia diversa dallo Stato) è giustificata dal fatto che in ogni caso sarà sempre e soltanto il Ministero competente a curare l’istruttoria e ad interloquire con il Consiglio di Stato, tanto è vero che il comma 3 del medesimo articolo 9 prevede che: “L’organo, che ha ricevuto il ricorso, lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce.”.*

*Tale linea interpretativa, del resto, consentendo che il contraddittorio sia immediatamente integrato entro il termine decadenziale nei confronti dell’Amministrazione resistente (sia essa lo Stato o un ente diverso dallo Stato), evita a monte l’inconveniente pratico di opposizioni formulate, ai sensi dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, dall’ente emanante anche a distanza di molto tempo dalla proposizione del ricorso straordinario, con inevitabili conseguenze negative in punto di utilizzo delle risorse pubbliche e di aggravamento del procedimento.*

*43. Occorre solo chiarire, ai fini di una completa ricostruzione sistematica, la ragione per la quale l’onere della “presentazione” (alternativa) del ricorso straordinario sia prevista dal Legislatore unicamente nel comma secondo dell’art. 9 e non anche nel comma primo.*

*44. La ragione è chiara se solo si pone mente a quanto già evidenziato circa la funzione prettamente probatoria di tale presentazione: se, infatti, in caso di presenza di controinteressati, il ricorrente deve dare evidentemente la prova di aver notificato il ricorso straordinario – nel termine decadenziale – ad almeno uno di essi, risulta palese che la prova dell’avvenuta notifica non possa che essere fornita se non attraverso la “presentazione” del ricorso notificato “all’organo che ha emanato l’atto o al Ministero competente”. Diversamente, qualora non vi siano controinteressati, il ricorrente dovrà solo provvedere a proporre tempestivamente il ricorso straordinario nei confronti dell’Amministrazione resistente (qualunque essa sia) nei termini di legge, con ciò giustificandosi la mancata previsione, nel comma primo dell’articolo 9 cit., di un onere di “presentazione” del ricorso simile a quello previsto al successivo comma secondo.*

*45. Né è possibile affermare che tale successiva “presentazione” sia comunque richiesta ai fini della prova circa la conformità della copia del ricorso straordinario all’originale del ricorso stesso, dal momento che, in caso di notificazione, tale conformità è accertata a monte dall’ufficiale giudiziario, in caso di presentazione del ricorso mediante consegna diretta o mediante plico raccomandato viene offerta all’Amministrazione resistente la copia originale del ricorso, non ponendosi quindi un problema di conformità. Il problema può, invece, porsi in caso di proposizione del ricorso straordinario mediante invio, attraverso posta elettronica certificata, di una copia digitalizzata del ricorso cartaceo non sottoscritta digitalmente e priva di attestazione di conformità all’originale cartaceo, essendo in tal caso necessario che il ricorrente – dopo la proposizione del ricorso – proceda quanto prima, anche su sollecitazione del responsabile del procedimento, ai sensi dell’art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241, al deposito dell’originale cartaceo del ricorso straordinario presso l’Amministrazione destinataria di una semplice copia digitalizzata del ricorso stesso.*

*46. Quanto affermato al precedente punto 37, circa la necessità che il ricorso straordinario sia tempestivamente proposto (con notificazione, con consegna diretta, con raccomandata con cartolina di ricevimento o con posta elettronica certificata) all’Amministrazione resistente – ovvero all’Amministrazione che ha adottato l’atto impugnato – sia essa lo Stato o un ente diverso dallo Stato, con conseguente parallelismo con le regole processuali concernenti la corretta instaurazione del contraddittorio, trova supporto altresì nella natura paragiurisdizionale che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha assunto a seguito delle modifiche apportate agli articoli 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971 ad opera dell’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, con la legittimazione ora riconosciuta alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato – in sede di decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – di sollevare questione di legittimità costituzionale, nonché l’impossibilità per il Governo – mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri – di discostarsi dal parere espresso dal Consiglio di Stato, con la conseguenza che “il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio”, come affermato, a seguito delle suddette modifiche normative, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con sentenza 28 gennaio 2011, n. 2065, ove è stata espressamente riconosciuta la possibilità di portare ad ottemperanza, secondo le regole processuali di cui agli articoli 112, comma 2, lett. b) e 113, comma 1, cod. proc. amm., il decreto decisorio presidenziale, adottato su conforme parere del Consiglio di Stato, stante la sua natura sostanzialmente (seppur non formalmente) giurisdizionale.*

*47. La natura sostanzialmente giurisdizionale del parere adottato dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è stata poi con ancora maggiore chiarezza affermata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con sentenza 19 dicembre 2012, n. 23464, in tema di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso il decreto decisorio presidenziale per motivi attinenti alla giurisdizione, facendo leva non solo sulla nuova formulazione degli articoli 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971, ma anche sul disposto dell’art. 7 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104/2010, il quale ammette ora il ricorso straordinario per le sole controversie sulle quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo, in tal modo evidenziando “l’avvenuta <giurisdizionalizzazione> dell’istituto”.*

*48. La stessa Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sin dalla sentenza 16 ottobre 1997, nei procedimenti riuniti da C-69/96 a C-79/96, ha riconosciuto espressamente che il “Consiglio di Stato, quando emette un parere nell’ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell’art. 177 del Trattato”, ed a seguito della riforma di cui alla predetta legge n. 69/2009 anche la Corte Costituzionale, con sentenza 2 aprile 2014, n. 73, ha evidenziato che l’effetto - ora vincolante - del parere espresso dal Consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, attribuisce a tale parere il “carattere di decisione”, trasformando il ricorso straordinario “in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio” […]”.*

*49. Una parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. giust. amm. Sicilia, sentenza 19 ottobre 2005, n. 695), già da prima della riforma del 2009, aveva abbracciato la tesi circa la natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e, dopo le riforme apportate dalla legge n. 69/2009 e dal codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104/2010, la suddetta natura giurisdizionale – con conseguente idoneità alla formazione del giudicato ed ammissibilità del rimedio dell’ottemperanza da proporsi, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 112, comma 2, lett. b) e 113, comma 1, cod. proc. amm., innanzi “al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta” – è stata sostenuta sia dalla dottrina maggioritaria, sia dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato dapprima con sentenza 5 giugno 2012, n. 18 e successivamente con le sentenze gemelle 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10, ove è stato affermato il seguente principio: “In materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato deve ritenersi che 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 amministrativo, sia 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.”.*

*50. Risulta, pertanto, evidente che, data la natura sostanzialmente giurisdizionale del parere reso dal Consiglio di Stato in sede di decisione su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, vi è una pressante esigenza di tutela della posizione giuridica dell’amministrazione che ha adottato l’atto impugnato – sia essa lo Stato o un ente diverso dallo Stato – con conseguente necessità che alla stessa amministrazione il ricorso straordinario venga tempestivamente proposto (seppur con libertà di forme), ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio ab initio, considerato oltretutto che, nella presente fattispecie, il ricorso straordinario è stato notificato nel gennaio del 2010, ovvero in una data successiva alla entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69, allorché le modifiche normative apportate da tale legge avevano già mutato la natura del ricorso straordinario, non ponendosi quindi nemmeno un problema di applicazione retroattiva della nuova disciplina.*

*51. Applicando le coordinate ermeneutiche sopra esposte, il presente ricorso straordinario è tardivo non tanto per la mancata tempestiva “notifica” del ricorso alla Regione Basilicata, quanto piuttosto perché la società ricorrente, pur disponendo di libertà di forme, non ha proceduto tempestivamente a “proporre” il ricorso nei confronti della predetta Regione, dato che la comunicazione spedita con raccomandata (a prescindere dalla esaustività del suo contenuto) risulta, comunque, avvenuta oltre il termine di centoventi giorni, in quanto inviata solo in data 11 febbraio 2010.*

*52. Deve pertanto enunciarsi il principio di diritto secondo cui, ai sensi dell’art. 9, comma 1, del d.p.r. n. 1199/1971, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nel termine decadenziale di centoventi giorni, deve essere proposto, anche con modalità diverse dalla notificazione (purché idonee a garantire la certezza della data della proposizione del gravame), all’autorità che ha adottato l’atto impugnato, sia essa lo Stato o un’Amministrazione non statale.”*

Tale ricostruzione ermeneutica, tuttavia, non è stata accolta dall’**Adunanza generale n. 3071/2019**, per la quale: “*16. Questa Adunanza generale ritiene insuperabile il dato testuale contenuto nel primo comma dell’articolo 9 del d.P.R. n. 1199/1971, ove non si prevede alcun onere di proposizione, a pena di inammissibilità, del ricorso straordinario all’autorità emanante, limitandosi la norma ad affermare che: “il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell’atto impugnato o da quando l’interessato ne abbia avuto piena conoscenza”.*

*17. Diversamente opinando si arriverebbe alla conclusione di prevedere, in via meramente interpretativa, un onere a pena di inammissibilità (la proposizione del ricorso all’autorità emanante, qualora diversa dallo Stato) non solo non contemplato dalla legge, ma altresì chiaramente eliminato dal legislatore allorché, con l’entrata in vigore del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, è stato abrogato il precedente articolo 61 del regio decreto 21 aprile 1942, n. 444, che tale onere invece testualmente prevedeva, imponendo la notifica, nel termine di decadenza, “tanto all’autorità dalla quale è emanato l’atto o provvedimento impugnato, quanto a chi vi abbia interesse diretto”.*

*18. Infatti, se il previgente articolo 61 del r.d. n. 444/1942 si era preoccupato di garantire, sin da subito, l’istaurazione del contraddittorio nei confronti dell’autorità emanante (a prescindere dal fatto che quest’ultima fosse un’amministrazione statale o non statale), tale esigenza non si rinviene più nell’attuale formulazione del vigente articolo 9 del d.P.R. n. 1199/1971, ben potendo il ricorrente liberamente decidere – in mancanza di una qualunque espressa previsione di segno contrario – se proporre il ricorso straordinario, nel termine di decadenza, all’autorità emanante (che assume la qualifica di amministrazione resistente), oppure al Ministero competente, sempre che il provvedimento impugnato non sia stato adottato dalla stessa amministrazione dello Stato, non venendo altrimenti in rilievo alcuna scissione soggettiva tra l’amministrazione resistente ed il Ministero competente, fermo restando sempre l’onere di una notifica formale, nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali, unicamente nei confronti del controinteressato, o ad almeno uno di essi.*

*19. Tale scelta del legislatore delegato del 1971 – circa l’insussistenza di un onere di instaurazione del contraddittorio, nel termine di decadenza di centoventi giorni, nei confronti dell’amministrazione resistente diversa dallo Stato – non determina lesioni irrimediabili al diritto di difesa dell’autorità emanante (in ipotesi diversa dall’amministrazione statale), sicché non vi sono ragioni logico-giuridiche tanto stringenti da giustificare interpretazioni contrastanti con l’inequivoco dato testuale; al contrario, forzare in tale senso l’interpretazione dell’articolo 9 cit. significherebbe pretendere dal ricorrente, a pena di inammissibilità del ricorso, un adempimento formale – la proposizione del ricorso straordinario all’autorità emanante diversa dallo Stato – non enunciata dalla legge, con esiti mal conciliabili con ogni principio di equità, buona fede, certezza del diritto e rimozione di ostacoli all’accesso alla giustizia (intesa anche come “giustizia nell’amministrazione”), nonché con la regola del “non aggravamento del procedimento” enunciata dalla legge n. 241/1990.*

*20. Inoltre questa Adunanza generale evidenzia che il legislatore ha già previsto, in ambito giurisdizionale, ai sensi dell’articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, concernente l’opposizione ad ordinanza ingiunzione, l’ipotesi in cui l’instaurazione del contraddittorio nei confronti dell’autorità emanante non è posta a carico del ricorrente a pena di inammissibilità, ma è garantita solo in seconda battuta e su impulso d’ufficio.*

*21. Il comma 8 del predetto articolo 6, infatti, recita che il ricorso unitamente al decreto di fissazione dell’udienza “sono notificati, a cura della cancelleria, all’opponente e all’autorità che ha emesso l’ordinanza”, senza alcun onere a carico dell’opponente stesso, con ciò palesandosi l’intendimento del legislatore, anche in ambito prettamente giurisdizionale, di non ritenere sempre e comunque necessaria l’immediata instaurazione del contraddittorio, a carico del ricorrente-opponente, nei confronti dell’autorità emanante l’atto impugnato, potendosi provvedere anche d’ufficio e in un secondo momento.*

*22. Con specifico riguardo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, se l’autorità emanante è diversa dallo Stato ed il ricorso è inviato o presentato al solo Ministero competente per l’istruttoria, si deve comunque intendere che spetta al medesimo Ministero comunicare d’ufficio il ricorso all’autorità emanante anche al fine di acquisirne le controdeduzioni, unitamente agli atti e ai documenti nonché ad ogni ulteriore elemento utile ai fini della decisione.*

*23. In ultima analisi, poi, sarà il Consiglio di Stato a colmare ogni lacuna del contraddittorio e nell’istruttoria, ordinando al Ministero riferente di integrare il contraddittorio verso l’amministrazione resistente in modo che il contraddittorio medesimo risulti completo al momento della decisione.*

*24. Rimane ovviamente fermo il consolidato principio secondo cui solo dal momento in cui l’autorità emanante avrà preso piena conoscenza del contenuto del ricorso straordinario decorrerà il termine previsto dall’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 per proporre opposizione ai fini della trasposizione del giudizio in sede giurisdizionale, senza che ciò vada in alcun modo a detrimento del ricorrente dal momento che, qualora egli voglia evitare l’inconveniente di opposizioni proposte anche a distanza di molto tempo, potrà procedere alla comunicazione del ricorso straordinario alla medesima autorità emanante.*

*25. Quanto esposto conduce questa Adunanza generale a ritenere tanto impraticabile quanto non necessitata l’opposta tesi circa la necessaria tempestiva proposizione del ricorso straordinario, a pena di inammissibilità, all’autorità emanante: non necessitata, poiché la posizione dell’amministrazione resistente diversa dallo Stato non è in alcun modo pregiudicata dalla modalità di proposizione del ricorso straordinario, così come delineata dall’attuale articolo 9 del d.P.R. n. 1199/1971; impraticabile, poiché non è consentito all’interprete creare, in via ermeneutica, ulteriori ipotesi di inammissibilità, preclusive del diritto di azione e foriere di aggravamenti procedimentali. Né il mero processo di “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario può comportare de plano la trasposizione di norme valevoli unicamente per il ricorso giurisdizionale, quale quella contenuta nell’articolo 41, comma 2, cod. proc. amm. concernente la notifica del ricorso all’amministrazione resistente, nel diverso contesto del ricorso straordinario.*

*26. Infatti tale processo di “giurisdizionalizzazione”, avviato dalla legge n. 69/2009, deve essere più correttamente inteso come un mero percorso di tendenziale avvicinamento del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale essenzialmente sotto il profilo delle garanzie del procedimento, senza che si possa affermare alcuna identità o equiparazione tra l’uno e l’altro, dovendosi al contrario ribadire la specificità e la peculiarità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, governato autonomamente da una compiuta disciplina normativa, come anche recentemente rilevato dalla Corte Costituzionale con sentenza 2 aprile 2014, n. 73, ove è stata ribadita la diversa disciplina tra il rimedio giurisdizionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.”*

Ad ogni modo, è opportuno segnalare che l’approdo ermeneutico poc’anzi esposto non sembra essere stato condiviso da alcuni successivi pareri della Sezione Consultiva, tra i quali si cita **Cons. Stato, sez. I, n. 587/2021**, secondo cui *“giova a tale riguardo rilevare che la previsione dell’art. 9 del d.p.r. 1199 del 1971, laddove si dispone che il ricorso straordinario debba essere presentato previa notifica ad almeno un contro interessato, è intesa in senso ampio dalla giurisprudenza di questo Consiglio, per cui “Alla stregua di quanto affermato dalla Corte Costituzionale (n.148 del 29 luglio 1982) sul ricorso straordinario, si deve ritenere che: il ricorso straordinario deve essere notificato, oltre che ad almeno un controinteressato, anche all’autorità che ha emanato l’atto impugnato, se non appartenente all’amministrazione statale; la notifica all’autorità che ha emanato l’atto deve essere effettuata entro lo stesso termine previsto dalla legge per la notifica ad almeno uno dei controinteressati e tale regola è decisiva ai fini dell’ammissibilità del ricorso; la notifica all’autorità che ha emanato l’atto ha come equipollente la presentazione dell’atto a tale autorità (presentazione che può intervenire mediante notifica o mediante deposito). Pertanto, ciò che rileva ai fini dell’ammissibilità del ricorso straordinario è (soprattutto e soltanto) che nel termine previsto avvenga la notifica ad almeno un controinteressato e che entro lo stesso termine avvenga la notifica o presentazione dell’atto all’autorità (Cons. Stato, sez. VI, n. 3850/2014).”*

*De iure condendo*, è stata auspicata dagli interpreti una modifica dell’art. 9 del d.P.R. 1199/1971 con l’introduzione dell’obbligo di notifica – oggi, per l’appunto, non esistente – del ricorso straordinario all’amministrazione che ha emanato l’atto (e non al ministero competente) e ai controinteressati, aggiornando anche le relative forme. Infatti, come già anticipato nel paragrafo dedicato ai termini per la proposizione del ricorso straordinario, il legislatore dovrebbe altresì prevedere che entro sessanta giorni i controinteressati possano proporre ricorso incidentale o memorie e documenti e che l’amministrazione, cui è notificato il ricorso, provveda entro novanta giorni ad istruirlo per riferire al ministero competente.
In questo modo si ridurrebbero i tempi necessari per l’istruzione del ricorso, accelerandone la definizione.

È stato rilevato, infatti, come nel sistema attuale il ricorso può essere notificato al Ministero che poi dovrà chiedere informazioni all’amministrazione che ha adottato l’atto. Con la prospettata riforma, invece, l’amministrazione avrà immediatamente notizia del ricorso straordinario e potrà tempestivamente predisporre le relative difese. Ciò al fine di garantire l’effettiva l’instaurazione del contraddittorio e l’immediata conoscenza del ricorso all’amministrazione che ha adottato l’atto.

# **17.4 La trasmissione del ricorso al Ministero competente**

Ai sensi dell’art. 9, comma 3, del d.P.R. n. 1199/1971, *“l’organo che ha ricevuto il ricorso lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce.”*

# **18. L’opposizione dei controinteressati**

Ai sensi dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 *“I controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale. In tal caso, il ricorrente, qualora intenda insistere nel ricorso, deve depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati e il giudizio segue in sede giurisdizionale secondo le norme del titolo III del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e del regolamento di procedura, approvato con regio decreto 17 agosto 1907, n. 642.
2. Il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare.
3. Il mancato esercizio della facoltà di scelta, prevista dal primo comma del presente articolo, preclude ai controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, l'impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale della decisione di accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo.”*

In relazione al citato articolo, la **Corte Costituzionale con sentenza 9 - 29 luglio 1982, n. 148** ha dichiarato *“la illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n.1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), nella parte in cui, ai fini della preclusione dell'impugnazione contro la decisione di accoglimento del ricorso straordinario, per effetto del mancato esercizio della facoltà di scelta, prevista dal primo comma dello stesso articolo non equipara ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo stato, che ha emanato l'atto impugnato, al quale sia stato notificato il ricorso medesimo.”*

Da un punto di vista storico, come ebbe a rilevare **l’Adunanza Plenaria n. 6 del 1966,** *“la Corte costituzionale, con sent. 10 febbraio 1964 n. 1, ha dichiarato «la illegittimità costituzionale del secondo e del terzo comma dell'art. 34 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, contenente il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, in quanto il procedimento per la proposizione e la risoluzione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non assicura ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale».*

*La pronuncia è intervenuta, come è noto, in una vertenza sollevata dall’unico controinteressato, cui il ricorso straordinario non era stato notificato. Ma, come esattamente ha osservato la difesa del ricorrente, né la motivazione, né il dispositivo della citata sentenza, distinguono tra la posizione dei controinteressati, nei cui confronti la notificazione è stata omessa, e quella dei controinteressati, nei cui confronti invece la notificazione è stata compiuta.*

*L'Adunanza plenaria ritiene, perciò, che sia da escludere una interpretazione restrittiva della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, e che debbano considerarsi ammissibili le doglianze (nella specie identiche) dedotte tanto dall'Amministrazione ospedaliera e dal prof. Poppi (cui il ricorso straordinario è stato notificato) quanto dal prof. Corazza (cui non è stato notificato).”*

Con successiva decisione dell’**Adunanza plenaria 28 settembre 1967, n. 11**, alla luce delle due sentenze della Corte Costituzionale 1° febbraio 1964 n. 1 e 2 luglio 1966 n. 78, si sostenne che *“la posizione del controinteressato deve, così, porsi, dal punto di vista della tutela giurisdizionale, in situazione identica a quella del cointeressato: il controinteressato, che, si vorrebbe aggiungere, nella gerarchia degli interessati, ha diritto ad una maggiore tutela, poiché, non potendo, ovviamente, ricorrere in via autonoma, sarebbe costretto a subire — specie dopo trascorso il termine per ricorrere — una forma di giudizio, senza la garanzia costituzionale della giurisdizione.*

*La inderogabilità della tutela giurisdizionale (art. 113) può essere superata, secondo l'insegnamento della stessa Corte Costituzionale, con un atto di elezione o di rinuncia, anche tacita. La norma, va, così, interpretata, ponendo sullo stesso piano tutti i «diretti interessati», proprio, cioè, coloro che la legge indiscriminatamente contempla.”.*

Tali approdi giurisprudenziali furono fatti propri anche dal parere dell’**Adunanza generale n. 690/1971** secondo cui “*tale sentenza* [la sentenza 1 febbraio 1964, n. 1, della Corte costituzionale] *non ha investito l'istituto del ricorso straordinario né il principio dell'alternatività con il ricorso giurisdizionale, affermato dalle norme suindicate, ma concerne soltanto il precetto implicito che una costante interpretazione giurisprudenziale ha dedotto dalle norme stesse, secondo il quale il principio dell'alternatività tra i due rimedi è operante anche nei confronti dei terzi.*

*La caducazione, per questa parte, del principio dell'alternatività, ha posto l'esigenza di una riconsiderazione della materia, in relazione al problema dei rapporti tra il ricorso straordinario e la tutela giurisdizionale dei controinteressati.*

*Invero, il problema è già stato esaminato dall'Adunanza plenaria prima con la decisione 28 settembre 1967, n. 11, e poi con la decisione 10 giugno 1969, n. 21, la quale ha riconosciuto che gli «interessati», cui è data facoltà di opporsi al ricorso straordinario e di chiedere il trasferimento del medesimo in sede giurisdizionale, ai sensi dell'art. 34 ultimo comma, del T.U. n. 1054/1924, non sono soltanto coloro che avrebbero legittimazione ed interesse a ricorrere, cioè i cointeressati, ma anche i controinteressati*.”

Ad ogni modo preme ribadire come l’istituto della opposizione sia stato modificato dalla riforma del 1971 (legge n. 1034 e decreto n. 1199) e sia oggi compiutamente disciplinato dall’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 come risulta all’esito della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 148/1982.

Ciò posto, in tema di opposizione, è stato rilevato che *“Le autorità investite del ricorso straordinario (Consiglio di Stato in sede consultiva e Capo dello Stato che ne recepisce il parere su proposta del ministro competente), quando sia presentato atto d’opposizione tempestivo, rituale e da soggetto legittimato, non possono che prenderne atto e dichiarare improcedibile il ricorso straordinario, senza poterne sindacare l’ammissibilità in sede giurisdizionale.*

*A sua volta il giudice amministrativo, investito dell’atto di costituzione del ricorrente, può restituire gli atti alla sede straordinaria quando dichiari «inammissibile» il ricorso in sede giurisdizionale; vuoi perché la domanda è inammissibile in sede giurisdizionale, per difetto di giurisdizione, ma ammissibile sotto forma d’impugnazione di atto amministrativo (caso, questo, che non dovrebbe più verificarsi dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, art. 7 comma 8); vuoi, soprattutto, per irritualità dell’opposizione, non rilevata in sede di ricorso straordinario o palesatasi successivamente (vedansi, in materia, le decisioni di questo Consiglio V sezione, 20 maggio 2008 n. 2356 e IV sezione, 11 luglio 1984 n. 539). In ogni caso, la ripresa del procedimento di ricorso straordinario richiede innanzitutto una pronuncia d’inammissibilità del ricorso giurisdizionale, per vizi inerenti alla procedura d’opposizione o per intrinseca inammissibilità della domanda di trasposizione.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1341/2013**).

Tale impostazione è stata di recente ribadita dal parere **Cons. Stato, Sez. II, n. 2037/2017,** per il quale: “*il Consiglio di Stato in sede consultiva, chiamato a pronunciarsi su un ricorso straordinario, non può decidere discrezionalmente se dar corso, o meno, all’opposizione; al contrario, il Consiglio di Stato deve unicamente verificare se l’atto di opposizione sia stato ritualmente proposto (e non anche se sia ammissibile la trasposizione; v. infra), tenuto conto per il resto dell’automatismo conseguente alla presentazione dell’opposizione. In sostanza, la Sezione è unicamente tenuta a verificare se l’atto sia stato notificato tempestivamente alla parte ricorrente. Ebbene, nello specifico, siffatta ritualità dell’atto di opposizione non è contestabile, risultando rispettati i termini per la notificazione ed essendo quest’ultima andata a buon fine (come peraltro riconosciuto dalla stessa ricorrente che ha diffusamente contrastato la scelta compiuta dall’Università per la trasposizione).*

*Lo scrutinio sull’ammissibilità dell’opposizione, a norma dell’art. 48, comma 3, c.p.a., spetta invece al T.a.r. avanti al quale si perfezioni la trasposizione e detto Tribunale, qualora ritenga l’opposizione inammissibile, dovrà disporre la restituzione del fascicolo in sede straordinaria per la prosecuzione del giudizio.”.*

*“In sintesi, dunque, la normativa vigente impone alla Sezione la mera verifica circa la tempestività della notifica dell’atto di opposizione, rinviando lo scrutinio circa l’ammissibilità della stessa, secondo quanto disposto dall’art. 48, comma 3, c.p.a., al T.A.R. innanzi al quale si perfezioni la trasposizione. Quest’ultimo, poi, qualora ritenga l’opposizione inammissibile, sarà tenuto a disporre la restituzione del fascicolo in sede straordinaria per la prosecuzione del giudizio.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 2117/2018**).

# **18.1 La compatibilità dell’opposizione con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea**

L’istituto dell’opposizione, di cui ai menzionati artt. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e 48, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha posto all’attenzione degli interpreti la questione della compatibilità dello stesso con Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea per effetto della progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario.

Sul punto si riporta il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 3496/2015:** *“Si pone come questione pregiudiziale quella della compatibilità dell’istituto dell’opposizione, di cui agli artt. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e 48, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con la normativa di cui “[al]l’art. 47, secondo paragrafo, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (2000/C 364/01), ove prescrive che ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge e sancisce il diritto al giusto processo, [di cui al] successivo art. 54 là dove previene l’abuso del diritto, [di cui al]l’art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, là dove vi si prevede che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”.*

*La normativa sull’opposizione consente a ciascuna parte del procedimento per ricorso straordinario, diversa dal ricorrente, di richiedere e ottenere che il ricorso sia trasposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale.*

*2. Tale questione è stata sollevata, infatti, nei termini sopra riportati in corsivo, dalla II Sezione di questo Consiglio di Stato in sede consultiva che, con provvedimento n. 2609/2015, affare n.r.g. 1023/2015, reso all’adunanza del 15 luglio 2015, ha richiesto che su di essa si pronunci la Corte di giustizia dell’Unione europea.*

*3. Il provvedimento di rinvio è fondato sull’ipotesi che le recenti innovazioni legislative:*

*a) di cui all’art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha attribuito al Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario la potestà di sollevare questione di costituzionalità e ha attribuito valore vincolante al parere reso in tale procedimento,*

*b) di cui all’art. 13, comma 6 bis, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni, che ha previsto il pagamento del contributo unificato anche per il ricorrente in sede di ricorso straordinario,*

*c) di cui all’art. 112, commi 1 e 2 lett. b) e d), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ha introdotto la possibilità di esperire il ricorso in ottemperanza anche per la decisione sul ricorso straordinario,*

*abbiano trasformato il rimedio in questione da amministrativo in giurisdizionale.*

*4. Questa Sezione con il parere n. 2553/2014, reso sull’affare n. 1033/2014, nell’adunanza del 2 e 16 luglio 2014, ha espresso l’avviso che tali innovazioni abbiano accresciuta l’efficacia della tutela del rimedio, ma non abbiano mutato la natura amministrativa del rimedio stesso, volto a tutelare “la giustizia nell’amministrazione”. L’espressione “giustizia nell’amministrazione” è utilizzata con riferimento al ricorso straordinario nell’art. 100 della Costituzione posto, nella parte II - Odinamento della Repubblica, Titolo III –Il Governo, Sezione II –La Pubblica Amministrazione.*

*5. La Sezione considera che il comma II dell’art. 47 della Carta corrisponde a parte dell’art. 6 della CEDU e che, quindi, assume rilievo determinante, ai sensi dell’art. 52, comma 3, della Carta, l’interpretazione data dalla Corte EDU della disposizione dell’art. 6, primo comma, della Convenzione, nella parte rilevante nel presente caso.*

*6. La Corte EDU ha escluso che il procedimento per ricorso straordinario ricada nell’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU con le sentenze nei casi Nardella in data 28 settembre 1999, Naselli Rocca in data 31 maggio 2005, Tarantino in data 2 aprile 2013. Fino ad oggi la Corte ha escluso che il ricorso straordinario ricada nell’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU. Del resto nell’ordinamento interno non risultano pronunce di indennizzo per la irragionevole durata del procedimento per ricorso straordinario, in quanto l’esclusione dell’applicabilità a questo istituto dell’art. 6 CEDU e quindi della legge 24 marzo 2001, n. 89, e successive modifiche, è frutto di una interpretazione sistematica, che tiene conto del fatto che il procedimento si svolge per una parte notevole nell’ambito governativo.*

*7. La stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 73 del 2 aprile 2014 ha ritenuto che per effetto delle modifiche legislative il 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”.*

*Quindi la Corte costituzionale ha indicato che le modifiche legislative hanno rafforzato e reso più efficace la “tutela della giustizia nell’amministrazione” di questo rimedio alternativo a quello giurisdizionale, in cui è determinante il parere di un “organo permanente, imparziale e indipendente”.*

*La Corte di giustizia, confermando l’orientamento di cui alla sentenza 27 novembre 1973 in causa 36/73 - ammissione del Consiglio di Stato olandese in sede consultiva a proporre rinvio pregiudiziale prima dell’adozione del parere non vincolante nel procedimento di impugnazione di atti amministrativi, la cui decisione finale spettava alla Corona - con sentenza resa il 16 ottobre 1997 nei procedimenti riuniti da C-69/96 a C-79/96, ha ammesso il rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato italiano in sede di ricorso straordinario, ritenendo determinante che la decisione del Presidente della Repubblica fosse emessa su parere di un organo permanente, imparziale e indipendente. Ciò non implica però che nell’ordinamento interno tale organo assuma la qualifica di giudice, ove il solo giudice precostituito per legge nella materia oggetto del presente ricorso è il TAR in primo grado e il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale in secondo grado.*

*7. In conclusione la Sezione ritiene che non sia ipotizzabile alcun contrasto con l’art. 47 della Carta da parte della norma sull’opposizione, che consente la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario.*

*Tale norma è “la norma fondante del rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ... Il ricorso straordinario alternativo al ricorso giurisdizionale, postula che qualsiasi parte, diversa dal ricorrente, abbia la possibilità di optare per il rimedio giurisdizionale, che offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario” (così si è espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva, Sezione I, nel parere n. 2786/2015, reso sull’affare n.r.g. 369/2015, all’adunanza del 14 ottobre 2015, sul quale ha concordato il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione IV, con l’ordinanza n. 5213/2015, resa sul ricorso n. 7521/2015).*

*L’istituto dell’opposizione rappresenta quindi lo strumento di ciascuna parte per adire il giudice precostituito per legge, in quanto il ricorso straordinario, rimedio alternativo a quello giurisdizionale, presuppone una concorde volontà di tutte le parti all’utilizzo di tale rimedio.”*

La compatibilità dell’istituto dell’opposizione con la disposizione di cui all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea è stata di recente riaffermata dal parere **Cons. Stato, sez. II, n. 2037/2017,** che di seguito si riporta. *“la Sezione avrebbe la potestà – ricorrendone i presupposti – di trattenere il ricorso e rimettere ad altra istanza (come la Corte costituzionale o la Corte di Giustizia dell’Unione europea) la valutazione, rispettivamente, della questione di legittimità costituzionale o di compatibilità con il diritto dell’Unione del disposto normativo che disciplina l’istituto della trasposizione. Sennonché, anche a voler prescindere dalla circostanza che tale valutazione è stata già compiuta in numerose occasioni (Corte cost., ord. 5 - 13 marzo 2001, n. 56; ord. 6-19 dicembre 2006, n. 432; ord. 21-30 novembre 2007, n. 406; Corte di Giustizia dell’Unione europea, ord. 25 febbraio 2016, in causa C-520/15; Cons. St., sez. I, parere n. 3496/2015, reso nell’adunanza del 25 novembre 2015 Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 settembre 1999, “Nardella”, 31 maggio 2005 “Naselli Rocca” e 2 aprile 2013 “Tarantino”), il Collegio ritiene che gli argomenti spesi dalla ricorrente non meritino un ulteriore vaglio in tal senso. Difatti:*

*- l’allungamento dei tempi processuali non è significativo e comunque il disposto normativo non preclude la concessione di misure cautelari, qualora sussistano i relativi presupposti;*

*- i ricorrenti che non abbiano le risorse economiche per agire in sede giurisdizionale possono avvalersi del patrocinio a spese dello Stato;*

*- l’istituto della trasposizione non lede in alcun modo il diritto a un ricorso effettivo, dal momento che sia il ricorso straordinario sia quello giurisdizionale presentano le caratteristiche di effettività (a dire il vero più consistenti nel caso del ricorso giurisdizionale, in cui il contraddittorio è più articolato e più incisivi sono i poteri di intervento del giudice);*

*- non vi è lesione del principio del giudice precostituito per legge, posto che sia il Consiglio di Stato in sede consultiva sia il T.a.r. avanti al quale il giudizio può essere trasposto sono giudici precostituiti per legge ed è la stessa legge a regolare il meccanismo della trasposizione;*

*- la circostanza che l’amministrazione abbia chiesto la trasposizione dopo la proposizione del ricorso straordinario non evidenza alcuna carenza di interesse alla controversia, anche a prescindere dalla circostanza che l’interesse a resistere nella fattispecie è evidente, essendo stato impugnato un atto dell’Università;*

*- l’atto di opposizione non richiede alcuna motivazione diversa dall’attestazione dell’avvenuta notifica e dalla manifestazione della volontà di far transitare la controversia in sede giurisdizionale […].”.*

# **18.2 La tardività dell’opposizione e la mancata trasposizione del ricorso straordinario**

Quanto agli effetti di un’opposizione tardiva, è stato precisato che non si verifica la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario, che di conseguenza diviene procedibile.

Sul punto giova richiamare il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1719/1991** per il quale “*alla notificazione dell'atto di opposizione, la ricorrente non ha fatto seguire il deposito dell'atto di costituzione in giudizio presso il giudice competente.*

*Trattasi dunque di stabilire se dall'inosservanza di tale onere derivi, come di regola, l'improcedibilità del ricorso straordinario, ovvero se tale effetto non si verifichi, pur in assenza del deposito dell'atto di costituzione nella sede giurisdizionale, a causa della tardività dell'atto di opposizione.*

*Si tratta in realtà di stabilire se in sede straordinaria possa essere rilevata la insussistenza della causa di improcedibilità (per effetto della tardività dell'opposizione) ovvero se, pur a fronte di un'opposizione tardiva, il ricorrente in sede straordinaria sia comunque tenuto alla trasposizione nella sede giurisdizionale.*

*Le Sezioni ritengono che, per ragioni di interpretazione sistematica della vigente normativa e di economia processuale, l'onere del ricorrente alla trasposizione del ricorso non possa spingersi al punto da provocare l'instaurazione di un giudizio finalizzato alla declaratoria di tardività dell'atto di opposizione e alla conseguente rimessione del ricorso, da parte del giudice, alla sede straordinaria, ai sensi dell'art. 10, secondo comma, del decreto presidenziale n. 1199 (cfr. VI Sez., 22 dicembre 1983 n. 917).*

*E' bensì vero che la notificazione dell'atto di opposizione priva l'amministrazione del potere di decidere il ricorso straordinario (II Sez., par. 21 gennaio 1981 n. 456 del 1980); ma ciò si verifica ove l'atto di opposizione sia «ritualmente proposto» (I Sez., par. 16 marzo 1979 n. 1245 del 1974) o comunque il giudice sia stato investito dell'affare ad opera del ricorrente, che si sia costituito in giudizio.*

*Ma se, per effetto della mancata trasposizione, il giudice non sia stato investito della controversia, è giocoforza ritenere che, nella sede straordinaria, possa essere valutata la sussistenza della causa di improcedibilità del ricorso straordinario e quindi, una volta che la preclusione non si sia verificata, procedere alla decisione del ricorso nel merito.”*

# **18.3 Opposizione e sospensione feriale dei termini processuali**

In ordine alla applicabilità della sospensione feriale dei termini processuali all’opposizione, in giurisprudenza non vi è unanimità di vedute. Secondo una prima tesi al ricorso straordinario – e quindi anche al termine di 60 giorni previsto per l’atto di opposizione - non si applica la sospensione feriale dei termini processuali. (**Cons. Stato, sez. I, n. 2117/2015**).

Secondo una diversa impostazione, tale termine di sessanta giorni per l’opposizione dei controinteressati, a differenza di quello per la proposizione del ricorso straordinario, ha natura processuale, concernendo un giudizio davanti al giudice amministrativo, e, pertanto risultano applicabili le disposizioni sulla sospensione dei termini nel periodo feriale. (**Cons. Stato, sez. II, n. 2828/2014**).

# **18.4 Il rapporto tra la sospensione dell’emissione del parere disposta per rimessione degli atti alla Corte costituzionale e l’opposizione**

La giurisprudenza consultiva ha altresì affrontato la questione se la sospensione dell’emissione del parere, disposta ai sensi dell’art. 13, d.P.R. n. 1199/1971 come modificato dall’art. 69, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, comporta il divieto di compimento di atti da parte di tutti i soggetti legittimati a partecipare al procedimento e quindi anche dell’atto di opposizione.

In particolare il parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 2786/2015**ha osservato che *“per quanto riguarda il contrasto apparente fra la norma di cui all’art. 13, d.P.R. n. 1199/1971, come modificato dall’art. 69, comma 1, l. n. 69/2009, che ha disposto l’applicazione al ricorso straordinario della norma generale di cui all’art. 23, secondo comma, l. 11 marzo 1953, n. 87, che prevede la sospensione del procedimento nel caso di rimessione di questione alla Corte costituzionale e la normativa sulla opposizione, di cui all’art. 10, d.P.R. n. 1199/1971, è la seconda che prevale. Ciò sia per il carattere di specialità della norma sull’opposizione sia perché essa è la norma fondante del rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. Tale rapporto di alternatività è stato previsto fin dall’istituzione della Quarta Sezione (art. 7, l. 5992/1889). Il ricorso straordinario, alternativo al ricorso giurisdizionale, postula che qualsiasi parte, diversa dal ricorrente, abbia la possibilità di optare per il rimedio giurisdizionale che offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario (su questo presupposto la Corte EDU, Sezione XIII, nella sentenza 28 settembre 1999 – ricorso Nardella – ha ritenuto la non applicabilità al ricorso straordinario dell’art. 6 della Convenzione). La tesi contraria sottrarrebbe comunque al plesso giurisdizionale la fase cautelare, in quanto l’opposizione, ove in termini, potrebbe essere utilmente proposta solo una volta esaurito il periodo di sospensione. Durante tale periodo il potere cautelare permanente pur durante la sospensione non sarebbe in capo a tale plesso.*

*Stabilire il rilievo, in sede giurisdizionale, della eccezione di costituzionalità sollevata nel corso del procedimento per ricorso straordinario, non spetta al Consiglio di Stato in sede consultiva, ma al plesso giurisdizionale, alla luce dell’art. 48 c.p.a., che ha disciplinato la trasposizione del procedimento per ricorso straordinario, cui “segue” il giudizio innanzi al TAR.”.*

# **18.5 Opposizione e dimidiazione dei termini processuali innanzi al giudice amministrativo**

Un’ulteriore questione che si è posta in giurisprudenza in materia di opposizione ha ad oggetto il coordinamento di questo istituto con l’istituto della dimidiazione dei termini processuali innanzi al giudice amministrativo. La questione è efficacemente sintetizzata nella pronuncia **TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 401/2006**, che di seguito si riporta integralmente.

“*Come è ben noto, a’ sensi dell’art. 10, primo comma, del D.P.R. 1199 del 1971 “il ricorrente” in sede di impugnativa straordinaria proposta innanzi al Capo dello Stato “qualora intenda insistere nel ricorso” dopo che gli sia stata notificata da parte del controinteressato, ovvero da parte dell’amministrazione intimata (cfr. la sentenza della Corte Costituzionale 29 luglio 1982 n. 148), la richiesta di decisione dell’impugnativa stessa in sede giurisdizionale, “deve depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati e il giudizio segue in sede giurisdizionale secondo le norme del titolo III del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e del regolamento di procedura, approvato con regio decreto 17 agosto 1907, n. 642”.*

*La disposizione da ultimo citata va, peraltro, raccordata alla disciplina contenuta nella L. 1034 del 1971, avuto riguardo – in particolare – alla circostanza che l’art. 23-bis di tale legge, introdotto per effetto dell’art. 4 della L. 205 del 2000, dispone in via generale che i termini processuali per le materie ivi elencate siano ridotti della metà, salvo per quanto attiene alla proposizione del ricorso giurisdizionale.*

*Tale questione assume rilievo nel caso di specie, posto che l’atto con il quale l’Amministrazione intimata ha chiesto la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale risulta notificato in data 5 ottobre 2004 (cfr. doc. 6 di parte resistente), nel mentre il deposito del ricorso da parte del Consorzio Quarantacinque presso la Segreteria della Sezione è avvenuto in data 26 novembre 2004: ossia in un termine capiente rispetto ai 60 giorni contemplati dall’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971 ma eccedente rispetto ai 30 giorni che risulterebbero – viceversa –assegnati per tale incombente ove si reputasse applicabile il dimezzamento di cui al predetto art. 23-bis della L. 1034 del 1971.*

*Come si è detto innanzi, le difese del Consorzio Volontario e della controinteressata Cooperativa Sociale “Insieme si può” affermano che la dimidiazione dei termini è applicabile al caso di specie, pervenendo – rispettivamente – alla conclusione che il ricorso sia irricevibile, ovvero inammissibile.*

*La contraria tesi della difesa del Consorzio Quarantacinque si fonda - per contro – sulla sentenza n. 3178 dd. 25 maggio 2004, resa dalla Sez. II di Lecce del T.A.R. Puglia, nella quale si afferma – per quanto qui segnatamente interessa – che il termine di deposito cui all’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971 non risulterebbe dimezzato nell’ipotesi di controversie ricadenti nell’ambito delle materie contemplate dall’art. 23-bis della L. 1034 del 1971, “tenuto conto delle modalità con le quali avviene la vocatio iudicis nel caso di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Se, in generale, la sequenza introduttiva del giudizio amministrativo si articola in notifica del ricorso (da effettuare sempre nel termine decadenziale di 60 giorni) e successivo deposito (da effettuare, in generale, entro 30 giorni dall’ultima notifica, che si riducono a 15 nelle controversie ex art. 23-bis), nella fattispecie di cui all’art. 10 del DPR 1199 del 1971 la sequenza è invertita, in quanto la legge prevede che il ricorrente in sede straordinaria che voglia proseguire nel giudizio di fronte al giudice amministrativo a seguito di opposizione notificata dalle controparti, deve depositare l’atto di costituzione presso la segreteria del TAR entro 60 giorni dal ricevimento dell ’atto di opposizione, dandone avviso mediante notifica all’amministrazione resistente ed ai controinteressati. Pertanto, il primo atto della sequenza è il deposito dell’atto di costituzione, che, agli effetti dell’applicazione dell’art. 23-bis, deve essere equiparato alla notifica e quindi vale per esso il termine ordinario di 60 giorni. Qualsiasi altra interpretazione sarebbe da considerare in contrasto con il diritto di difesa (art. 24 Cost.), in quanto non esiste alcuna valida ragione per penalizzare, sotto questo profilo, il ricorrente i n sede straordinaria che si vede notificare l’atto di opposizione ex art. 10 del DPR 1199 del 1971. Bisogna evidenziare, infatti, che il Legislatore della L. 205, volendo risolvere in radice (anche se poi la formula utilizzata al comma 2 dell’art. 23-bis non è felicissima) il dubbio interpretativo suscitato dall’art. 19 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67 convertito in L. 23 maggio 1997 n. 135 circa l ’applicabilità della dimidiazione del termine anche alla notifica, ha stabilito che “I termini processuali previsti sono ridotti alla met à, salvo quelli per la proposizione del ricorso”, ritenendo che le esigenze di celerit à del giudizio nella materie di cui al citato art. 23-bis non possono in ogni caso prevalere sul diritto alla difesa, che risulterebbe eccessivamente compresso dalla dimidiazione del termine per l’impugnazione, per cui si è cercato un compromesso nel senso di onerare il ricorrente di procedere, una volta notificato il ricorso, ad una più sollecita vocatio iudicis, in modo da contenere al massimo i tempi di trattazione del ricorso. Se così è, il discorso non può mutare quando si tratta di trasposizione del ricorso straordinario, perché anche in questo caso bisogna garantire al ricorrente lo stesso spatium deliberandi concesso in generale dall’art. 21, comma 1, della L. n. 1034 del 1971 (ossia 60 giorni). D’altra parte, nel caso di trasposizione del ricorso straordinario, non può nemmeno eccepirsi che il ricorso è già predisposto e che quindi il ricorrente non ha bisogno di un termine particolarmente lungo per articolare le proprie ragioni, in quanto la ratio dell’art. 10 del DPR n. 1199 del 1971 è esattamente nel senso opposto, considerato che il termine per la riassunzione del ricorso straordinario di fronte al TAR è esattamente uguale a quello previsto in generale per l’impugnazione (il che significa che il Legislatore del 1971 ha ritenuto che il ricorrente in sede straordinaria, per decidere se proseguire nel giudizio di fronte al TAR, deve disporre dello stesso termine previsto in generale per la notifica del ricorso). Pertanto, tale termine non deve ritenersi soggetto a dimidiazione, anche se si verte in una delle controversie di cui all’art. 23-bis”.*

*La difesa del Consorzio Quarantacinque, nel far proprie le surriportate argomentazioni, ricorda che – in via generale, avuto riguardo alla precedente disciplina introdotta per effetto dell’anzidetto art. 19 del D.L. 67 del 1997 – l’istituto della dimediazione dei termini era stato esplicitamente ritenuto non applicabile al ricorso straordinario al Capo dello Stato, anche in considerazione della natura eminentemente amministrativa di tale rimedio, ritenuto da ultimo non omologabile al ricorso giurisdizionale anche dalla sentenza n. 254 resa dalla Corte Costituzionale.*

*8.3. Il Collegio, per parte propria, dissente dalla pur argomentata tesi del Consorzio Quarantacinque.*

*Se –invero – per quanto testè rilevato, l’istituto della dimidiazione dei termini processuali non trova applicazione nell’ambito del procedimento giustiziale di cui all’art. 8 e ss. del D.P.R. 1199 del 1971, necessita comunque acclarare, al fine del necessario coordinamento tra la disciplina contenuta nel D.P.R. 1199 del 1971 e la disciplina contenuta nella L. 1034 del 1971 e succ. modd. e intt., il momento in cui il ricorso abbandona la sede straordinaria venendo assoggettato alla disciplina del processo amministrativo, con la conseguente individuazione in tale contesto del primo termine non avente più natura procedimentale, ma processuale.*

*A ben vedere, nella complessiva economia dell’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971, l’effetto del trasferimento dell’impugnativa dalla sede giustiziale alla sede giurisdizionale consegue dalla notificazione dell’atto di opposizione, in quanto tale evenienza determina in capo al ricorrente l’onere di depositare l’impugnativa nella competente sede giurisdizionale.*

*Come a ragione rimarca la difesa del Consorzio Volontario, nel momento in cui l’amministrazione intimata o il controinteressato esercitano la facoltà di scelta ad essi rimessa dal medesimo art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971, la procedura abbandona in via del tutto irrevocabile l’originaria sede giustiziale per assumere una definitiva veste giurisdizionale: tant’è che, in caso di mancato assolvimento dell’onere di deposito dell’impugnativa da parte del ricorrente, il ricorso amministrativo diviene improcedibile.*

*Invero, il primo “termine processuale” che si rinviene nel contesto dell’istituto della trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale si identifica con il termine assegnato all’amministrazione intimata e al controinteressato per proporre l’opposizione: e ciò in quanto con l’espressione “termine processuale” pare corretto identificare non soltanto i termini afferenti ad un giudizio già instaurato, ma anche i termini che, pur risultando soltanto prodromici al giudizio medesimo, influiscono comunque sul suo esito.*

*In tal senso la giurisprudenza si è già pronunciata riconoscendo expressis verbis al termine contemplato per l’opposizione di cui all’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971 natura processuale, con la conseguenza che rispetto ad esso - e segnatamente in funzione dell’alternativa posta al ricorrente straordinario tra la trasposizione dell’impugnativa e il suo abbandono – trova applicazione la disciplina della costituzione delle parti nel processo amministrativo (cfr. sul punto ad es., Cons. Giust. Sic. 25 marzo 1999 n. 131 e T.A.R. Lazio, Sez. II , 8 novembre 1999 n. 2606).*

*Se così è, il susseguente termine per il deposito del ricorso innanzi all’organo giurisdizionale assume - dunque - una sicura natura processuale, tanto da risultare sicuramente dimezzato, a’ sensi dell’art. 23-bis della L. 1034 del 1971, nell ’ipotesi di un’immediata proposizione del ricorso giurisdizionale (cfr. sul punto, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5897); ed in via sistematica, non sarebbe dato quindi di capire il motivo per il quale il termine di cui all’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971 fissato ai fini del deposito del ricorso straordinario presso la segreteria dell’organo giurisdizionale –che assume, pacificamente, natura decadenziale (cfr. sul punto, ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 21 luglio 1997 n. 725 e la sentenza 12 febbraio 2002 n. 548, resa dalla Sez. II di questo stesso T.A.R.) ai fini della stessa ammissibilità dell’impugnativa in sede giurisdizionale, alla medesima guisa del termine di deposito del ricorso giurisdizionale contemplato dall’art. 21 della L. 1034 del 1971 come modificato dall’art. 1 della L. 205 del 2000 non dovrebbe essere attratto dal generale istituto della dimidiazione dei termini processuali contemplato dall’art. 23-bis della medesima L. 1034 del 1971.*

*In tal senso, non va infatti sottaciuto che la regola del dimezzamento dei termini, ivi introdotta, assume una valenza “generale, perché riferita sia a tutti i termini che a tutti i gradi di giudizio”, ad eccezione soltanto di quello per la proposizione del ricorso e potendo essere esclusa soltanto “dalla presenza, nella stessa disciplina, di una disposizione derogatoria o che introduca, comunque, per determinati atti o adempimenti, un diverso specifico termine per il relativo compimento” (cfr. Cons. Stato, A.P., 31 maggio 2002 n. 5): presenza che, per quanto attiene la disciplina di carattere “generale” – e non già “speciale” – contenuta nell’art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971, non è invero dato di rilevare.*

*Questa soluzione, del resto, è già stata fatta propria dal T.A.R. Liguria, Sez. III, 27 gennaio 2005 n. 113, e trova puntuali riscontri - sia pure nel precedente contesto dell’art. 19 del D.L. 67 del 1997 - in T.A.R. Marche, 25 marzo 1999 n. 325 e in T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 8 luglio 1994 n. 437.”.*

# **18.6 Rapporti tra opposizione e revocazione**

Nel caso in cui sia stato instaurato un giudizio di revocazione e vi sia un atto di opposizione presentato dal controinteressato il quale ha chiesto la trasposizione di tale richiesta in sede giurisdizionale, è stato osservato che: *in linea generale, l’esercizio della potestà di scegliere la sede giurisdizionale per la trattazione del ricorso straordinario, con il quale si chiede la revocazione di una precedente decisione, incontra un duplice ostacolo normativo:*

*a - l’art. 398 c.p.c., secondo il quale unico giudice competente a conoscere della impugnazione per revocazione è quello che ha reso la decisione da revocare; e tale competenza funzionale non appare suscettibile di essere aggirata attraverso lo strumento dell’opposizione;*

*b - l’art. 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ai sensi del quale la facoltà di scelta della via giurisdizionale va esercitata dalle controparti entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione del gravame, scaduto inutilmente il quale, il soggetto che non si sia avvalso di tale facoltà può adire il giudice amministrativo solo per dedurre, eventualmente, vizi di forma o di procedimento della decisione, con chiara (ancorché implicita) preclusione, quindi, della possibilità di ottenere surrettiziamente il riesame di merito della controversia attraverso la (tardiva) attivazione dello strumento dell’opposizione in sede di revocazione.*

*2. Se ciò è vero, deve, tuttavia, osservarsi che la preclusione di cui alla citata lettera b) non opera nei confronti dei soggetti ai quali il ricorso straordinario non sia stato notificato, i quali, argomentando e contrario, hanno la facoltà di impugnare la decisione non solo per errores in procedendo, ma anche per motivi di carattere sostanziale e, cioè, per censure relative alla legittimità intrinseca della stessa: costoro, non essendo stati posti in condizione di effettuare a suo tempo l’opposizione, ben possono, una volta che il ricorrente rimasto soccombente agisca per ottenere la revocazione della decisione, avvalersi della potestà di chiedere la trasposizione della trattazione del ricorso in sede giurisdizionale.*

*Tale potestà, tuttavia, dovendosi, comunque, osservare il principio di cui all’art. 398 c.p.c., secondo il quale il giudice competente a conoscere della sussistenza dei presupposti per la revocazione è lo stesso giudice che ha pronunciato la decisione, non è evidentemente esercitabile ai fini della definizione della fase rescindente, la quale deve, comunque, svolgersi nella sede propria del ricorso straordinario, fermo restando che, ove tale fase si concluda con il riconoscimento dell’esistenza di vizi che, ai sensi dell’art. 395 c.p.c., danno luogo alla revocazione, l’opposizione spiegherà compiutamente i suoi effetti ai fini della fase rescissoria, per la quale troveranno applicazione le disposizioni di cui al più volte citato art. 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971.*

*Viceversa, nel caso in cui la fase rescindente si concluda in senso negativo per il ricorrente, non essendo la decisione a suo tempo adottata più suscettibile di modificazione, dovrà ritenersi venuto meno l’interesse della controparte a proporre l’opposizione, la quale, quindi, andrà dichiarata improcedibile.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 3886/2010**).

# **18.7 La legittimazione a chiedere la trasposizione**

In ordine alla legittimazione a chiedere la trasposizione, occorre ribadire che prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 148/1982, la giurisprudenza riteneva che l’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 attribuisse la facoltà di chiedere che il ricorso straordinario al Capo dello Stato venisse deciso dal giudice amministrativo soltanto ai controinteressati, cioè ai soggetti divenuti titolari di situazioni di vantaggio in conseguenza dell’atto impugnato e quindi titolari di un interesse qualificato al mantenimento di esso; pertanto, l’Autorità che aveva emanato il provvedimento in contesa non era legittimata a chiedere tale trasferimento.

Con specifico riferimento all’orientamento anteriore alla menzionata pronuncia della Corte Costituzionale, si veda, *ex multis*, la decisione della **Quinta Sezione del Consiglio di Stato, n. 34/1977** che affrontando la questione descritta, affermava che “*l'art. 10, primo comma del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, attribuisce la facoltà di chiedere che il gravame rivolto al Capo dello stato venga deciso dal giudice amministrativo soltanto ai controinteressati, cioè ai soggetti —diversi dall'autorità da cui proviene l'atto impugnato — divenuti titolari di situazioni di vantaggio in conseguenza dell'atto stesso e, quindi, portatori di un interesse qualificato al mantenimento di esso.*

*Siffatto convincimento discende dal tenore letterale sia della norma ora citata, che, nel prevedere la notificazione della richiesta in parola, tiene nettamente differenziata la posizione dell'anzidetta Autorità emanante rispetto a quella dei controinteressati, sia dell'art. 9, secondo comma, prima parte, del medesimo testo legislativo che, ai fini della proposizione del ricorso, compie un'analoga distinzione. Inoltre, a conferma di quanto procede, sta la nozione di «controinteressato», quale si desume in modo univoco dalle disposizioni fondamentali vigenti in materia di giustizia amministrativa e dalla correlativa interpretazione giurisprudenziale (artt. 36, secondo comma, del R.D. 26 gufino 1924 n. 1054; 7 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642; 21, primo comma della L. 6 dicembre 1971 n. 1034).*

*L'esposta conclusione — contrariamente a quanto sostiene la parte intimata — non determina alcuna disparità di trattamento in danno di uno dei resistenti (amministrazione) al ricorso straordinario, né una compressione della tutela giurisdizionale, garantita dall'art. 113 della Costituzione, dato che la limitazione stabilita dall'ultimo comma del menzionato art. 10; in ordine alla impugnabilità in sede giurisdizionale del decreto del Capo dello Stato, decisorio di tale gravame, solo per vizi di forma e di procedimento (errores in procedendo) e non anche per vizi di contenuto della pronunzia adottata (errores in iudicando), riguarda unicamente i controinteressati, nel senso testé chiarito, ossia coloro che per legge hanno il diritto di scegliere tra la definizione amministrativa e la definizione giurisdizionale del gravame medesimo, senza subire gli effetti della iniziativa stragiudiziale, assunta dal ricorrente in via straordinaria.*

*Infatti, l'amministrazione autrice dell'atto impugnato dinanzi al Presidente della Repubblica — qualora non si identifichi col Ministero (o Presidenza del consiglio dei ministri) che cura l'istruzione del ricorso e ne propone la decisione oppure con un organo gerarchicamente subordinato ad esso, vale a dire, con autorità sfornite di legittimazione ad impugnare in sede giurisdizionale la pronunzia del Capo dello stato sul ricorso stesso — non è sottoposta alla norma limitativa sopra riportata proprio perché non può beneficiare della facoltà di opzione ivi prevista. Per detta autorità emanante, quindi, non esistono preclusioni di sorta a far valere presso il giudice competente tutti gli eventuali vizi della decisione presidenziale, resa in via straordinaria.”*

Come già accennato, la sentenza della **Corte costituzionale n. 148/1982** ha esteso la potestà di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale alla autorità emanante il provvedimento impugnato diversa dallo Stato.

Si legge, infatti, che nel procedimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, “*la posizione dell'autorità non statale che ha emanato l'atto impugnato, si affianca, perciò, nel procedimento che s'instaura con il ricorso straordinario, a quella del controinteressato. Ed invero, se resta pur sempre una innegabile differenza sul piano sostanziale, mirando l'una e l'altro alla conservazione dell'atto, ma con distinta ispirazione e per distinta finalità, sul piano processuale ad entrambi è comune l'interesse a resistere in giudizio. Sotto questo profilo, assume quindi decisivo rilievo quella opzione, tra il resistere nella sede straordinaria o in quella giurisdizionale, che la denunciata normativa accorda al controinteressato ma non all'amministrazione non statale. Va in proposito ricordato che il principio dell'alternatività in subiecta materia tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale, è stato da questa Corte riconosciuto non in contrasto con l'art. 113 della Costituzione (sentenza n. 78 del 1966), argomentando appunto dalla "piena libertà" per il ricorrente di adire la tutela giurisdizionale o rinunciare ad essa. E sempre in nome dello stesso precetto, questa Corte, con la menzionata sentenza n. 1 del 1964, aveva dichiarato la illegittimità costituzionale della normativa del testo unico n. 1054 del 1924, in quanto il procedimento instaurato con il ricorso straordinario non assicurava ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale. La diversa interpretazione dell'anzidetta normativa, accolta poi nell'art. 10 del successivo decreto n. 1199 del 1971, ha esteso anche ai controinteressati la libera scelta tra la sede straordinaria e la sede giurisdizionale: essi possono, infatti, optare immediatamente per la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, o restare, invece, nella sede straordinaria prescelta dal ricorrente, con ciò stesso rinunciando alla tutela giurisdizionale, in quanto la mancata opposizione preclude loro l'impugnativa della decisione per vizi che non siano di forma o del procedimento. Ma i parametri costituzionali invocati dai giudici a quibus resterebbero certamente vulnerati se eguale potestà non venisse attribuita all'amministrazione non statale che ha emanato l'atto impugnato, non essendovi ragionevoli e plausibili motivi a sostegno dell'attuale disparità di trattamento, che le vien riservata. Per eliminare tale disparità occorre, perciò, anticipare anche per l'amministrazione non statale il momento della scelta tra rinuncia o ricorso alla tutela giurisdizionale, dall'intervenuta decisione sul ricorso straordinario alla conoscenza dell'avvenuta proposizione del ricorso medesimo, acquisita con la sua notifica ad opera del ricorrente. Il quale, pur se, avvalendosi del disposto dell'art. 9 del decreto n. 1199 del 1971, notifichi il ricorso al "Ministero competente", deve ritenersi egualmente soggetto all'onere della notifica all'autorità emanante l'atto impugnato, allorché si tratti di ente pubblico diverso dallo Stato, portatore, quindi, di un proprio qualificato interesse a contraddire nei confronti di una domanda avente ad oggetto l'annullamento del proprio provvedimento. Ben vero che all'amministrazione non statale è stato riconosciuto, come innanzi ricordato, in conseguenza della negata facoltà di scelta in pendenza del procedimento, il diritto ad impugnare senza limitazioni la intervenuta decisione sul ricorso straordinario proposto contro l'atto da essa emanato; ma ciò non appresta adeguato riparo contro gli svantaggi che possono derivare tanto dal ritardo nell'adire la tutela giurisdizionale quanto dalla eventuale compromissione della tutela medesima per effetto del parere che sul ricorso straordinario è chiamato a rendere il Consiglio di Stato (artt. 11 - 13 del decreto n. 1199 del 1971). Svantaggi nei quali non incorrono, invece, i controinteressati, in virtù della tempestiva facoltà di scelta loro accordata.*

*Per le suesposte considerazioni deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 10 del decreto n. 1199 del 1971, nella parte in cui, ai fini dell'esercizio della facoltà di scelta ivi prevista, non equipara ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.”*

# **18.8 La questione della possibilità da parte dei cointeressati** **di chiedere la trasposizione in sede giudiziaria del ricorso straordinario**

Una questione assai dibattuta ha riguardato la possibilità da parte dei cointeressati di chiedere la trasposizione in sede giudiziaria del ricorso straordinario, questione alla quale si è già fatto cenno trattando del principio di alternatività.

In questa sede, preme ribadire come per l’orientamento maggioritario la posizione di piena autonomia dei cointeressati in ordine alla proponibilità del rimedio giurisdizionale pur in pendenza del rimedio giustiziale proposto da un cointeressato si riflette altresì in tema di opposizione.

Si segnala sul punto, la pronuncia del **TAR Napoli n. 3033/2020** che ha dichiarato l’inammissibilità della trasposizione del ricorso avvenuta su impulso di un soggetto cointeressato, trattandosi di soggetto privo di legittimazione ex art. 10, d.P.R. n. 1199/1971, per l’esposizione della quale si rimanda al paragrafo “alternatività, cointeressati e controinteressati”.

# **18.9 Forma e termine per l’istanza di trasposizione**

Sotto il profilo squisitamente procedurale, la trasposizione va chiesta con atto scritto notificato al ricorrente e all’organo che ha emanato l’atto impugnato.

Non è prevista invece la notifica o la comunicazione della richiesta di trasposizione all’amministrazione che istruisce il ricorso (che può essere diversa dall’organo che ha emanato l’atto impugnato): la giurisprudenza ha però affermato la sussistenza di un tale onere in virtù del generale obbligo di buona fede. Si legge, infatti, che *“sebbene l’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 non preveda in modo espresso un obbligo dell’opponente e delle altre parti di notificare l’opposizione e la trasposizione all’Amministrazione procedente (ove – come nel caso di specie – quest’ultima sia diversa da quella che ha emanato l’atto gravato), tuttavia un tale obbligo deve in ogni caso reputarsi sussistente, in base al principio di buona fede, che governa anche il procedimento amministrativo, non giovando solo al privato, ma comportando obblighi per ambedue le parti”* (**Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1769/2008**).

La trasposizione viene considerata un atto del procedimento amministrativo e non del contenzioso e come tale non richiede l’assistenza del difensore. Pertanto, anche per le amministrazioni non statali che utilizzano ex lege il patrocinio dell’Avvocatura erariale, l’atto di opposizione resta atto dell’amministrazione, che non può essere fatto dall’Avvocatura erariale in virtù del patrocinio ex lege, ma solo, se del caso, in virtù di procura speciale. Sul punto, infatti, si richiama quanto statuito dalla pronuncia del **Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 11363/2009**), *“il collegio, nel condividere la tesi ricorsuale in ordine alla natura amministrativa dell’atto di opposizione ed all’assenza di alcun potere rappresentativo ex lege dell’Avvocatura Erariale nell’ambito del ricorso straordinario, tuttavia sottolinea che nella fattispecie de qua la Difesa Erariale era stata previamente autorizzata con nota dell’11 marzo 2009 dalla resistente Autorità a proporre atto di opposizione al ricorso straordinario ai sensi dell’art. 10 del DPR n.1199/1970.”*

Si deve escludere che il termine per l’istanza di opposizione del controinteressato sia soggetto al dimezzamento nel rito speciale abbreviato dell’art. 119 c.p.a. alla luce della già affermata natura amministrativa dell’istanza stessa. In tal senso, appare utile richiamare la decisione **Cons. Stato, sez. V, n. 4136/2007**: *“a parere della Sezione, il passaggio dal ricorso straordinario alla sede giurisdizionale segna anche la modifica del regime degli atti. Essi sono qualificabili come processuali, ma solo nel momento in cui si è realizzata, definitivamente, la trasposizione dal piano del ricorso straordinario a quello del ricorso giurisdizionale, senza alcuna irragionevole retroattività delle regole, che determinerebbe una palese violazione dell’affidamento delle parti.*

*23. Dunque, per stabilire l’applicabilità dell’articolo 23-bis, occorre individuare il momento in cui il procedimento assume la connotazione propriamente giurisdizionale. Al riguardo, occorre considerare che la trasposizione, in forza dell’articolo 10 del D.P.R. n. 1199/1971, si svolge secondo la seguente disciplina: “I controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale. In tal caso, il ricorrente, qualora intenda insistere nel ricorso, deve depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati e il giudizio segue in sede giurisdizionale secondo le norme del titolo III del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e del regolamento di procedura, approvato con regio decreto 17 agosto 1907, n. 642.”*

*24. La norma, quindi, richiede che, dopo la notifica dell’opposizione, l’interessato, entro il prescritto termine di sessanta giorni, provveda tanto alla notifica dell’atto, quanto al suo deposito. Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, peraltro, il deposito deve seguire la notifica dell’atto, con modalità analoghe a quelle riguardanti la proposizione dell’ordinario ricorso giurisdizionale. È vero, infatti, che la norma non delinea in modo preciso la sequenza tra i due atti, ma sarebbe privo di senso immaginare un preventivo deposito di un atto non ancora notificato. La differenza dal modulo ordinario, quindi, consisterebbe nella previsione di un unico termine finale (pari a sessanta giorni), entro il quale devono essere compiute entrambe le operazioni di notifica e di deposito.*

*25. Il passaggio alla fase giurisdizionale, quindi, si attua attraverso le seguenti tappe:*

*a) la notifica dell’atto di opposizione;*

*b) la notifica dell’atto con cui il ricorrente straordinario dichiara di insistere nel ricorso, davanti al TAR;*

*c) il deposito, presso la segreteria del tribunale competente, dell’atto notificato dal ricorrente.*

*26. Il primo atto non sembra assumere ancora connotati tipicamente processuali e giurisdizionali, ma costituisce l’ultimo segmento della fase di svolgimento del procedimento di trattazione del ricorso straordinario. Infatti, una volta intervenuta l’opposizione, potrebbe accadere che l’originario ricorrente ometta di insistere nella propria volontà di impugnazione. In tal caso, l’opposizione determinerebbe la sola conseguenza di rendere improcedibile il ricorso straordinario, senza provocare alcuna pronuncia del giudice amministrativo.”*

# **18.10 Conseguenze per il controinteressato della mancata richiesta di trasposizione**

Quanto alle conseguenze per il controinteressato derivanti dalla mancata richiesta di trasposizione, il terzo comma dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 dispone testualmente che il mancato esercizio della facoltà di opposizione preclude ai controinteressati (destinatari del ricorso straordinario) l’impugnazione del d.P.R. di decisione, salvo che per vizi di forma o del procedimento.

Questo tema sarà approfondito nel prosieguo della trattazione.

# **18.11 Effetti dell’istanza di trasposizione sul ricorso straordinario e sul d.P.R. sopravvenuto**

A fronte di un’istanza di trasposizione, il ricorso straordinario va dichiarato, previo parere del Consiglio di Stato, e con d.P.R., improcedibile, senza necessità di verificare se l’originario ricorrente provveda o meno alla trasposizione e senza possibilità di verificare la ritualità dell’istanza di trasposizione.

Infatti, “*in base alla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, l’improcedibilità del ricorso straordinario discende in via diretta dalla notificazione dell’atto di opposizione da parte del controinteressato, con cui si chiede la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso ai sensi dell’art. 10, comma 1 del d. P.R. n. 1199 del 1971, a nulla rilevando le successive vicende procedurali la cui cognizione spetta all’organo giurisdizionale dinanzi al quale la controversia deve essere riassunta (Cons. di Stato, Sez. I, 8 marzo 2010, n. 3511).”* (**Cons. Stato, sez. II, n. 1941/2016**).

In sede giurisdizionale si è affermato che ove il ricorso straordinario venga deciso dopo l’opposizione del controinteressato, il d.P.R. è viziato e può essere annullato in sede giurisdizionale (**Tar Puglia, Bari, sez. II, n. 3055/2004**); per altra tesi tale d.P.R. sarebbe radicalmente nullo (**Tar Toscana, sez. II, n. 1145/2002; Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 114/1996**) e privo di effetti (**Tar Veneto, n. 973/1980**), ovvero viziato da assoluta carenza di potere (**Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1769/2008**).

In ogni caso tale d.P.R. sarebbe del tutto ininfluente sul giudizio attivato con la trasposizione (**Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 291/1995**), non potendosi configurare un’ipotesi di sopravvenuta improcedibilità dell’azione giurisdizionale (**Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1769/2008**).

# **18.12 Conseguenze, per l’originario ricorrente, della mancata trasposizione**

Quanto, invece, alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine fissato per la trasposizione in sede giurisdizionale, l’inosservanza, da parte dell’originario ricorrente straordinario, dell’onere di proseguire il giudizio dinanzi al giudice competente, nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell’atto di opposizione, non solo fa venir meno la possibilità di ottenere una pronuncia da parte del giudice amministrativo, ma lascia fermo l’effetto di improcedibilità del ricorso straordinario già verificatosi con la stessa proposizione dell’opposizione.

Ad ogni modo, tale effetto postula “*quanto meno l’accertamento che l’atto di opposizione del controinteressato sia stato effettivamente notificato al ricorrente e all’organo che ha emanato l’atto impugnato – come dispone il richiamato art. 10, comma primo, del D.P.R. n. 1199/1971 – specie quando…, lo stesso ricorrente straordinario non risulti essersi costituito in giudizio.”* (**Cons. Stato, sez. III, n. 6891/2004**).

# **18.13 Modalità della trasposizione**

Ancora sotto il profilo procedurale, la trasposizione avviene mediante deposito, da parte dell’originario ricorrente in sede straordinaria, di un atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti, vale a dire all’organo che ha emanato l’atto impugnato ed ai controinteressati, come espressamente dispongono gli artt. 48 c.p.a. e l’art. 10, d.P.R. n. 1199/1971.

Si tratta, nella forma e nella sostanza, di una riassunzione dell’originario ricorso, che non può contenere motivi diversi.

Non è necessario depositare l’originario ricorso straordinario.

Tale riassunzione deve avvenire nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell’atto di opposizione. Si ritiene che tale termine attenga al ricorso giurisdizionale e non a quello straordinario, e che dunque, in quanto termine processuale, resti sospeso nel periodo feriale. (**Cons. Stato, sez. IV, n. 3081/2013**).

A seguito dell’atto di riassunzione, il giudizio prosegue in sede giurisdizionale secondo le norme del processo amministrativo.

Se l’atto di trasposizione avviene irritualmente (per tardività, mancato rispetto delle formalità prescritte), lo stesso è inammissibile, ma ciò non comporta reviviscenza dell’originario ricorso straordinario.

Infatti, tale reviviscenza è ammissibile solo quando è già l’originario ricorso che non è ammissibile come ricorso giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria.

Ancora in punto di modalità di trasposizione, come rilevato da **Cons. Stato, sez. VI, n. 4065/2017** *“la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica va eseguita dal ricorrente, a pena di improcedibilità, entro 60 giorni dalla notificazione dell’opposizione del controinteressato, mediante deposito nella segreteria del T.A.R. competente, dell’atto di costituzione in giudizio e del correlativo avviso di deposito, poiché è indispensabile assicurare alle controparti la conoscenza legale del deposito dell’atto di insistenza.*

*La questione è stata già affrontata da questa Sezione con sentenza 25.01.2012, n. 55, che, recependo l’orientamento già espresso dalla sentenza Cons. Stato, Sez. V, 29.03.2011 n. 1926, ha ritenuto, in fattispecie analoga, che l’irritualità della trasposizione del ricorso straordinario per mancato rispetto delle forme essenziali, lo rende inammissibile, senza che ciò possa comportare reviviscenza del ricorso straordinario (Cons. Stato, Sez. V, 29.03.2011, n. 1926).*

*Invero, ciò che rileva, ai fini della valida costituzione del rapporto processuale, è rendere effettiva conoscenza legale alle controparti dell’avvenuto deposito dell’atto di insistenza, mentre non può assumere alcuna rilevanza una nuova notifica del ricorso, il cui contenuto non può che essere già a conoscenza delle controparti, poiché il ricorso trasposto non può in alcun punto discostarsi, a pena di inammissibilità, da quello originario, già presentato in via amministrativa-straordinaria.*

*Diversamente opinando, non si garantirebbe alle controparti l’effettiva conoscenza della reale volontà del ricorrente di voler proseguire il contenzioso in sede giurisdizionale, per cui la mera notifica del ricorso senza l’avviso va ritenuta tamquam non esset, cioè affetta da nullità assoluta, non sanabile per effetto della costituzione delle controparti.”.*

In ordine all’atto di riassunzione in sede giurisdizionale che riguardi più ricorrenti del ricorso straordinario, la giurisprudenza ha osservato che *“nessuna norma o principio impedisce che i ricorsi straordinari possano essere riassunti in forma collettiva ove, come nel caso di specie, il contenuto dell’atto proposto in sede giurisdizionale sia perfettamente identico, con l’unica differenza della riunione dei soggetti ricorrenti, a quelli proposti in sede straordinaria ed ove non sussista alcuna incompatibilità o conflitto di interesse tra le posizioni degli originari ricorrenti al Capo dello stato.”* (**TAR Sardegna, sez. II, n. 2247/2009**).

# **19. La riattivazione della sede straordinaria**

Con particolare riferimento alla eventuale riattivazione della sede straordinaria, si è osservato che “*il giudice amministrativo, investito dell’atto di costituzione del ricorrente, può restituire gli atti alla sede straordinaria quando dichiari «inammissibile» il ricorso in sede giurisdizionale; vuoi perché la domanda è inammissibile in sede giurisdizionale, per difetto di giurisdizione, ma ammissibile sotto forma d’impugnazione di atto amministrativo (caso, questo, che non dovrebbe più verificarsi dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, art. 7 comma 8); vuoi, soprattutto, per irritualità dell’opposizione, non rilevata in sede di ricorso straordinario o palesatasi successivamente (vedansi, in materia, le decisioni di questo Consiglio V sezione, 20 maggio 2008 n. 2356 e IV sezione, 11 luglio 1984 n. 539). In ogni caso, la ripresa del procedimento di ricorso straordinario richiede innanzitutto una pronuncia d’inammissibilità del ricorso giurisdizionale, per vizi inerenti alla procedura d’opposizione o per intrinseca inammissibilità della domanda di trasposizione.*

*Non possono invece determinare la ripresa del ricorso straordinario le pronunce giurisdizionali d’inammissibilità o irricevibilità per ragioni inerenti al procedimento giurisdizionale (difetti o tardività della costituzione in giudizio del ricorrente) e tanto meno decisioni d’improcedibilità o estinzione del giudizio (per esempio per rinuncia o, appunto, per perenzione), perché diversamente si consentirebbe al ricorrente, che ha consumato l’azione e ha poi vanificato il giudizio per fatto proprio, di eludere la disciplina dell’opposizione alla decisione del ricorso straordinario.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 1341/2013**).

Prima dell’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo e della disposizione di cui all’art. 7, comma 8, c.p.a. che, come più volte ribadito, oggi assegna alla cognizione della Sezione Consultiva unicamente le controversie in cui sussiste la giurisdizione amministrativa, si pose la questione relativa alla possibilità di disporre la riattivazione del ricorso straordinario d’ufficio in assenza di una specifica pronuncia di remissione da parte del giudice amministrativo, qualora quest’ultimo si fosse dichiarato sfornito di giurisdizione.

In proposito rileva quanto osservato dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 1127/2008**, che fornisce una soluzione negativa al quesito citato: *“1. Come risulta dalla premessa in fatto, il Ministero dell’Interno eccepisce l’improcedibilità del ricorso straordinario, in quanto contro di esso è stata proposta opposizione dalla controinteressata, la quale ne ha chiesto la trasposizione innanzi al giudice amministrativo, ai sensi e per gli effetti dell’art. 10, comma 1, del d.P.R. n. 1199 del 1971.*

*Ora, come è giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, la notificazione dell’atto di opposizione rende, per ciò stesso, il ricorso straordinario non più procedibile, dal momento che ogni ulteriore questione, anche se relativa al regolare avviamento della procedura per la trasposizione del giudizio dinanzi al giudice amministrativo, non può più essere oggetto di valutazione in questa sede, essendo rimessa alla potestà decisoria dell’Organo giudicante, cui è devoluto l’affare (cfr., per tutte, Sez. III, n. 2139/00 del 15 maggio 2001).*

*2. Sennonché, nel caso di specie, prima che il ricorso straordinario sia stato sottoposto al parere di questa Sezione, è intervenuta, da parte del giudice ad quem, una decisione dichiarativa del difetto di giurisdizione (essendo stata ritenuta la competenza del giudice ordinario). E va ricordato che la giurisprudenza (cfr. Cons. St., Sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8354), ha affermato che la dichiarazione di difetto di giurisdizione rientra tra le ipotesi di inammissibilità di cui all’art. 10, comma 2, del d.P.R. n. 1199 del 1971, che comportano la riattivazione del procedimento giustiziale amministrativo, mediante la rimessione degli atti alla sede straordinaria.*

*Nell’ipotesi che interessa, però, il collegio giudicante non ha disposto, come richiesto dal citato art. 10, comma 2, “la rimessione degli atti al Ministero competente per l’istruzione dell’affare”, essendosi limitato a declinare la propria giurisdizione.*

*Si pone, quindi, il problema se l’originario ricorso straordinario sia riattivabile d’ufficio, in assenza della specifica pronuncia di remissione da parte del giudice amministrativo.*

*3. Tale problema, ad avviso di questa Sezione, deve essere risolto negativamente.*

*4. La richiamata previsione di cui al secondo comma dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, secondo la quale “il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare”, lungi dal costituire un adempimento meramente formale, rappresenta, nell’economia del procedimento delineato dalla norma, un presupposto essenziale perché la sede amministrativa possa considerasi reinvestita del ricorso, il cui esame le è stato sottratto dall’intervenuta opposizione.*

*Tale constatazione è di tutta evidenza nei casi, nei quali, come avviene ordinariamente, il ricorso straordinario, per effetto dell’opposizione, sia stato definito, anteriormente alla sentenza, con una pronuncia di improcedibilità, atteso che, esaurendosi con tale pronuncia l’esercizio del potere decisorio del Capo dello Stato, quest’ultimo richiede, alla stregua del dettato legislativo, un atto di impulso esterno perché possa radicarsi nuovamente.*

*E un adempimento, previsto dalla legge come essenziale, non cessa di essere tale in relazione alla circostanza, di mero fatto, della maggiore o minore tempestività nella definizione del procedimento, cui tale adempimento inerisce.*

*5. Ma v’è di più.*

*L’atto di opposizione costituisce l’esercizio del diritto, riconosciuto alle controparti di un ricorso straordinario, di invocare la sede giurisdizionale per la definizione della lite.*

*Ora, la pronuncia del giudice che declina la giurisdizione (ove non affermi un difetto assoluto di giurisdizione) implica solo che la cognizione della controversia spetta ad un giudice diverso da quello amministrativo.*

*Ne consegue che, qualora si ritenga che il ricorso straordinario, eventualmente ancora pendente alla data della sentenza di inammissibilità, sia ugualmente procedibile, in assenza della specifica statuizione del collegio giudicante di cui all’art. 10, comma 2, del d.P.R. n. 1199/1971, si verrebbero a privare gli originari opponenti di ogni strumento per rendere effettivo il loro diritto ad ottenere una pronuncia giurisdizionale.*

*Ciò in quanto, mancando una statuizione processuale reintroduttiva del ricorso straordinario, le controparti non potrebbero impugnarla, per far valere, se del caso, l’illegittimità della traslazione della lite nella sede amministrativa (invocando, ad esempio, l’incostituzionalità della norma applicata, nella specie, dal giudice remittente), dal momento che, come è noto, una siffatta questione non è considerata ammissibile in sede di ricorso straordinario.*

*6. A rafforzare le conclusioni di cui sopra, depone, del resto, anche la considerazione che l’assenza di una pronuncia ex art. 10, comma 2, del d.P.R. n. 1199/1971, potrebbe, in concreto, anche discendere dalla circostanza che l’originario ricorrente straordinario, una volta ricevuta notifica dell’opposizione, anziché procedere, con le forme e nei termini di cui al comma 1 del medesimo art. 10, alla costituzione in giudizio innanzi al giudice amministrativo, mediante deposito del ricorso straordinario, abbia provveduto (beninteso, sussistendone le condizioni) ad instaurare presso di esso un giudizio ex novo, non recante alcun riferimento a quello incardinato presso l’Autorità amministrativa.*

*Ora, una tale condotta processuale, argomentando a contrario dal più volte citato art. 10, comma 1, determinerebbe l’abbandono del ricorso straordinario, il quale, quindi, ancorché formalmente ancora pendente, non sarebbe suscettibile di essere riattivato (come, invece, avverrebbe, con la procedibilità d’ufficio) dalla successiva declinatoria della giurisdizione.*

*7. Né potrebbe opporsi che l’originario ricorrente straordinario, in assenza di una rimessione esplicita del gravame innanzi all’Autorità amministrativa, resterebbe, a sua volta, privo di strumenti per proseguire l’azione.*

*Premesso, infatti, che una siffatta questione si porrebbe anche nelle ipotesi in cui il ricorso straordinario sia stato già definito con dichiarazione di improcedibilità, l’interessato (che non intenda proseguire il processo davanti al giudice munito di giurisdizione, avvalendosi della conservazione degli effetti della domanda, in conformità a quanto statuito dalla Corte costituzionale con sentenza 12 marzo 2007, n. 77), ove voglia insistere nel ricorso straordinario, ben potrebbe impugnare l’omissione di pronuncia del collegio giudicante, con gli strumenti offerti dall’ordinamento, per ottenere la statuizione di rimessione (restando, in tal caso, impregiudicate anche le possibilità di difesa da parte dei controinteressati).”*

# **20. L’istruttoria e la relazione ministeriale**

Nell’ambito del ricorso straordinario, l’istruttoria è condotta sempre dall’autorità statale ed in particolare dal Ministero competente, come si evince chiaramente dal disposto dell’art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971, a norma del quale: “*entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 9, quarto comma, il ricorso, istruito dal Ministero competente, è trasmesso, insieme con gli atti e i documenti che vi si riferiscono, al Consiglio di Stato per il parere*”. L’istruttoria si conclude, pertanto, con la trasmissione al Consiglio di Stato di una relazione ministeriale.

In ordine al ruolo del Ministero competente, occorre ricordare quanto richiamato dal parere **Cons. Stato, sez. II, n. 2583/2016**: *“la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha più volte evidenziato che nel corso dell’istruttoria relativa ai ricorsi straordinari il Ministero riferente non riveste il ruolo di semplice parte ma, piuttosto, quello di “autorità che coopera a fini di giustizia” (ex multis: Cons. di Stato, Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 4682/02)”.*

# **20.1 Il ministero competente all’istruttoria**

Quanto all’individuazione del Ministero competente, la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ha chiarito che *“la competenza ministeriale a riferire sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica ai sensi degli artt. 9, 11 e 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 non è legata ad una posizione di gerarchia (organica o funzionale) rispetto all'attività di volta in volta oggetto di gravame e agli organismi che la pongono in essere, essendo invece collegata, esclusivamente ratione materiae, alla astratta tipologia di attività amministrativa che giustifica la competenza ad istruire il singolo ricorso in capo a un'Amministrazione ministeriale piuttosto che a un'altra.”* (**Cons. Stato, sez. I n. 5343/2013** e nel medesimo senso anche **Cons. Stato, sez. I, n. 316/2019** per il quale *“la competenza ministeriale a riferire sui ricorsi straordinari al Capo dello Stato è collegata «ratione materiae» alla tipologia di attività amministrativa in questione”*).

In linea con la predetta ricostruzione, il Consiglio di Stato ha altresì ritenuto in un recente parere, **Cons. Stato, sez. I, n. 359/2021**, che *“non può invece avere seguito la richiesta della ricorrente di non “designare alcuno dei ministeri che hanno adottato il decreto impugnato per l’istruttoria del presente ricorso, in ragione del conflitto di interessi che deriva dalla paternità di tale provvedimento”. Tale istanza è estranea alla ratio stessa del ricorso straordinario, in cui non può trovare posto l’asserito conflitto di interessi, e non può essere evidentemente accolta, non foss’altro in ragione della relativa disciplina, contenuta nell’art. 9, secondo comma, del D.P.R. n. 1199/1971, secondo cui l’istruttoria è riservata al Ministero competente.”.*

Nel caso di ricorsi con i quali si impugnino atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero, soccorre un criterio residuale di natura legale: ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, tali ricorsi devono essere presentati alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che ne cura la relativa istruttoria.

# **20.2 La firma del ministro sulla relazione**

In ordine ai requisiti di validità della relazione istruttoria condotta dal Ministero competente, in giurisprudenza è stato unanimemente affermato che permane pur dopo il d.lgs. n. 29/1993, in materia di dirigenza, la necessità della firma del ministro o del sottosegretario delegato.

A tal proposito si richiama testualmente il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 269/2000:** “*la richiesta del parere in oggetto risulta indirizzata al Consiglio di Stato e sottoscritta dal Presidente della Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato.*

*Essa dunque non appare conforme al disposto degli artt. 9, 11 e 13 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, recante semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi, là dove inequivocabilmente stabilisce che la funzione di referente sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica sia sempre ed unicamente svolta dal Ministero competente».*

*Al riguardo la Commissione centrale, nel ritenere attualmente non più praticabile «la prassi di interessare nel senso il Ministro dell'interno», giustifica il proprio convincimento richiamando la specifica normativa di settore (D.P.R. n. 136 del 1990 di attuazione dell'art. 1 della legge n. 39 del 1990) in base alla quale la Commissione è configurata quale «organismo autonomo, a composizione interministeriale e con funzioni (conferimento dello status di rifugiato, previo accertamento dei requisiti previsti dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951), riconducibili a materia assegnata in via esclusiva ed originaria alla Commissione stessa (ivi compreso le attività di tutela delle proprie decisioni) e non rientrante nelle competenze di nessun Dicastero». Inoltre — rileva sempre la riferente Commissione centrale — «gli atti della Commissione non possono essere impugnati in via gerarchica, non solo a causa della collegialità dell'organismo, ma anche perché lo stesso non è sussumibile in alcuna struttura ministeriale», precisando altresì che il Ministero dell'interno «ha il solo scopo di assicurare il necessario supporto organizzativo di personale e di mezzi».*

*In proposito si deve, in questa sede, rilevare che tutte le predette argomentazioni appaiono inconferenti, in quanto la funzione giustiziale alla quale risponde l'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (e la sua conseguente disciplina sul piano procedurale) prescinde completamente da ogni considerazione circa l'autonomia o meno degli organismi che emettono gli atti che vengono impugnati (essendo condizione necessaria e sufficiente per l'impugnabilità dei medesimi — alla stregua dei noti principi costituzionali in materia — che essi abbiano le qualità di «atti amministrativi», e che non siano classificabili, anche da un punto di vista giuridico-costituzionale, quali «atti politici»).*

*Per le stesse ragioni appare quindi del tutto ininfluente ogni considerazione circa la definitività (che è comunque pacifica) degli atti della Commissione medesima e la mancanza di un rapporto di tipo gerarchico con il Ministero dell'interno.*

*Come è noto, infatti, la competenza ministeriale a riferire sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica non è legata ad una posizione di gerarchia (organica o funzionale che sia) rispetto all'attività di volta in volta oggetto di gravame ed agli Enti di organismi che la pongono in essere, essendo invece collegata — esclusivamente ratione materiae alla astratta tipologia di attività amministrativa in questione che giustifica la competenza ad istruire il singolo ricorso straordinario in capo ad un'Amministrazione ministeriale piuttosto che ad un'altra.*

*Tali criteri, del resto, vedono da sempre pacifica applicazione nel nostro ordinamento, talché risultano applicati — come è noto — anche nel caso di impugnazione in sede straordinaria degli atti delle Autorità indipendenti o delle Regioni.*

*Sotto altro profilo, poi, neppure si può ritenere che il citato regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato sia stato modificato in parte qua dal D.L.vo 3 febbraio 1993 n. 29, il quale attribuisce ai dirigenti generali, fra l'altro, la competenza a richiedere direttamente il parere degli organi consultivi delle rispettive Amministrazioni.*

*Ed invero la disposizione del predetto D.L.vo n. 29 del 1993 non può essere interpretata come riferita anche alla funzione consultiva del Consiglio di Stato.*

*In materia si osserva che, da un punto di vista strettamente letterale, il Consiglio di Stato non è propriamente un organo consultivo dell'Amministrazione, tanto meno di una singola Amministrazione, ma si qualifica quale organo ausiliario del Governo in una peculiare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà, mediante la quale la funzione consultiva concorre con quella giurisdizionale nel realizzare la «giustizia nell'Amministrazione» (cfr. art. 100 Cost.).*

*Ancora da un punto di vista di ermeneutica testuale, si può osservare che la citata disposizione del D.L.vo n. 29 del 1993, nella sua genericità, sembra riferirsi a tutti quei casi nei quali mancano specifiche disposizioni che stabiliscano un'apposita forma e un'apposita procedura per l'acquisizione del parere — mentre nel caso del parere del Consiglio di Stato sussiste una disciplina speciale ad hoc (cfr., oltre alle citate norme di cui al D.P.R n. 1199 del 1971, anche per la generale funzione consultiva — l'art. 36 del R.D. 21 aprile 1942 n. 444 recante regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato).*

*Anche al di là di tali considerazioni riferite alla lettera della legge, poi si deve osservare che anche il concreto destinatario della funzione consultiva è «il Governo», inteso sia come organo collegiale (Consiglio dei ministri) sia come insieme di organi individuali (Presidente del Consiglio e singoli Ministri) in quanto i pareri sono preordinati al corretto esercizio delle funzioni tipiche e non delega-bili dei suddetti organi di Governo.*

*Ciò appare di assoluta evidenza in tutti i casi nei quali il parere del Consiglio di Stato si inserisce in un procedimento destinato a concludersi con un atto rientrante nella competenza esclusiva degli organi di Governo vale a dire un atto rivestito della forma del decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri (es.: regolamenti di cui all'art. 17 comma I legge n. 400 del 1988, annullamento d'ufficio di atti illegittimi), o anche senza tale previa deliberazione ma pur sempre con la proposta di uno o più Ministri (es.: decisione di ricorsi straordinari); ovvero della forma del decreto ministeriale o interministeriale (es.: regolamenti di cui all'art. 17 comma 3 legge n. 400 del 1988).*

*Ma anche quando s'inserisce in un procedimento destinato a concludersi con un atto di autorità non ministeriale, è facile osservare che il parere del Consiglio di Stato contiene — sempre in modo implicito, spesso in modo esplicito —la soluzione di questioni di massima, e pertanto può e deve venire utilizzato dall'autorità governativa in sede di formulazione degli indirizzi generali dell'azione amministrativa.*

*L'insieme di queste argomentazioni conduce, dunque, alla conclusione che nel caso in esame la richiesta di parere non è formalmente regolare e che gli atti debbano essere restituiti all'Amministrazione per la sottoposizione al visto del competente Ministero.”*

La necessità della firma è stata in più occasioni ribadita dalla giurisprudenza, anche più recente, rilevando che, in via generale, *“l’articolo 36, r.d. 444/42 (regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato), dispone che “le comunicazioni al Consiglio di Stato, per averne parere, sono fatte mediante richiesta del Ministro sopra relazione del capo di servizio contenente i fatti e le questioni specifiche sulle quali si propone di consultare il Consiglio”. La Sezione, anche di recente, ha ribadito che è necessaria l’autorizzazione dell’Autorità politica (Ministro o Sottosegretario di Stato munito di idonea delega) per la richiesta del parere (cfr., tra i tanti, parere 3 gennaio 2019 n. 0063/2019; 28 dicembre 2018 n. 02962/2018*).” (**Cons. Stato, sez. I, n. 1239/2021**).

Nei medesimi termini, si è espressamente affermata la necessaria sussistenza dell’autorizzazione dell’Autorità politica (Ministro o Sottosegretario di Stato munito di idonea delega) per la richiesta del parere. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 63/2019**, per il quale *“la Sezione ritiene che sul quesito in oggetto non si possa esprimere alcun parere, in quanto formulato con una nota a firma del Direttore della Direzione generale dei Magistrati del Dipartimento dell’organizzazione giudiziaria del personale e dei servizi, anziché con quesito a firma del Ministro della giustizia*.”).

Di contro, secondo una consolidata prassi della Sezione Consultiva, non è necessaria la firma del Ministro per la relazione sulla sospensiva, ritenendosi sufficiente la firma del Direttore Generale del Dipartimento.

# **20.3 Il deposito diretto di documenti al Consiglio di Stato**

È esclusa la possibilità del deposito diretto dei documenti al Consiglio di Stato.

Infatti, ai sensi dell’articolo 49, comma 2 del R.D. n. 444/1942 “*I memoriali o documenti che gli interessati credono di sottoporre al Consiglio di Stato devono essere rassegnati al Ministero, cui spetta di provvedere. Non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero. Il Consiglio di Stato può chiedere al Ministero le notizie e i documenti che reputi necessari*”.

Per orientamento consolidato, la Sezione Consultiva “*all’infuori della procedura di presentazione diretta del ricorso straordinario*” ex art. 11 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, “*non può tener conto di atti che non le siano stati trasmessi dal ministero competente*”. (**Cons. Stato, Sez. I, n. 2893/2019**).

La specifica ipotesi del deposito diretto del ricorso straordinario è oggetto di trattazione nei successivi paragrafi.

# **20.4 I termini dell’istruttoria ministeriale**

In merito ai termini dell’istruttoria ministeriale, l’art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971 dispone che “*entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 9, quarto comma, il ricorso, istruito dal Ministero competente, è trasmesso, insieme con gli atti e i documenti che vi si riferiscono, al Consiglio di Stato per il parere*”.

Il Ministero competente, pertanto, dispone di complessivi 180 giorni dalla notifica del ricorso ai controinteressati per l’istruttoria e per la trasmissione del ricorso, con le proprie deduzioni, al Consiglio di Stato (è infatti previsto un termine di 120 giorni, decorrente dalla scadenza di quello di 60, decorrente a sua volta dalla notifica del ricorso, assegnato ai controinteressati).

Nonostante l’espressa previsione del suddetto termine, occorre osservare che un vulnus molto grave all’efficacia del rimedio straordinario è dato dalla circostanza che, talvolta, l’Amministrazione trasmette al Consiglio di Stato la prescritta relazione con grave ritardo. Sul punto, pertanto, la Sezione Consultiva ha avuto modo di ribadire che *“è tuttora in vigore la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 29 luglio 1993, n. 176), recante "Rispetto dei termini per l'istruzione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica".*

*Con tale atto di indirizzo, finalizzato "a esigenze di buona amministrazione, di certezza delle situazioni giuridiche e di correttezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione, con particolare riguardo alla salvaguardia dell'effettività dei rimedi giustiziali", rilevandosi la necessità di dover assicurare il rispetto del termine per l'istruzione dei ricorsi straordinari, stabilito dall'art. 11, in relazione all'art. 9 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, 1199, si è affermato che "anche la fase istruttoria dei procedimenti in questione, di competenza dei Ministeri interessati, è soggetta all'obbligo generale di conclusione in un dato termine (art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241) che può riferirsi anche a fasi endoprocedimentali (Cons. Stato, Ad. gen. 23 gennaio 1992, n. 10)" (Cons. Stato, Comm. speciale 28 gennaio 1998, reso su R.G. n. 1023/1997).”.* (**Cons. Stato, sez. I n. 124/2021**).

Quanto alla menzionata **direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 luglio 1993**, pare opportuno riportarne di seguito il testo: *«I singoli Ministeri competenti all’istruzione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica provvederanno a individuare e ad assumere le misure organizzative necessarie ad assicurare il rispetto del termine di cui all’art. 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24.11.1971, n. 1199, secondo criteri che tengano altresì conto della esigenza di assicurare la completezza dell’istruttoria sulle questioni prospettate dalla parte ricorrente e da eventuali controinteressati. Nell’ipotesi in cui dopo la scadenza del termine di cui al citato art. 11, comma 2, il ricorso sia stato depositato dal ricorrente direttamente al Consiglio di Stato, è necessario che il Ministero competente ottemperi tempestivamente alla richiesta istruttoria del Consiglio di Stato medesimo, inviando la relazione in un termine non superiore ai trenta giorni. I Ministeri competenti daranno in ogni caso comunicazione ai ricorrenti, nella ricevuta rilasciata ai sensi dell’art. 9, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24.11.1971, n. 1199, o successivamente, ai sensi dell’art. 4, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 27.6.1992, n. 352, del nominativo del responsabile dell’istruzione del ricorso presentato e del termine entro cui l’istruzione sarà presumibilmente completata. Allo scopo di individuare eventuali iniziative occorrenti ad assicurare un omogeneo ed equilibrato sistema procedimentale per l’attuazione dei princìpi e delle disposizioni sopra richiamati, è necessario ed utile acquisire da ciascun Ministero, nel più breve tempo possibile, una relazione, da inviarsi al Segretariato generale della Presidenza del Consiglio, in cui siano evidenziati: gli attuali tempi di definizione delle istruttorie inerenti a ricorsi straordinari; le misure di razionalizzazione organizzativa adottate per rendere i tempi conformi a quelli previsti dalla norma; i nominativi dei preposti alle unità organizzative responsabili del procedimento in questione; a questa Presidenza verranno comunicate le successive variazioni di detti nominativi; le sanzioni adottate nei confronti dei responsabili dei procedimenti per i ritardi riscontrati*».

Al riguardo risuonano ancora attuali le parole di un illustre consigliere di Stato: “*Attualmente il tempo impiegato per definire i ricorsi straordinari è decisamente troppo, specie in considerazione della semplicità delle forme e della mancanza di attività difensive. Molto tempo viene assorbito, innanzi tutto, dalla istruttoria in sede ministeriale: questa fase si allunga poi a dismisura quando l'atto impugnato appartiene ad un ente locale o ad un ente pubblico autonomo. In ogni caso è raro che sia rispettato il termine di centoventi giorni di cui all'art. 11, comma 1, d.P.R. n. 1199 cit. Dal giorno della trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, a quello della trattazione, possono passare da alcuni mesi a tre anni, […]. La stesura dei pareri, dopo la discussione e deliberazione nell'adunanza di sezione, in genere viene esaurita nel giro di pochi giorni. A questo punto l'iter sembrerebbe concluso; in realtà è da questo punto in avanti che si registrano i ritardi meno giustificabili: occorrono infatti diversi mesi per la battitura a macchina dei pareri delle sezioni e altri per la predisposizione del decreto presidenziale a cura del ministero, la sua sottoscrizione, etc. Si capisce come in questa situazione convenga essere molto prudenti nell'introdurre nuovi adempimenti*.” (Lignani, P.G., Il ricorso straordinario tra diritto ed equità, Il Foro amministrativo, Fasc. 3 del 1980, 1, pp. 534-544, nota 5).

Ciò posto, nell’ottica di una più spedita definizione dell’istruttoria, è stata segnalata l’opportunità che il legislatore, intervenendo sulla disciplina del ricorso straordinario, imponga all’amministrazione di riferire entro novanta giorni in modo completo, sui fatti dedotti e su ciascuna censura proposta, al Ministero affinché quest’ultimo predisponga la relazione necessaria per il parere del Consiglio di Stato e la successiva decisione del Presidente della Repubblica.

In particolare, due sono gli interventi auspicati dagli interpreti.

Da un lato, la previsione di un termine entro il quale l’amministrazione deve riferire al Ministero, novità questa rilevante per accelerare la definizione del ricorso.

Dall’altro, l’obbligo per l’amministrazione di riferire in modo completo sui fatti dedotti e su ciascun motivo di ricorso per evitare che il Ministero debba ulteriormente sollecitare l’amministrazione per ottenere la documentazione necessaria per l’istruttoria del ricorso.

Ancora in una prospettiva di riforma del ricorso straordinario, al fine di una celere definizione dello stesso, si è suggerito di ridurre il termine previsto per la relazione ministeriale da 120 giorni a 90 giorni. In tal modo, dal momento della notifica del ricorso straordinario, la cadenza temporale - nell’intenzione degli interpreti - dovrebbe così articolarsi: entro 60 giorni la proposizione del ricorso incidentale, la produzione di documenti e memorie da parte dei controinteressati nonché l’eventuale opposizione per la trattazione in sede straordinaria; entro 90 giorni – dunque solo 30 giorni dalla scadenza del termine di cui sub 1) – la trasmissione degli atti dall’amministrazione che ha adottato l’atto al Ministero competente; entro 180 giorni – dunque novanta dalla ricezione degli atti trasmessi dall’amministrazione che ha adottato l’atto – l’invio della relazione ministeriale al Consiglio di Stato per la decisione nel merito.

Analogamente a quanto stabilito da altre disposizioni di legge, per rendere effettivo da parte delle amministrazioni il rispetto dei termini stabiliti, si dovrebbe prevedere che la violazione dei termini costituisca elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

In una diversa prospettiva si potrebbe giungere fino alla presentazione del ricorso (ordinariamente) al Consiglio – e non solo all’Amministrazione - che ne potrebbe curare direttamente l’istruttoria.

# **20.5 Il deposito diretto del ricorso al Consiglio di Stato**

Proprio al fine di mitigare l’eventuale inerzia del Ministero competente, lo stesso art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971, ai successivi commi 2 e 3, riconosce ai ricorrenti la possibilità, trascorso il suindicato termine, di richiedere, con atto notificato al Ministero competente, se il ricorso sia stato trasmesso al Consiglio di Stato.

In caso di risposta negativa o di mancata risposta entro trenta giorni, lo stesso ricorrente può depositare direttamente copia del ricorso straordinario presso il Consiglio di Stato.

In tal caso il Consiglio di Stato formula all’amministrazione la richiesta di trasmettere le proprie deduzioni e i documenti rilevanti.

Tuttavia, è stato osservato in giurisprudenza che, qualora il Ministero competente non si adoperi alla corretta conclusione dell’istruttoria e di conseguenza permanga la necessità di adempimenti istruttori, può essere nominato un commissario ad acta, che provveda in luogo degli organi ordinari dell’Amministrazione (su questo specifico punto si veda a titolo esemplificativo **Cons. Stato, sez. I, n. 2583/2006 del 2008**).

A ben vedere, occorre precisare, come rilevato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 526/2020** in via generale, che *“l’ordinamento giuridico vigente non ammette la presentazione diretta di richieste di parere da parte di privati, persone fisiche o giuridiche, al Consiglio di Stato, che è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo e di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, primo comma, Cost., posto nel Titolo III della Parte II), e che, in sede consultiva (art. 14, primo comma, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 recante Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) “dà parere sopra le proposte di legge e sugli affari di ogni natura, pei quali sia interrogato dai Ministri [del Re]” e (art. 17, comma 25, della legge 15 maggio 1997, n. 127) rende parere obbligatorio “a) per l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per l'emanazione di testi unici; b) per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica [parere poi reso vincolante dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69]; c) sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri”. Il privato, persona fisica o giuridica, può solo indirettamente provocare il parere del Consiglio di Stato tramite la presentazione del ricorso straordinario, come disciplinato dal Capo III del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (recante Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi), in base al quale (art. 8) “Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse”, con la previsione, nell’ambito del relativo procedimento (art. 11, “Istruttoria del ricorso - Richiesta di parere”), del parere del Consiglio di Stato, espresso su richiesta del Ministero competente a istruire l’affare (con previsione della presentazione diretta del ricorso al Consiglio di Stato solo nel caso residuale, disciplinato dal secondo comma dell’art. 11, in cui il Ministero, scaduto il termine assegnatogli per l’istruttoria dell’affare e nonostante la richiesta notificata dal ricorrente, non abbia provveduto a trasmettere gli atti al Consiglio di Stato).”.*

# **21. Il contraddittorio**

Il contraddittorio previsto dall'attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una previsione di pubblicità del dibattimento. Infatti, ai sensi del quarto comma dell’art. 9 del d.P.R. n. 1199 del 1971 “a*i controinteressati è assegnato un termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso per presentare al Ministero che istruisce l'affare deduzioni e documenti ed eventualmente per proporre ricorso incidentale”*.

Come rilevato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 393/2021**, *“tale termine, di natura processuale, introduttivo di uno specifico onere a carico della parte, presenta per sua natura carattere perentorio-decadenziale in funzione di garanzia del contraddittorio. L’art. 54, comma 1, del codice del processo amministrativo, senz’altro applicabile in via analogica nel procedimento del ricorso straordinario, stabilisce che:“La presentazione tardiva di memorie o documenti può essere eccezionalmente autorizzata, su richiesta di parte, dal collegio, assicurando comunque il pieno rispetto del diritto delle controparti al contraddittorio su tali atti, qualora la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile”.”.*

Di contro, una diversa disciplina interessa le controdeduzioni presentate dall’Amministrazione intimata. Invero, la giurisprudenza più recente ha chiarito che *“l’ordinamento non impone un termine perentorio per la presentazione di controdeduzioni da parte dell’Amministrazione intimata, cosicché l’eccezione di inammissibilità (recte: irricevibilità) per tardività della memoria comunale formulata dalla ricorrente è priva di pregio.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1377/2021**).

Ancora in via generale con riferimento al contraddittorio tra le parti, occorre ricordare, come poc’anzi esposto, che la parte non deposita il ricorso direttamente al Consiglio di Stato (tranne il caso di inerzia dell’amministrazione), ma deve attendere il deposito da parte dell’amministrazione.

# **21.1 Deposito di memorie e documenti direttamente al Consiglio di Stato**

Nella prassi, sempre più spesso, i ricorrenti tentano una interlocuzione diretta con il Consiglio di Stato, depositando memorie, repliche e documenti direttamente ad esso. Talora vengono depositate direttamente istanze di riesame, motivi aggiunti, nuovi ricorsi. In tali casi, il Consiglio di Stato ha dato un’interpretazione garantista dell’art. 49, c. 2, r.d. n. 444/1942, a tenore del quale “*I memoriali o documenti che gli interessati credono di sottoporre al Consiglio di Stato devono essere rassegnati al Ministero, cui spetta di provvedere. Non può tenersi conto di alcun documento non trasmesso dal Ministero. Il Consiglio di Stato può chiedere al Ministero le notizie e i documenti che reputi necessari*” (**Cons. Stato, sez. III, 9.1.2003 n. 3600/02**).

A rigore tale norma imporrebbe un *non liquet*, e dunque un’archiviazione degli atti, ovvero la loro non considerazione de plano e senza motivazione. Invece, nella prassi, in caso di deposito diretto presso il Consiglio di Stato, di ricorsi, istanze, memorie, documenti, le Sezioni Consultive dispongono la trasmissione di essi al Ministero competente, per le controdeduzioni del caso, e nel frattempo sospendono la pronuncia del parere definitivo.

A fronte, pertanto, di istanze, atti, memorie, relativi a ricorsi già pendenti, gli stessi vengono inseriti nel relativo fascicolo, e istruiti con richiesta di deduzioni all’amministrazione.

Qualora, invece, si tratti di ricorsi nuovi, depositati direttamente al Consiglio, si applica estensivamente l’art. 11, d.P.R. n. 1199/1971 e si assumono i ricorsi nel ruolo degli affari consultivi della Sezione.

# **21.2 La conoscenza degli atti del procedimento: il contraddittorio sotto forma di accesso ai documenti del ricorso straordinario**

Il ricorso al diritto di accesso strumentalmente diretto a realizzare il contraddittorio costituisce l’innovazione “pretoria” (dovuta ai precedenti fra i quali innanzi tutto giova ricordare **Consiglio di Stato, Commissione speciale 28 gennaio 1998, n. 1023/1997**) che ha consentito di assicurare la parità delle armi, coniugandola con le caratteristiche dell’istruttoria amministrativa.

In merito sono particolarmente rilevanti le considerazioni svolte nel **parere del Consiglio di Stato, sezioni riunite Prima e Seconda, n. 2131/2012**, di seguito riportate.

*“Considerando la natura formalmente amministrativa (anche se sostanzialmente equiparata per molti tratti alla giurisdizione) del ricorso straordinario, nonché le norme del nuovo codice del processo amministrativo che al ricorso straordinario fanno direttamente o indirettamente riferimento, si può ritenere che l’Amministrazione competente debba concedere l’accesso soltanto alle parti del procedimento, senza che ad esse spetti di provare in modo concreto ed attuale l’interesse all’accesso, avente natura strumentale alla realizzazione del contradditorio.*

*Il diritto di accesso ai documenti del ricorso straordinario, acquisiti dall’Amministrazione, è da ritenere esistente in re ipsa (in ciò concordandosi con l’opinione espressa dalla Presidenza del consiglio dei ministri, DAGL, nella compiuta disamina effettuata circa l’istituto in discussione e trovando così risposta anche il quesito circa la posizione delle parti pubbliche in nulla diversa da quella delle altre parti perché tutte legittimate all’accesso per un interesse legato alla loro mera qualità di parti del giudizio, per il resto non essendovi motivi per disattendere quanto deciso dalla Commissione per l’accesso nella seduta del 2 febbraio 2010) .*

*Si pone poi il problema se, pur a prescindere da una espressa istanza della parte, sia altresì possibile, in diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio di diritto di difesa in giudizio, individuare un obbligo di ostensione degli atti in capo all’Amministrazione procedente.*

*In pratica si ritiene che accanto all’interesse in re ipsa all’accesso agli atti a fini difensivi, sussista anche una sorta di dichiarazione tacita di volontà di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato.*

*In tal senso è l’opinione del Dipartimento affari giuridici della Presidenza del Consiglio che cita il diritto di difesa in giudizio come ragione della officiosità dell’accesso.*

*Le Sezioni riunite del Consiglio di Stato ritengono tuttavia in proposito che vada mantenuta una differenza fra procedimento per ricorso straordinario e processo, tale che l’accesso agli atti vada concesso solo alla parte che effettivamente lo richieda, senza che il diritto assuma carattere officioso.*

*In primo luogo – come rilevato più volte – l’equiparazione al processo non è completa e totale.*

*In secondo luogo, il diritto di difesa in giudizio si esplica nelle norme processuali che prevedono la difesa tecnica ed le regole del contraddittorio processuale, mentre il diritto di difesa, nel procedimento per ricorso straordinario, va modulato in relazione alle caratteristiche dell’istruttoria officiosa di competenza dell’Amministrazione ministeriale.*

*Un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto si traduce in un indubbio - e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale, che può dirsi contrario sia al principio costituzionale del buon andamento dell’amministrazione (art. 97 Cost.) che al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo (art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990).*

*Inoltre si è già sottolineato come per la Corte CEDU (caso Nardella ) non sia applicabile l’art. 6 relativo alle regole del giusto processo, stante il carattere amministrativo del rimedio (ed alla conseguente impugnabilità del decreto decisorio del Capo dello Stato innanzi al Tar sia pure per errores in procedendo ossia per vizi di forma e di procedura del procedimento medesimo CdS, V, 27 febbraio 2007, n. 999) .*

*In ogni caso, l’Amministrazione deve comunicare il momento conclusivo dell’attività istruttoria e i relativi esiti (ossia la relazione ex art. 11, comma 1, D.P.R. n. 1191/1971) non soltanto a coloro che abbiano effettivamente dichiarato di voler accedere a tali atti, bensì a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario.*

*Quanto ai documenti acquisiti ed agli eventuali atti difensionali che siano stati già depositati dalle altre parti, purchè anteriormente all’esito dell’istruttoria essi rimarranno conoscibili a mezzo di apposita istanza di accesso, sempre che sia stata formulata in qualsiasi momento durante l’istruttoria e senza che per la sua formulazione occorrano forme particolari o sacramentali.*

*L’istanza di accesso può essere presentata sia contestualmente al ricorso, sia anche in ogni momento nel corso dell’istruttoria, in ogni caso nessuna ulteriore dichiarazione può essere inoltrata dalle parti dopo la scadenza del termine previsto dall’art. 11 del D.P.R. 1199/1971 per l’espletamento di tale attività.*

*Il Consiglio di Stato ritiene, infatti, per economia dei mezzi, che il contraddittorio tra le parti debba necessariamente concludersi nell’ambito della fase istruttoria che si svolge innanzi all’Amministrazione.*

*Ciò al fine di distinguere nettamente la fase istruttoria e la fase decisoria del procedimento.*

*In conseguenza di ciò può dirsi che, con la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per il parere, si realizzi una preclusione istruttoria, del tutto simile a quella che nel processo deriva dalla spedizione della causa a sentenza.*

*Inoltre, si aggiunge che qualora le parti abbiano manifestato tempestivamente l’intenzione di accedere agli atti dell’istruttoria, l’Amministrazione dovrà consentire l’accesso agli atti del procedimento, fissando un termine congruo per l’eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti identico per tutte le parti (in modo da non favorirne alcune).*

*Dopo il termine per le repliche non v’è spazio per un ulteriore accesso alle repliche ed un ulteriore termine per le controrepliche, poiché le cadenze normativamente previste per l’istruttoria non lo permetterebbero.*

*Ciò non significa che il Consiglio di Stato non possa restituire gli atti all’amministrazione per permettere l’esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) le quante volte siano emersi, con la relazione o nel corso dell’istruttoria, fatti nuovi o nuove esigenze processuali di fatto o di diritto in ordine alle quali sia necessario stabilire un compiuto contraddittorio.*

*Ciò ovviamente potrà avvenire anche nel caso in cui una parte richieda l’accesso agli atti, sia pure tardivamente, oltre il termine di legge previsto per la chiusura dell’istruttoria e dopo la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato evidenziando la necessità di un ulteriore momento di specifico contraddittorio procedimentale.*

*Sono invece da escludere ulteriori istanze di accesso, successive alla definizione dell’istruttoria, non potendosi concedere termini ulteriori, né proroghe di quello già assegnato: nell’ipotesi contraria il procedimento non avrà mai fine, o si aprirebbe ad un contraddittorio giurisdizionale analogo a quello di cui all’art. 73, comma 1, c.p.a. (ciò che non risulta previsto dalla normativa vigente la quale deve sempre rimanere rispettosa della scelta giurisdizionale negativa che è stata compiuta da tutte le parti del ricorso straordinario).*

*Relativamente al termine da assegnarsi a tutte le parti per presentazione di memorie, può considerarsi congruo qualunque termine che sia ragionevole; tale in linea di massima potrebbe considerarsi ogni termine dell’ordine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell’accoglimento dell’istanza di accesso.*

*Ordinariamente ne deriva che l’istruttoria – che ai sensi degli articoli 9 e 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971 – dura massimo centoottanta giorni deve essere conclusa in centocinquanta giorni, per tener conto dei trenta giorni del termine successivo all’accesso delle parti alla documentazione.*

*Ma nei casi in cui non fosse possibile rispettare il termine dei centocinquanta giorni resta inteso che una volta scaduto il termine di trenta giorni (o l’altro termine congruo) successivo all’accesso, l’affare deve immediatamente essere trasmesso al Consiglio di Stato.*

*A fronte di questo quadro d’insieme della procedura di accesso agli atti, resta evidentemente auspicabile una riforma normativa che sia in grado di disciplinarla puntualmente al fine di rendere effettivi i principi del contraddittorio e della parità delle armi, considerando l’ormai consolidata tendenza di ritenere il ricorso straordinario al Capo dello Stato uno strumento sostanzialmente giurisdizionale e, comunque, considerata l’opportunità di ricorrere ampiamente all’informatica per risolvere i problemi organizzativi divisati.”*

In punto di conoscenza degli atti del procedimento, è nuovamente intervenuta la **Prima Sezione che con parere n. 2051/2020** ha riaffermato i seguenti principi: *“Osserva il Collegio che il parere richiamato (da individuarsi correttamente nel parere n. 2131/2012, affare n. 04648/2010, reso nell’Adunanza delle Sezioni riunite Prima e Seconda del 21 marzo 2012) condivisibilmente afferma che “con la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per il parere, si realizz[a] una preclusione istruttoria, del tutto simile a quella che nel processo deriva dalla spedizione della causa a sentenza”.*

*Peraltro, tale affermazione deve essere riferita alla preclusione riveniente dalla tardiva presentazione dell’istanza di accesso agli atti ovvero dalla presentazione di dichiarazioni delle parti successivamente alla chiusura dell’istruttoria.*

*Non può, al contrario, essere letta in modo da obliterare i diritti di partecipazione procedimentale riconosciuti alle parti, quando il diritto di accesso sia stato tempestivamente esercitato e, pertanto, esonerare l’Amministrazione dal concedere termine per replicare alla relazione dalla stessa predisposta.*

*Tanto si evince chiaramente dalla lettura del prefato parere, nella parte che immediatamente precede l’affermazione della indicata preclusione.*

*Si legge, infatti:*

*“[…] Quanto ai documenti acquisiti ed agli eventuali atti difensionali che siano stati già depositati dalle altre parti, purchè anteriormente all’esito dell’istruttoria, essi rimarranno conoscibili a mezzo di apposita istanza di accesso, sempre che sia stata formulata in qualsiasi momento durante l’istruttoria e senza che per la sua formulazione occorrano formule particolari o sacramentali.*

*L’istanza di accesso può essere presentata sia contestualmente al ricorso, sia anche in ogni momento nel corso dell’istruttoria, in ogni caso nessuna ulteriore dichiarazione può essere inoltrata dalle parti dopo la scadenza del termine previsto dall’art. 11 del DPR 1199/1971 per l’espletamento di tale attività.*

*Il Consiglio di Stato ritiene, infatti, per economia di mezzi, che il contraddittorio tra le parti debba necessariamente concludersi nell’ambito della fase istruttoria che si svolge dinanzi all’Amministrazione.*

*Ciò al fine di distinguere nettamente la fase istruttoria e la fase decisoria del procedimento […]”.*

*Dunque, la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato impedisce lo svolgimento di attività ulteriori delle parti che sono proprie della fase istruttoria del procedimento e che devono svolgersi all’interno della stessa, ma non elimina l’obbligo dell’Amministrazione, qualora il diritto di accesso sia stato tempestivamente esercitato, di consentire al ricorrente la possibilità di replica, essendo questa parte integrante della fase istruttoria ed ineliminabile facoltà connessa al diritto di partecipazione.*

*Tale conclusione è avvalorata dagli ulteriori contenuti del sopra citato parere, il quale, in tal modo confermando l’obbligo dell’amministrazione di assegnare un termine per la presentazione di controdeduzioni, rileva che “ qualora le parti abbiano manifestato tempestivamente l’intenzione di accedere agli atti dell’istruttoria, l’Amministrazione dovrà consentire l’accesso agli atti del procedimento, fissando un termine congruo per l’eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti, identico per tutte le parti”.*

*Ritiene, invero, la Sezione che l’obbligo per il Ministero riferente, qualora sia stata presentata rituale e tempestiva istanza di accesso, di consentire a parte ricorrente la presentazione di controdeduzioni sulla relazione dallo stesso redatta (assegnando all’uopo congruo termine) derivi, altresì, in relazione alla circostanza che trattasi di adempimento diretto alla piena attuazione delle garanzie partecipative procedimentali, dalla natura “paragiurisdizionale” del ricorso straordinario.*

*Ed, invero, questo Consiglio di Stato (parere n. 3071/2019, reso nell’Adunanza Generale del 16-10-2019), pur affermando che non vi è identità o equiparazione tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica risultando quest’ultimo governato autonomamente da compiuta disciplina normativa, ha ritenuto che il processo di “giurisdizionalizzazione”, avviato dalla legge n. 69/2009, deve essere correttamente inteso come “percorso di tendenziale avvicinamento del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale essenzialmente sotto il profilo delle garanzie del procedimento”.”*

Tali considerazioni sono state riaffermate di recente anche dal parere **Cons. Stato, sez. 1, n. 357/2021**.

# **22. Il procedimento cautelare**

La **legge n. 205/2000** ha introdotto all’art. 3, comma 4 una specifica menzione della tutela cautelare in sede giustiziale, prevedendo che “*nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall’esecuzione dell’atto, la sospensione dell’atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell’articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato*.”

La tutela cautelare è dunque accordata con provvedimento ministeriale, previo parere del Consiglio di Stato.

Il procedimento si articola in tre fasi: istanza di parte e relazione ministeriale; parere del Consiglio di Stato; decreto ministeriale. La disposizione nulla dispone in ordine al profilo temporale di scansione del procedimento cautelare.

L’accoglimento della domanda cautelare presuppone, come in sede giurisdizionale, la sussistenza dei due elementi del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

In considerazione del contenuto generico dell’art. 3, comma 4, della legge n. 205/2000, per rendere effettiva la tutela giurisdizionale anche in un momento precedente la decisione finale, è stata rappresentata la necessità di inserire nel d.P.R. n. 1199/1971, una più compiuta disciplina della domanda e della decisione cautelare.

# **22.1 Il parere della Commissione speciale n. 920/2009**

È opportuno richiamare quanto osservato dall’**Adunanza della Commissione Speciale del 28 aprile 2009, n. 920/2009**.

La Commissione speciale ha, infatti, affrontato i principali punti critici della procedura del ricorso straordinario, che compromettono l'effettività e quindi la funzione giustiziale di tale ricorso.

Di seguito se ne riporta il testo integrale.
*“Il primo punto critico è costituito dalla pratica inesistenza di una disciplina legale del procedimento di sospensione cautelare in sede straordinaria.*

*Infatti, l'art. 3, comma 4, della legge n. 205/2000 è al riguardo quanto mai generico: si limita a prevedere che la sospensione può essere concessa "nell'ambito del ricorso straordinario", escludendo così implicitamente una tutela cautelare ante causam, e che "la sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente....su conforme parere del Consiglio di Stato", prevedendo così che la sospensione sia adottata non dal Presidente della Repubblica ma dal Ministero (non necessariamente dal Ministro: anzi, trattandosi di atto di gestione concreta, la competenza ministeriale dovrebbe essere esclusa). Malgrado l'evidente improprietà del testo sembra pacifico che sia l'atto del Ministero a dover essere "conforme" al parere (che ha carattere vincolante, e quindi in questa fase perde l'originario carattere consultivo e semivincolante per assumere un vero e proprio carattere decisorio) e non viceversa, e che pertanto sia sufficiente che l'atto stesso venga semplicemente giustificato con riferimento al parere, senza necessità di alcuna motivazione in senso tecnico.*

*La profonda differenza sia della natura del "parere" sia dell'autorità decidente fa ritenere che in sede consultiva la domanda cautelare dia luogo ad un subprocedimento autonomo, come tale possibile oggetto di una disciplina a sé, distinta da quella del ricorso straordinario in cui è solo fisicamente inserita (in modo del tutto generico).*

*Ciò premesso, alla fase cautelare è sicuramente applicabile il principio, ripetutamente affermato dagli arti. 11-14 del dPR n. 1199/1971, che l'istruttoria va effettuata dal "Ministero competente", che tra l'altro determina (salvo successive integrazioni disposte dal Consiglio di Stato) "i soggetti cui il ricorso deve essere notificato e le modalità e i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere alla integrazione", riconoscendo così al Ministero un'ampia potestà di disciplinare il procedimento in maniera vincolante nei confronti delle parti; potestà che, in assenza di qualsiasi previsione in ordine agli adempimenti ed ai termini del subprocedimento cautelare, in origine non previsto, deve ritenersi logicamente estensibile anche a tale subprocedimento. Di conseguenza attualmente i Ministeri interessati seguono vie diverse:*

*a) o attendono di istruire completamente nel merito il ricorso, riferendo quindi a istruttoria conclusa anche ai fini della chiesta sospensiva (questa è la prassi per lo più seguita);*

*b) o, senza attendere di completare l'istruttoria, riferiscono in tempi brevi ai soli fini della sospensiva, sulla base di quanto ad essi già risulta direttamente (e quindi senza acquisire le controdeduzioni delle eventuali parti necessarie);*

*c) oppure ancora si limitano a trasmettere il ricorso al Consiglio di Stato, senza alcuna osservazione, facendo talvolta presente — per lo più nelle vie brevi — che la scarsità di personale non consentirebbe ad essi di fare diversamente.*

*Ferma restando l'esigenza che le Sezioni segnalino al Governo ed eventualmente all'Autorità giudiziaria comportamenti costituenti vere e proprie omissioni di atti d'ufficio, appare quindi evidente che la misura cautelare nel caso sub a) può perdere ogni carattere di effettività, dal momento che gli adempimenti dell'istruttoria fanno sì che la domanda di sospensione pervenga al Consiglio di Stato non prima di tre-quattro mesi (ma i tempi complessivi del subprocedimento sono spesso sensibilmente più lunghi, a volte molto oltre l'anno, anche perché occorre tener conto dei tempi necessari sia per acquisire le deduzioni di eventuali controinteressati sia per corrispondere ad eventuali richieste d'accesso ai documenti amministrativi), con conseguente possibile inutilità — attesa la sua tardività — del provvedimento cautelare; e nei casi sub b) e sub c) può non corrispondere all'esigenza di assicurare il rispetto del contraddittorio, perché il Consiglio di Stato può trovarsi costretto a pronunciare il parere sulla sola base della prospettazione del ricorrente. In sostanza il legislatore parrebbe avere attribuito alle Sezioni consultive un potere cautelare che però, in concreto, ben difficilmente potrebbe rispettare i principi costituzionali del giusto processo.*

*C'è quindi da domandarsi se una situazione normativa del genere risponda ad una precisa scelta del legislatore o ad una sua superficialità; ovvero ancora se possa essere spiegata in altro modo.*

*Che corrisponda ad una precisa scelta del legislatore può escludersi, dal momento che le intenzioni espresse in sede legislativa erano effettivamente quelle di completare la tutela in sede straordinaria con l'attribuzione anche di un concreto potere cautelare effettivo, in linea con i noti orientamenti della Corte di Giustizia dell'UE.*

*Che corrisponda ad una superficialità del legislatore può del pari escludersi, perché l'elevata competenza tecnica degli Uffici legislativi che a suo tempo hanno cooperato alla redazione del comma non rende credibile un'evenienza siffatta.*

*Resta un'ultima ipotesi: che il legislatore, pressato dalla nota necessità di una sollecita promulgazione della legge n. 205/2000 e resosi conto della difficoltà di stabilire — nei tempi ristretti consentiti - una precisa ed esaustiva disciplina normativa della sospensione cautelare in sede consultiva, abbia ritenuto sufficiente indicare al Consiglio di Stato l'obiettivo da raggiungere, nella consapevolezza che l'Istituto ha in gran parte direttamente creato o quanto meno contribuito a creare non solo il diritto amministrativo sostanziale ma anche il diritto amministrativo processuale, e quindi per la sua tradizione storica è abituato a farsi i suoi attrezzi da solo, memore del principio, di antica civiltà giuridica, cui iurisdictio data est ea quoque concessa videntur sine quibus iurisdictio exerceri non potest.*

*Occorre quindi esaminare se, nel silenzio della legge, le Sezioni consultive, anch'esse gravate — alla pari di quelle giurisdizionali - del dovere costituzionale di assicurare la giustizia nell'amministrazione e quindi del dovere di assicurare in sede contenziosa i principi costituzionali del giusto processo, possano fare riferimento, in via analogica, a quanto previsto per i ricorsi giurisdizionali, al fine di elaborare una procedura che consenta di rispettare pienamente i valori costituzionali. Una procedura di fonte giurisprudenziale, pur senza avere —ovviamente - un valore normativo o comunque vincolante per i Ministeri competenti, potrebbe quanto meno costituire sia un'utile base di lavoro per il Governo, in funzione di un'eventuale direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri che integri quanto già disposto in materia con la direttiva 27 luglio 1993, sia un utile contributo di esperienze in vista della preventivata generale revisione legislativa della giustizia amministrativa.*

*3- Per quanto riguarda le sospensive in sede straordinaria i problemi concreti sono quindi due:*

*a) assicurare la tempestività del parere, e quindi la ragionevole durata del procedimento cautelare;*

*b) assicurare la tutela dell'Amministrazione resistente, l'effettività del contraddittorio con i controinteressati e la parità tra le parti.*

*3.1- La tempestività del parere richiede che il ricorso, con la relativa domanda cautelare, una volta notificato agli eventuali controinteressati e depositato presso il Ministero competente, possa essere presentato al Consiglio di Stato — in via immediata e diretta, ed ai soli fini della deliberazione sulla sospensiva — non solo dal Ministero ma anche dal ricorrente.*

*Infatti, l'urgenza di definire la domanda cautelare è manifestamente incompatibile con la procedura prevista in via generale dall'art. 11 del dPR n. 1199/1971 nel caso di tardiva trasmissione del ricorso straordinario dal Ministero al Consiglio di Stato; procedura che comporta che la questione non possa essere esaminata dal Consiglio di Stato prima di centocinquanta giorni dalla sua presentazione al Ministero. D'altra parte il risultato pratico di un deposito diretto del ricorso straordinario ai fini dell'esame della domanda di sospensione sarebbe del tutto analogo a quello che si verifica nel caso in cui il Ministero si limita a trasmettere, senza alcuna osservazione o controdeduzione, il ricorso stesso al Consiglio di Stato.*

*L'esame della domanda cautelare da parte del Consiglio di Stato sarebbe ovviamente subordinato alla prova che il ricorrente ha effettivamente proceduto alle notifiche prescritte ed al deposito presso il Ministero competente.*

*Per completezza e coerenza logica il responsabile del procedimento presso il Ministero competente per l'istruttoria dovrebbe poter riferire sulla questione direttamente al Consiglio di Stato, ai soli fini della deliberazione sulla sospensiva, ferma restando la necessità della formale relazione ministeriale ai fini della deliberazione conclusiva sul merito del ricorso.*

*A sua volta la Sezione, previa pubblicazione del parere sul sito istituzionale, dovrebbe poter direttamente — e cioè senza il passaggio intermedio al Segretariato generale, in questa fase non necessario - trasmettere il parere stesso al responsabile del procedimento, che dovrebbe a sua volta trasmetterlo a tutte le parti interessate avvertendole che il parere diverrà efficace con l'atto di esternazione del competente Ministero (atto per la cui adozione dovrebbe essere stabilito un preciso termine — non superiore a cinque giorni - e che dovrebbe essere di competenza del responsabile del procedimento, atteso che l'Amministrazione riferente e' tenuta a conformarsi per il resto al parere del Consiglio di Stato).*

*3.2- Un secondo problema concreto è quello di rendere compatibile l'urgenza di provvedere con la tutela dell'Amministrazione e dei controinteressati.*

*Nel caso di domanda cautelare pervenuta al Consiglio di Stato già completamente istruita (il che peraltro comporta, di regola, la tardività dell'esame della sospensiva da parte della Sezione) non sorge alcuna difficoltà: la domanda ormai non può che essere sottoposta al parere della Sezione nella prima adunanza utile, secondo le regole generali.*

*Qualora invece manchino la relazione ministeriale e/o le controdeduzioni dei controinteressati occorre ipotizzare una procedura più articolata secondo cui il Collegio, ferma restando la facoltà di richiedere adempimenti istruttori qualora ¬allo stato degli atti - non ritenga possibile l'emissione del chiesto parere cautelare:*

*a) accerta preliminarmente se la domanda cautelare e' assistita dai prescritti requisiti del periculum in mora e del danno grave ed irreparabile. In caso negativo la domanda e' respinta e l'esame del merito del ricorso segue il normale ordine cronologico;*

*b) nel caso di sussistenza dei prescritti requisiti adotta una deliberazione cautelare provvisoria, che diventa definitiva se il Ministero competente od una qualsiasi delle parti non ne chieda il riesame entro il termine di 60 giorni (in analogia all'identico termine previsto dall'art. 9, comma 4, del dPR n. 1199/1971), e nella quale si preannuncia il rinvio del ricorso a data fissa per l'esame del merito una volta decorso un ulteriore termine di 120 giorni (per consentire eventuali domande d'accesso o la presentazione e lo scambio tra le parti di eventuali memorie, motivi aggiunti o ricorsi incidentali, ovvero la predisposizione della relazione ministeriale). Si stabilirebbe in tal modo un termine massimo praticamente equivalente a quello previsto in materia dal punto 2 della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 luglio 1993;*

*c) nel caso di riesame, adotta una deliberazione cautelare definitiva, contenente anch'essa la fissazione della data per l'esame di merito;*

*d) dispone la trasmissione immediata (e cioè, si ripete, senza passare attraverso il Segretariato Generale) della deliberazione cautelare dalla Sezione al Ministero competente mandando alla segreteria di pubblicare il parere sul sito istituzionale del Consiglio di Stato.*

*In analogia con quanto previsto per il ricorso giurisdizionale dovrebbe ritenersi consentita anche l'emanazione di altre misure cautelari provvisorie.*

*5- Per quanto infine riguarda la procedura relativa al parere sul merito del ricorso va premesso che i principi costituzionali dell'art. 111 possono essere utilmente applicati anche al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, attesa la natura "paragiurisdizionale" del rimedio, riconosciuta dalla Corte di Giustizia dell'UE e confermata dalla giurisprudenza consultiva di questo Consiglio. Infatti, a seguito del parere della Commissione speciale di questo Consiglio 28 gennaio 1998 n. 1023/1997 e del conseguente comportamento delle Sezioni consultive (v., da ultimo, Sez. III, 3 aprile 2007 n. 4907/2006, 16 maggio 2006 n, 1614/2006 e 24 gennaio 2006 n. 538/2005) si è consolidata una prassi secondo cui deve essere garantita al ricorrente la conoscenza — quanto meno ¬della relazione ministeriale e la conoscibilità — mediante lo strumento dell'accesso — degli eventuali ulteriori documenti amministrativi da lui ritenuti utili ai fini della decisione del ricorso. Ciò comporta che se l'Amministrazione non abbia provveduto, d'ufficio, alla comunicazione della relazione ministeriale e se il ricorrente chieda copia di tale relazione o presenti domanda d'accesso solo dopo che il ricorso sia pervenuto a questo Consiglio il procedimento debba essere sospeso, in attesa che l'Amministrazione definisca le richieste del ricorrente, con anomala proliferazione di attività istruttoria.*

*Evidenti considerazioni di semplificazione della procedura del ricorso, di applicazione del principio costituzionale di buon andamento nonché di parità di trattamento tra i ricorrenti e gli eventuali controinteressati, richiedono che questa prassi sia generalizzata ed opportunamente integrata.*

*A tal fine le Sezioni consultive si sono per lo più orientate ad invitare le Amministrazioni a far sì che:*

*a) la relazione ministeriale venga preventivamente comunicata, d'ufficio, al ricorrente ed ai controinteressati notificati, assegnando ad essi un termine congruo (ad esempio, trenta giorni) per la presentazione di eventuali domande d'accesso ed un successivo analogo termine per la presentazione di osservazioni, memorie e documenti;*

*b) scaduti i termini assegnati, la relazione, eventualmente integrata sulla base di quanto prospettato dal ricorrente e dai controinteressati, venga trasmessa a questo Consiglio, corredata dalla documentazione da essi prodotta, avvertendo le parti che avranno facoltà di trasmettere eventuali ulteriori sintetici chiarimenti direttamente all'Amministrazione stessa ed al Consiglio di Stato entro l'ulteriore termine di quindici giorni;*

*c) venga puntualmente osservata la citata direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993, relativa alla necessità del rigoroso rispetto dei termini per l'istruttoria (centoventi giorni dalla scadenza del termine di sessanta giorni concesso per le eventuali iniziative dei controinteressati: art. 11 del dPR n, 1199/1971), la cui inosservanza comporta che la Sezione possa trarre elementi di convincimento dal comportamento omissivo dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e quindi possa ritenere ammessi i fatti dedotti dalle parti private e non contestati, con le conseguenti eventuali responsabilità del responsabile del procedimento che con la sua omissione abbia indotto la Sezione ad esprimere un parere errato.*

*In effetti, le ripetute sollecitazioni delle Sezioni hanno fatto sì che la gran parte delle amministrazioni riferenti si sia ormai — di fatto — conformata alle esigenze procedurali suindicate. Considerato però che sussistono tuttora divergenze operative tra le Sezioni e che comunque sarebbe opportuno che le indicazioni della Commissione speciale potessero assumere carattere vincolante per le amministrazioni ed essere pubblicizzate, si auspica che la Presidenza del Consiglio dei Ministri adotti una nuova direttiva, integratrice della precedente del 27 luglio 1993, al fine di assicurare anche alla giustizia amministrativa in sede consultiva un'effettività adeguata e costituzionalmente orientata.”.*

# **22.2 La questione della possibilità di esprimere il parere sulla sospensiva a seguito di deposito diretto al Consiglio di Stato pur in assenza di relazione ministeriale**

Nell’ambito del quadro delineato, la giurisprudenza consultiva si è interrogata sulla possibilità di procedere all’espressione del parere sull’istanza sospensiva a seguito di deposito diretto al Consiglio di Stato del ricorso straordinario pur mancando la relazione ministeriale.

Il tema è stato approfonditamente affrontato dal parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 496/2021**.
*“Constatato che il Ministero dell’università non ha trasmesso alcuna relazione, la Sezione ritiene necessario svolgere, preliminarmente, alcune considerazioni circa la possibilità di procedere all’espressione del parere sull’istanza di sospensiva, a seguito di deposito diretto al Consiglio di Stato del ricorso straordinario, pur in assenza della relazione ministeriale.*

*L’omissione ministeriale non può infatti risolversi in una indeterminata limitazione delle tutele proprie della fase cautelare, rispetto alle quali l’elemento temporale – ovverosia la tempestività della decisione - presenta un rilievo essenziale.*

*Già nel parere n. 920/2009 della Commissione speciale di questo Consiglio di Stato è stato sottolineato che manca una disciplina legale esaustiva relativa al procedimento di sospensione cautelare in sede straordinaria. Infatti, l'art. 3, comma 4, della legge n. 205/2000 - con cui è stata prevista l’applicabilità della sospensione cautelare al ricorso straordinario - è al riguardo quanto mai generico, laddove si limita a prevedere che, nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, possa essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo; la sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato.*

*Come ebbe a rilevare la Commissione speciale, la differenza sia della natura del "parere" sia dell'autorità decidente fa ritenere che in sede consultiva la domanda cautelare possa dare luogo a un subprocedimento autonomo, come tale possibile oggetto di una disciplina a sé, distinta da quella del ricorso straordinario in cui è fisicamente inserita in modo del tutto generico.*

*Non vi è dubbio (sulla base del principio ripetutamente affermato dagli artt. 11-14 del DPR n. 1199/1971) che l'istruttoria vada effettuata dal Ministero competente, che tra l'altro determina (salvo successive integrazioni disposte dal Consiglio di Stato) i soggetti cui il ricorso deve essere notificato e le modalità e i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere alla integrazione, riconoscendosi così al Ministero un'ampia potestà di disciplinare il procedimento in maniera vincolante nei confronti delle parti; potestà che, in assenza di qualsiasi previsione in ordine agli adempimenti ed ai termini del subprocedimento cautelare, in origine non previsto, deve ritenersi logicamente estensibile anche a tale subprocedimento.*

*Ritiene la Sezione che, a fronte del rischio che la relazione venga trasmessa in tempi tali da pregiudicare, di per sé, l’effettività della tutela cautelare, debba essere assicurato il rispetto del contraddittorio con l’amministrazione, in sintonia con i principi costituzionali del giusto processo, in modo tale da evitare che si produca tale pregiudizio, che a sua volta affievolirebbe il principio di effettività delle tutele.*

*Con la modifica del 2000, il legislatore ha evidentemente inteso completare la tutela in sede straordinaria con l'attribuzione anche di un concreto potere cautelare effettivo, indicando al Consiglio di Stato l'obiettivo da raggiungere, “nella consapevolezza che l'Istituto ha in gran parte direttamente creato o quanto meno contribuito a creare non solo il diritto amministrativo sostanziale ma anche il diritto amministrativo processuale, e quindi per la sua tradizione storica è abituato a farsi i suoi attrezzi da solo, memore del principio, di antica civiltà giuridica, cui iurisdictio data est ea quoque concessa videntur sine quibus iurisdictio exerceri non potest” (Cons. St., Comm. Spec., n. 920/2009).*

*E’ poi da annotare che il risultato pratico di un deposito diretto del ricorso straordinario ai fini dell'esame della domanda di sospensione è analogo a quello che si verifica nel caso in cui il Ministero si limiti a trasmettere, senza alcuna osservazione o controdeduzione, il ricorso stesso al Consiglio di Stato.*

*Anche nel caso del deposito diretto, l'esame della domanda cautelare da parte del Consiglio di Stato è ovviamente subordinato alla prova che il ricorrente abbia effettivamente proceduto alle notifiche prescritte e al deposito presso l’amministrazione competente.*

*Per completezza e coerenza logica, il responsabile del procedimento presso il Ministero competente per l'istruttoria dovrebbe potere riferire sulla questione direttamente al Consiglio di Stato, ai soli fini della deliberazione sulla sospensiva, ferma restando la necessità della formale relazione ministeriale ai fini della deliberazione conclusiva sul merito del ricorso.*

*Questa Sezione, anche di recente, ha riconosciuto la possibilità dell’emissione del parere cautelare a seguito di presentazione diretta, anche in assenza della relazione ministeriale. A titolo esemplificativo, con il parere n. 2332/2011 la Sezione ha richiesto la relazione del Ministero in un caso in cui la presentazione diretta era stata irritualmente effettuata, senza il rispetto delle formalità di cui all’art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971. Se ne trae il principio che, in caso di presentazione diretta rituale, la Sezione era legittimata a esprimere il parere sulla domanda cautelare.*

*Con il parere n. 3281/2015 la Sezione, con riguardo a un procedimento in cui il ricorrente aveva proceduto alla presentazione diretta al Consiglio di Stato, senza perfezionare prima la procedura prevista dall’art. 11 del D.P.R. n. 1199/1971, ha ritenuto che la domanda cautelare presentata dal ricorrente ne imponesse comunque l’esame anche prima che fosse pervenuta la richiesta di parere e la prescritta relazione ministeriale, stante l’imminente pregiudizio derivante dall’esecutività del provvedimento impugnato. La Sezione ha poi accolto l’istanza cautelare, almeno fino a quando l’Amministrazione non avesse fornito concreti elementi di valutazione alla Sezione.*

*Con altri pareri, la Sezione ha confermato la procedibilità della domanda cautelare pur in assenza di relazione ministeriale (Cfr. Sez. I, n. 361/2019; n. 1678/2019, n. 2274/2019). In termini analoghi, pur valutando la necessità di acquisire la relazione ministeriale in mancanza di elementi sufficienti per l’espressione del parere sulla domanda cautelare, si è espressa la Sezione con i pareri nn. 777/2020 e 778/2020, in cui comunque l’assenza della relazione non è stata ritenuta essere in grado di determinare, da sola, l’improcedibilità della domanda cautelare.*

*La Sezione ritiene che l’orientamento prevalente appena richiamato vada confermato e valorizzato. Nelle ipotesi di deposito diretto del ricorso straordinario, per le ragioni esposte e in considerazione della genericità delle disposizioni legislative di riferimento, non risultano evidenti elementi per suffragare l’improcedibilità provvisoria del ricorso medesimo in assenza della relazione.*

*Al contrario, la Sezione è dell’avviso che debba essere consentito l’esame della domanda cautelare contenuta in un ricorso straordinario presentato direttamente al Consiglio di Stato dal ricorrente, pur in assenza della relazione ministeriale, previa puntuale verifica, a cura della Sezione, circa la sussistenza dei prescritti requisiti, deducibili in modo inequivoco dalla documentazione in atti, considerata adeguata a tal fine.*

*La Sezione potrà consentire anche l’esame della domanda cautelare contenuta in un ricorso straordinario presentato direttamente al Consiglio di Stato dal ricorrente, in assenza della relazione ministeriale, anche qualora il deposito diretto non sia stato preceduto dalla procedura di cui all’art. 11 del D.P.R. n. 1199/1971, qualora sussistano fondate ragioni per ritenere che il rispetto dei tempi prescritti per il deposito diretto di cui al predetto art. 11 interdica la possibilità stessa della tutela cautelare.*

*In tutti i casi richiamati, l'esame della domanda cautelare da parte del Consiglio di Stato è ovviamente subordinato alla prova che il ricorrente abbia effettivamente proceduto alle notifiche prescritte e al deposito presso l’amministrazione competente.*

*In ogni evenienza in cui, a seguito di deposito diretto del ricorso straordinario, non sia stata trasmessa la relazione ministeriale, il Presidente della Sezione avrà cura di sollecitare il Ministero competente e di indicare la data dell’adunanza in cui sarà trattata l’istanza cautelare, tanto al Ministero quanto all’amministrazione, eventualmente diversa dal medesimo Ministero, che ha emesso il provvedimento impugnato.*

*A maggior ragione, la Sezione potrà procedere alla decisione sulla domanda cautelare nell’evenienza in cui il ricorso, privo della relazione di accompagnamento, sia trasmesso dal Ministero.*

*È inteso che rimane ferma per la Sezione la possibilità di riesame della domanda cautelare, in base alle sopravvenienze.”.*

# **22.3 La questione della mancanza di una disposizione che preveda misure cautelari monocratiche**

Ancora in punto di tutela cautelare, è stata sollevata l’eccezione di legittimità costituzionale in relazione alle disposizioni che non contemplano la possibilità di richiedere l’adozione di un parere sospensivo monocratico. La giurisprudenza ed in particolare il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1880/2020** ne hanno rilevato l’infondatezza, osservando quanto segue.

*“Quanto, infine, alla richiesta di parte ricorrente dell’adozione di un parere sospensivo monocratico ed alla subordinata eccezione di legittimità costituzionale in ordine alle disposizioni che non contemplano tale possibilità con riferimento al ricorso straordinario, basterà qui ricordare che se, per un verso, non v’è dubbio che il ricorso straordinario abbia perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo, dal momento che le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 militano nel senso di un suo progressivo avvicinamento ai rimedi di tipo giurisdizionale, non può, per altro verso, non riconoscersi che il ricorso straordinario, pur nel riconoscimento della sua cosiddetta “giurisdizionalizzazione”, continui ad avere una connotazione sui generis, rimanendo comunque non completamente equiparabile ai rimedi giurisdizionali.*

*A tal riguardo ed a titolo esemplificativo, può ricordarsi che per l’art. 49, comma 1, R.D. 444/1942 “gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l’intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti” e che il parere è, dunque, espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell’adunanza (cfr. al riguardo Consiglio di Stato, Sez. I, n. 2848/2019 e la copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione e di questo Consiglio ivi richiamata).*

*Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che “la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente 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 - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU” (Cass., Sezioni Unite, 19 dicembre 2012 n. 23464).*

*Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che “il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l’una e l’altra via, con l’unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l’altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente”. E “del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell’art. 6 della CEDU” (Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 24).*

*Considerato, dunque, che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali e che, sulla base della giurisprudenza richiamata, non vi è contrasto né con la Costituzione (né con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo), il Collegio ritiene che non sussistano i presupposti per rimettere la proposta questione di legittimità costituzionale in ordine alle disposizioni che regolano il procedimento cautelare nell’ambito del presente rimedio.*

*Del resto, come rilevato dalla Corte costituzionale nella pronuncia innanzi ricordata, spetta al ricorrente scegliere liberamente tra il ricorso giurisdizionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – scelta che, deve ritenersi, venga effettuata dall’interessato tenendo anche presenti le relative diversità procedurali – fermo restando che, in ossequio al principio di alternatività, electa una via non datur recursus ad alteram.”*

# **23. La sospensione del procedimento**

Ai sensi dell’art. 295 del c.p.c., “*Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*”.

Si ritiene pacificamente che l’art. 295 c.p.c. sia applicabile anche nel procedimento relativo al ricorso straordinario.

In particolare *“ricorrono gli estremi della sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. anche nel caso in cui la decisione di altro giudice sia rilevante ai fini della definizione del giudizio in corso (Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4271) e che comunque, ai fini della pronuncia sul merito della lite, occorre la preventiva definizione della res iudicanda ancora pendente in appello (Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2009, n. 2070).”* (**Cons. Stato, sez. II, n. 1265/2010**).

L’applicabilità dell’art. 295 c.p.c. al rimedio giustiziale è stata di recente riaffermata anche nell’ipotesi di pregiudizialità del procedimento penale rispetto alla definizione del giudizio amministrativo con il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 998/2018**e **n. 486/2021.**

# **24. La morte o incapacità del ricorrente**

Quanto agli effetti della morte o incapacità del ricorrente, si è osservato che il decesso del ricorrente non interrompe l’iter procedurale per la decisione del ricorso straordinario, atteso che in questa sede non trova applicazione l’istituto processuale della interruzione per morte del ricorrente, previsto solo per il processo (articolo 299 c.p.c.).

Sul punto, si è espresso il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1066/2021**, secondo cui *“giova rilevare invero che il d.P.R. n. 1199 del 1971 lascia la fattispecie del decesso del ricorrente priva di specifica disciplina ed è stata la giurisprudenza delle Sezioni consultive di questo Consiglio, più volta intervenuta sulla questione, a chiarire che non assume rilievo, ai fini della prosecuzione dell’iter del ricorso straordinario, la circostanza dell’intervenuto decesso della parte ricorrente (cfr. Cons. St., sez. III, n. 22 giugno 1999 n. 301; Cons. St., sez. II, 13 agosto 2015 n. 2406; CGA 23 maggio 2018, n. 205; CGA 29 novembre 2017, n. 959).*

*Tale conclusione trae argomento dalle peculiarità del ricorso straordinario che, ad esempio, non impone alcuna attività alla parte interessata dopo la presentazione del ricorso, non richiede l'assistenza di un difensore e non prevede specifici adempimenti formali ai fini di far constare la conoscenza legale dell'evento interruttivo (così, ad esempio nel parere del Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 1999 n. 301 che ha escluso la sussistenza dei presupposti per disporre l'interruzione del procedimento per la decisione del ricorso straordinario, ritenendo dunque non applicabili le disposizioni sul processo dinanzi al giudice amministrativo, allora vigenti, di cui all'articolo 24 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante espresso rinvio agli articoli 299 e seguenti del codice di procedura civile, in quanto applicabili).*

*Occorre ancora osservare che, con parere del 10 marzo 2014, n. 780, reso all’Adunanza del 8 gennaio 2014, la Sezione – in risposta al quesito proposto dal Ministero dell’interno “concernente i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, ai sensi degli articoli 8 e seguenti del d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199 in caso di morte del ricorrente. Eventuali adempimenti dell'amministrazione referente ai fini della conclusione del procedimento e specificatamente della notifica del Decreto del Presidente della Repubblica di decisione del ricorso straordinario” – ha ritenuto che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è da classificare, anche dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, quale provvedimento “formalmente amministrativo” anche se l’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha attribuito al parere natura vincolante, eliminando la possibilità per il Consiglio dei ministri si discostarsi dal parere stesso. Tuttavia, anche se il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante, assumendo forma di atto giustiziale, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo complesso e, in particolare, il provvedimento che definisce il gravame, cioè il decreto del Presidente della Repubblica, è da classificare formalmente provvedimento amministrativo, soggetto alle formalità del procedimento amministrativo.*

*Tutto ciò posto, la Sezione ha concluso nel senso che il ricorso straordinario non è soggetto alla disciplina dell’interruzione e che l’Amministrazione deve procedere alla notifica del decreto che ha definito il gravame nei modi e nei termini previsti per i provvedimenti amministrativi.*

*In conclusione, per le ragioni sino a qui esposte, va ribadita la regola per cui la morte del ricorrente non interrompe l’iter del ricorso straordinario.”*

Ancor prima si era pronunciato sul tema il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 780/2014** affermando, conformemente a quanto già evidenziato, che *“il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è da classificare, anche dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, quale provvedimento “formalmente amministrativo” anche se l’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha attribuito al parere natura assolutamente (e non più parzialmente) vincolante, eliminando la possibilità di andare in difformità conferita al Consiglio dei ministri su proposta del ministro competente per l’istruttoria del ricorso. Quindi, il parere del Consiglio di Stato assurge, oggi, a vera e propria decisione del ricorso, da recepire poi formalmente nel decreto presidenziale.*

*Tale decreto del Presidente della Repubblica è rimasto, comunque, il provvedimento finale di decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il quale conclude il procedimento.*

*Ritiene la Sezione che, in considerazione delle peculiarità del gravame straordinario, non è richiesta alcuna attività alla parte interessata dopo la presentazione del ricorso; e non sono richiesti neppure l'assistenza di un difensore né specifici adempimenti formali anche ai fini di far constatare la conoscenza legale dell'evento interruttivo.*

*Quindi, anche se il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante, assumendo forma di atto giustiziale, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo complesso e in particolare il provvedimento che definisce il gravame, cioè il decreto del Presidente della Repubblica, è da classificare formalmente provvedimento amministrativo, soggetto alle formalità del procedimento amministrativo.*

*Ne consegue che nel caso di specie il ricorso straordinario non è soggetto alla disciplina dell’interruzione e che l’Amministrazione deve procedere alla notifica del decreto che ha definito il gravame nei modi e nei termini previsti per i provvedimenti amministrativi.”.*

# **25. La rinuncia al ricorso straordinario e l’opposizione alla rinuncia delle altre parti del procedimento**

In tema di rinuncia al ricorso straordinario e di opposizione alla rinuncia delle altre parti del procedimento, il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1113/2021** ha ricordato che *“il ricorso straordinario è un mezzo di gravame posto a tutela di specifiche posizioni giuridiche sostanziali, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, di cui il ricorrente lamenta l'ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo, posizione speciale e qualificata, che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo.*

*Occorre altresì ricordare che è possibile esperire questo mezzo di tutela se dall'accoglimento dell'impugnativa il ricorrente può ottenere un vantaggio pratico e concreto (c.d. interesse al ricorso, quale ulteriore condizione dell’azione); il processo amministrativo, infatti, non costituisce una giurisdizione di diritto oggettivo, volta a ristabilire una legalità che si assume violata, ma ha la funzione di dirimere una controversia fra un soggetto che si afferma leso in una posizione giuridica soggettiva in modo diretto, concreto e attuale da un provvedimento amministrativo e l'amministrazione che ha emanato tale provvedimento. Il ricorrente tende, in sintesi, a un provvedimento del giudice idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione (ex multis, da ultimo Cons. Stato, sez. I, parere 14 dicembre 2020, n. 2037; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n.2464; Cons. Stato, sez. II, 20 giugno 2019, n. 4233; Cons. Stato, sez. IV, 1° giugno 2018, n. 3321; 19 luglio 2017, n. 3563).*

*Il processo amministrativo, con affermazioni che naturalmente valgono anche per il ricorso straordinario, è un processo di parti e dunque può essere iniziato, ovvero proseguito, solo se la parte interessata mantiene l'interesse al ricorso con valutazione essenzialmente rimessa alla parte stessa.*

*Pertanto, se la parte che ha proposto ricorso vi rinuncia viene meno l’interesse alla decisione perché, in caso contrario, vi sarebbe una violazione del principio dispositivo, principio cardine del nostro ordinamento.*

*Il giudice amministrativo, in ossequio al principio dispositivo, deve prendere in considerazione la dichiarazione di rinuncia al ricorso o per dichiarare estinto il giudizio o verificare se è sopravvenuta la carenza di interesse alla decisione e, conseguentemente, dichiarare lo stesso improcedibile.*

*La giurisprudenza ha chiarito che l'articolo 84, comma 2, d.lgs. 104/2010 nel caso della rinuncia, equiparabile anche se non esattamente sovrapponibile alla dichiarazione di carenza di interesse, consente alle controparti di opporsi all'estinzione del processo che alla rinuncia stessa consegue, quando ne abbiano un interesse; ciò però non potrebbe comunque essere affermato nel caso in cui l'opposizione, senza entrare nello specifico dei motivi su cui essa si fonda, proviene dalla parte interveniente, ovvero da una parte che non è portatrice di un interesse autonomo alla decisione (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1271; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019, n. 1711 con riferimento alla rinuncia al giudizio di appello).*

*L’opposizione alla rinuncia, dunque, per portare alla decisione nel merito, deve essere validamente sostenuta da uno specifico interesse, come ad esempio nel caso in cui il controinteressato abbia proposto ricorso incidentale, circostanza questa non presente nel caso di specie.*

*Nel ricorso straordinario quanto appena detto è ancor più vero considerato che questo procedimento non prevede una decisione sulle spese di lite che potrebbe invece fondare l’interesse della parte resistente o controinteressata.”*.

# **26. L’incidente di costituzionalità**

Come già in parte evidenziato trattando della natura giuridica del ricorso straordinario, secondo l’orientamento tradizionale, non erano *“proponibili con ricorso straordinario questioni di legittimità costituzionale di leggi, consentendo l'art. VII delle norme transitorie della Costituzione la decisione, in via incidentale, delle controversie sulla legittimità costituzionale delle leggi, alle sole autorità giurisdizionali*” (**Cons. Stato, Ad. Gen, n. 9/1953**); e ciò, si diceva, anche “*attesa la peculiare natura di procedimento decisorio del ricorso straordinario, che non costituisce un «giudizio» ai sensi degli artt. 1 L. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e 23 L. 11 marzo 1953 n. 87, in esso non sono proponibili questioni incidentali di legittimità costituzionale, con la conseguenza che le censure fondate sulla dedotta incostituzionalità di norme aventi forza di legge sono inammissibili.”* (**Cons. Stato, sez. III, n. 410/1996**).

Dopo la sentenza della Corte di giustizia nei procedimenti riuniti da C-69/96 a C-79/96, che aveva ammesso per il Consiglio di Stato in sede giustiziale la possibilità di attivare la pregiudiziale comunitaria, si ritenne che con il ricorso straordinario potessero essere sollevate anche questioni di legittimità costituzionale.

Si legge in una risalente pronuncia: “*Quanto alla proponibilità della questione di legittimità costituzionale, si osserva che l'indirizzo tradizionale appare meritevole di approfondimento.*

*Tale indirizzo infatti riteneva preclusa la proponibilità della questione incidentale di costituzionalità nell'assunto che il Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere previsto dall'articolo 11 e ss. del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, non esplicasse funzione assimilabile a quella giurisdizionale. Peraltro, con la sentenza 16 ottobre 1997 emessa nei procedimenti riuniti da C-69/96 a C-79/96, la Corte di Giustizia delle Comunità europee, richiesta di interpretazione pregiudiziale in ordine all'articolo 7, n. 2, della direttiva 86/457, ha stabilito che il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'articolo 77 del Trattato istitutivo dell'Unione.*

*Ne consegue che, allo stato, deve revocarsi in dubbio l'effettiva improponibilità di questioni di legittimità costituzionale da parte delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato nell'ambito della procedura di espressione del parere su ricorsi straordinari*” (**Cons. Stato, RG n. 650/1996 (1999)**).

Tuttavia, tale apertura era stata sconfessata dalla **Corte Costituzionale che con la sentenza** **n. 254/2004** aveva confermato l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato, in qualità di organo consultivo, nell'ambito di un ricorso straordinario, traendo argomento dalla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e dalla natura di «organo non giurisdizionale» della Sezione consultiva decidente come ineludibilmente deducibile dalla possibilità, a suo tempo riconosciuta al Consiglio dei Ministri, di adottare una decisione difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato.

In particolare, si legge nella citata pronuncia: *“si sottolinea, inoltre, che ancora di recente questa Corte – ribadendo il proprio risalente consolidato orientamento (sentenze n. 78 del 1966 e n. 31 del 1975) – ha affermato la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, giudicando manifestamente infondata la questione di costituzionalità della normativa di cui al d.P.R. n. 1199 del 1971, concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, prospettata per violazione, tra l’altro, degli articoli 76 e 77 Cost., proprio sul rilievo che, nonostante le peculiarità del suindicato ricorso, esso rientrava indubbiamente tra quelli amministrativi cui la legge di delega si riferiva (v. ordinanze n. 56 e n. 301 del 2001, nonché sentenza n. 298 del 1986). Questa conclusione è ineludibile qualora si noti che l’art. 14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l’affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest’ultimo, per la natura dell’organo da cui promana, all’evidenza non giurisdizionale. Deriva da quanto si è detto che la questione, sollevata da organo non giurisdizionale, è inammissibile.”*

A seguito delle innovazioni apportate dall’art. 69 della legge n. 69 del 2009, la Corte Costituzionale è tornata sulla questione riconoscendo la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parere sul ricorso.

**L'art. 69, comma 1, della legge n. 69 del 2009**, modificando l'art. 13, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha, infatti, stabilito che l'organo competente ad esprimere il parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, se ritiene che lo stesso 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 e la notifica del provvedimento ai soggetti indicati dagli artt. 23 e ss. della legge n. 87 del 1953.

Pertanto, la **Corte costituzionale con sentenza n. 73/2014** ha rimeditato il proprio precedente orientamento, giungendo ad affermare che “*deve riconoscersi la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*Come già affermato da questa Corte ai fini dell’ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana (sentenza n. 265 del 2013), l’art. 69, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), modificando il testo dell’art. 13, primo comma, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi) ha stabilito che l’organo competente ad esprimere il parere sul ricorso straordinario al Capo dello 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 artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati».*

*Tale disposizione, contenuta in una legge ordinaria, è coerente con i criteri posti dall’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ai sensi del quale la questione di legittimità costituzionale deve essere rilevata o sollevata «nel corso di un giudizio» e deve essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un «giudice». L’istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l’art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l’art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L’acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l’antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”, quantomeno ai fini dell’applicazione dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953.”.*

Da un punto di vista procedurale, il Consiglio di Stato, allorché rinvia gli atti alla Corte costituzionale, può accogliere l’istanza cautelare e per l'effetto in via interinale sospendere l'efficacia dei provvedimenti impugnati, fino all'adunanza successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale (**Cons. Stato, sez. I, n. 1041/2015**).

# **27. La pregiudiziale comunitaria**

In ordine all’esperibilità della pregiudiziale comunitaria in sede giustiziale, **con parere n. 3319/1995** è stata sottoposta alla Corte di Giustizia la questione se il termine «giurisdizione» contenuto nell’art. 177 del Trattato dovesse essere interpretato in senso estensivo, e cioè comprendendovi non solo le sedi giurisdizionali propriamente definite come tali negli ordinamenti nazionali, ma anche quelle procedure amministrative contenziose caratterizzate – oltre che dall’imparzialità, dalle garanzie del contraddittorio, ecc. – anche dall’irrevocabilità ed immodificabilità della decisione, e dalla sua insindacabilità da parte di ogni altra autorità amministrativa e giurisdizionale.

Di seguito si riporta il parere citato, precisando che il suo contenuto è condizionato dalla normativa al tempo vigente, anteriore alle innovazioni legislative, già indicate nella trattazione, che hanno sensibilmente modificato il ricorso straordinario.

“*L’art. 177 del Trattato dispone che competente a proporre le questioni pregiudiziali è «una giurisdizione di uno degli stati membri». Ed è manifesto che questa norma rinvia agli ordinamenti interni per quanto riguarda l’individuazione delle «giurisdizioni», vale a dire per la qualificazione di un organo come giurisdizionale o meno.*

*E poiché nell’ordinamento italiano il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, regolato dal decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, è pacificamente considerato amministrativo, e non giurisdizionale, sembrerebbe inevitabile concludere che nel procedimento di decisione del ricorso straordinario non è ammesso proporre le questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia.*

*Ci si può chiedere, però, se l’art. 177, in rapporto alla sua ratio – che è quella di garantire l’uniformità dell’interpretazione e dell’applicazione della normativa comunitaria – non debba essere interpretato in senso più lato: ossia intendendo come giurisdizionali non solo le istanze che sono formalmente dichiarate tali dai rispettivi ordinamenti nazionali, ma anche quelle istanze contenziose che nell’ordinamento nazionale sono configurate con caratteristiche tali (indipendenza dell’organo decidente; imparzialità del giudizio; parità e contraddittorio fra le parti; irrevocabilità della decisione; insindacabilità della decisione da parte di altre autorità; ecc.) che le rendono sostanzialmente assimilabili a quelle giurisdizionali.*

*Questo appunto sembra essere il caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nell’ordinamento italiano, così com’è configurato dal d.P.R. n. 1199/1971; e a maggior ragione grazie ai successivi interventi della Corte costituzionale e della giurisprudenza amministrativa, che hanno perfezionato il sistema del contraddittorio e la parità delle parti.*

*In particolare, le caratteristiche principali del procedimento e della decisione sono le seguenti: a) è un procedimento contenzioso con garanzia del contraddittorio fra le parti (si veda la decisione del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali, 10 giugno 1980, n. 22, sul diritto del privato ricorrente di avere visione e copia degli atti – e specialmente della relazione del ministero al Consiglio di Stato – al fine di presentare deduzioni difensive); b) è un rimedio alternativo e parallelo al ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo regionale; tranne alcuni particolari secondari (diversa lunghezza del termine per ricorrere; necessità o non necessità del previo esaurimento dei ricorsi amministrativi «interni») sono identiche le condizioni per proporre l’uno o l’altro ricorso, e identico è il tipo di tutela che viene invocata petitum: annullamento di un atto amministrativo lesivo di una posizione soggettiva qualificata come «interesse legittimo»; causa petendi: vizi di legittimità dell’atto amministrativo); chi sceglie di proporre il ricorso straordinario non può proporre quello al T.A.R., e viceversa; c) la decisione è pronunciata in termini di stretto diritto, esclusa ogni valutazione discrezionale dell’interesse pubblico; d) la decisione – formalmente emessa con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro competente per materia – si basa in realtà sul parere del Consiglio di Stato: il ministro può discostarsene solo sottoponendo la questione al Consiglio dei ministri; e) il Consiglio di Stato è un organo imparziale e la sua indipendenza è garantita dalla Costituzione – anche perché è contemporaneamente titolare di funzioni giurisdizionali; f) la decisione pronunciata sul ricorso straordinario ha efficacia vincolante fra le parti con effetti praticamente simili a quelli della res iudicata; inoltre, quando consista nell’annullamento di un atto amministrativo regolamentare o generale (come potrebbe avvenire se il presente ricorso fosse accolto) produce effetti erga omnes; g) la decisione può essere modificata solo per correzione di errore materiale o nei casi eccezionali di revocazione, secondo le stesse regole dettate per le sentenze civili non suscettibili d’impugnazione; salvi questi casi eccezionali, non può essere modificata o revocata dalla stessa autorità che l’ha emessa, né ad istanza delle parti né d’ufficio; non può essere sottoposta al riesame di Giurisdizione alcun’altra autorità sia giurisdizionale che amministrativa (una possibilità di ricorrere è data a chi non è stato parte nel procedimento, ma ciò vale, in sostanza, anche per le sentenze dei giudici, perché la res iudicata non fa stato nei confronti dei terzi; peraltro, nei confronti dei terzi la decisione del ricorso straordinario esplica effetti giuridici immediati e rilevanti, come si è detto sub f).*

*Conviene sottolineare quest’ultimo punto.*

*Nell’ordinamento italiano vi sono vari altri casi di decisione amministrativa contenziosa, caratterizzati dall’imparzialità e indipendenza dell’organo decidente, dalle garanzie del contraddittorio, ecc.; ma in tutti questi casi è sempre ammesso, da ultimo, il ricorso al giudice (civile o amministrativo). Dunque per questo aspetto il ricorso straordinario è diverso da tutti gli altri ricorsi amministrativi.*

*Dal punto di vista della costituzionalità, si è soliti dire che quest’unico caso di decisione amministrativa non soggetta al riesame di un giudice si giustifica per il fatto che alle parti (non solo al ricorrente, ma anche alle controparti) è data la facoltà di optare per la via giurisdizionale; sicché, se un ricorso straordinario giunge alla decisione, ciò avviene perché tutte le parti hanno accettato questo tipo di decisione e dunque hanno implicitamente rinunciato alla tutela giurisdizionale.*

*Peraltro, se l’argomento electa una via non datur recursus ad alteram rende accettabile l’esclusione di ogni ulteriore rimedio giurisdizionale, esso non vale a giustificare l’eventuale impedimento a sollevare questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia.*

*Infatti, il deferimento delle questioni pregiudiziali alla Corte non è istituito nell’interesse delle parti, quasi fosse un ulteriore grado di giudizio o un rafforzamento delle garanzie procedurali. Esso è istituito esclusivamente nell’interesse dell’ordinamento comunitario, per garantire l’uniformità dell’interpretazione della normativa propria di questo ordinamento. Questo interesse non è leso per il fatto che alle autorità amministrative non sia concesso rivolgersi alla Corte di Giustizia: infatti, le questioni che si discutono nelle sedi amministrative possono essere portate, prima o poi, davanti ad un giudice – e sarà quest’ultimo, semmai, a rivolgersi alla Corte. Ma è significativo che l’art. 177 stabilisca l’accesso alla Corte di Giustizia come facoltativo per i giudici di grado inferiore, e, invece, come obbligatorio per i giudici di ultima istanza: l’ordinamento vuole evitare che una qualsiasi questione relativa all’interpretazione del diritto comunitario venga deciso in ultima istanza senza che sia stata interpellata la Corte di giustizia. E questo è proprio ciò che accadrebbe se si ritenesse che in sede di decisione del ricorso straordinario sia precluso l’accesso alla Corte di giustizia.*

*Questo inconveniente, invece, non si verifica, se nell’art. 177 il termine «giurisdizione» viene interpretato in senso estensivo, e cioè comprendendovi non solo le sedi giurisdizionali propriamente definite come tali negli ordinamenti nazionali, ma anche quelle procedure amministrative contenziose caratterizzate – oltre che dall’imparzialità, dalle garanzie del contraddittorio, ecc. – anche dall’irrevocabilità ed immodificabilità della decisione, e dalla sua insindacabilità da parte di ogni altra autorità amministrativa e giurisdizionale.*

*Donde il primo quesito da rivolgere alla Corte di giustizia: «se nell’art. 177 del Trattato il termine «giurisdizione » debba essere interpretato in senso estensivo, e cioè comprendendovi non solo le sedi giurisdizionali propriamente definite come tali negli ordinamenti nazionali, ma anche quelle procedure amministrative contenziose caratterizzate – oltre che dall’imparzialità, dalle garanzie del contraddittorio, ecc. – anche dall’irrevocabilità ed immodificabilità della decisione, e dalla sua insindacabilità da parte di ogni altra autorità amministrativa e giurisdizionale».”* (**Cons. Stato, I, n. 3319/1995**)

# **27.1 La risposta della Corte di giustizia con sentenza n. C-69/96: il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato**

Come è noto, in risposta alla menzionata questione, la **Corte di Giustizia con le decisioni riunite C-69/96 e C-79/96** ha qualificato il Consiglio di Stato in sede consultiva, nell’ambito del procedimento per la decisione del ricorso straordinario, come giudice nazionale, in quanto tale idoneo a sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione innanzi al giudice comunitario.

In particolare, il giudice comunitario ha fatto leva su alcune caratteristiche che l’organo chiamato a pronunciarsi sul ricorso straordinario condividerebbe con quello giurisdizionale (identità delle condizioni di esperibilità, di *petitum* e dei motivi di doglianza, garanzia del contraddittorio fra le parti in causa e del principio di imparzialità), caratteristiche queste che farebbero ritenere che nell’emissione del parere il Consiglio di Stato svolga una funzione non amministrativa ma giurisdizionale così come intesa dall’art. 234 del Trattato.

A riprova della soluzione indicata, la Corte richiama alcuni suoi precedenti ed in particolare il riconoscimento, in una situazione analoga della natura di giurisdizione di giurisdizione ex art. 177 del Trattato, al Nederlandse Raad van State (sentenza 27 novembre 1973, causa 36/73, Nederlandse Spoorwegen, Racc. pag. 1299).

Per completezza, si riporta testualmente quanto affermato dalla Corte di Giustizia sul punto.

*“16 Con ordinanza del presidente della Corte 29 aprile 1996, i procedimenti da C-69/96 a C-79/96 sono stati riuniti ai fini della fase scritta e orale del procedimento e della sentenza.*

*Sulla prima questione*

*17 E’ assodato che il Consiglio di Stato possiede i requisiti necessari per essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato, quando esamina in secondo e ultimo grado i ricorsi proposti avverso le sentenze pronunciate dai tribunali amministrativi regionali nell'ambito di controversie riguardanti atti della pubblica amministrazione.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

# **28. Il parere del Consiglio di Stato**

Il parere del Consiglio di Stato è stato previsto dal r.d. 30 ottobre 1859, n. 3707 e poi ripreso dalla legge 30 marzo 1865, n. 2248 all. D).

In via generale occorre rammentare che la funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato trova fondamento nell’articolo 100, primo comma, della Costituzione, secondo cui: ″*Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione*″.

Nonostante la particolare collocazione di tale disposizione nella Sezione III del Titolo III, dedicata agli “*Organi* *ausiliari”* del “Governo”, il Consiglio di Stato ha costantemente ricordato, anche di recente, che la funzione consultiva non è mai esercitata dall’Istituto nell’interesse dello Stato-Governo né di quello dello Stato-Amministrazione, ma esclusivamente nell’interesse dello Stato-Comunità (**Cons. Stato, Comm. Speciale n. 69/2018**).

*“D’altro canto – sotto un profilo finalistico – ai pareri del Consiglio è estranea qualsiasi considerazione o rappresentazione di interessi di parte, ivi compresi quelli dell'Amministrazione che richiede il parere. Tali caratteristiche distinguono il parere del Consiglio di Stato dalle attività consultive affidate ad altri organi, che rispondono a diverse esigenze, come i pareri dell’Avvocatura dello Stato. In definitiva, quindi, l’attività consultiva è anch’essa un’attività di garanzia, svolta, come quella giurisdizionale, secondo canoni di assoluta neutralità, esercitata non nell’interesse della Pubblica Amministrazione ma nell’interesse generale.”* (**Cons. Stato, sez. II, n. 1650/2015**).

Secondo l’art. 12 del d.P.R. n. 1199/1971: «*Il parere sul ricorso straordinario è espresso dalla sezione o dalla commissione speciale, alla quale il ricorso è assegnato. La sezione o la commissione speciale, se rileva che il punto di diritto sottoposto al loro esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, può rimettere il ricorso all’Adunanza generale.*
*Prima dell’espressione del parere il presidente del Consiglio di Stato può deferire alla Adunanza generale qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza. Nei casi previsti nei due commi precedenti l’Adunanza generale esprime il parere su preavviso della sezione o della commissione speciale, alla quale il ricorso è assegnato*».

Come si è detto, dopo la riforma della legge n. 69/2009 il parere è divenuto vincolante in quanto non è più previsto che il Governo possa discostarsi dallo stesso. È pertanto da dubitare che il provvedimento del Consiglio di stato possa configurarsi quale parere in senso stretto, avendo ormai un contenuto decisorio in senso proprio.

Quanto al contenuto del parere, sempre che l’istruttoria sia completa e il contraddittorio regolare, il parere può essere del seguente contenuto (art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971): a) per la dichiarazione di inammissibilità, se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto, salva la facoltà dell’assegnazione di un breve termine per presentare all’organo competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile, contro atti non definitivi; b) per l’assegnazione al ricorrente di un termine per la regolarizzazione, se ravvisa una irregolarità sanabile, e, se questi non vi provvede, per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso; c) per la reiezione, se riconosce infondato il ricorso; d) per l’accoglimento e la rimessione degli atti all’organo competente, se riconosce fondato il ricorso per il motivo di incompetenza; e) per l’accoglimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell’amministrazione, se riconosce fondato il ricorso per altri motivi di legittimità.

*De iure condendo*, si auspica una riforma dell’articolo 13 del d.P.R. n. 1199/1971 al fine di indicare in modo più completo il possibile esito della decisione. In particolare, si ritiene che debba essere: stabilita la nullità del ricorso non sottoscritto; prevista l’irricevibilità nel caso di tardiva notificazione del ricorso; prevista l’inammissibilità nell’ipotesi prevista dall’articolo 7, comma 8, c.p.a. o quando manca l’esposizione sommaria dei fatti o i motivi specifici su cui si fonda il ricorso; precisata meglio l’ipotesi di improcedibilità; introdotto il coordinamento con la disciplina sulla *translatio iudicii*.

# **28.1 La questione dell’audizione delle parti**

Sulla questione dell’audizione delle parti, si è di recente espresso il Consiglio di Stato escludendone l’ammissibilità, in sede di ricorso straordinario.

A tal proposito rileva il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 2848/2019**, a tenore del quale: *“5. Sull’istanza di audizione in sede di ricorso straordinario, la Sezione osserva che la questione in passato poteva essere agevolmente risolta in senso negativo, atteso il chiaro tenore dell’articolo 49 R.D. 21 aprile 1942 n. 444 (“Gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti”). Oggi, alla luce degli sviluppi giurisprudenziali sulla fisionomia del rimedio e sui principi conseguentemente applicabili, è necessario svolgere un ulteriore approfondimento.*

*5.1. Per un verso non v’è dubbio che il ricorso straordinario abbia perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo. Le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 militano, infatti, nel senso di un progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi di tipo giurisdizionale.*

*Innanzitutto, il parere emesso in sede di ricorso straordinario ha assunto un carattere vincolante. L’art. 14, comma 1 del d.P.R. 1199/1971, come modificato nel 2009, prevede 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”. È stata abrogata, infatti, la disposizione di cui al comma 1, seconda parte, dell’art. 14 secondo cui “qualora il Ministro competente per l'istruttoria del ricorso non intenda proporre al Consiglio dei Ministri una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, la decisione del ricorso deve essere conforme al parere predetto”.*

*La legge del 2009 ha inoltre modificato l’art. 13 del d.P.R. 1199/1971, attribuendo espressamente al Consiglio di Stato in sede consultiva la possibilità di sollevare questioni di legittimità alla Corte Costituzionale. Così, “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”.*

*5.2. Tale percorso legislativo ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e in quella del Consiglio di Stato. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, mutando orientamento rispetto al passato, hanno affermato che “lo sviluppo normativo che ha segnato la disciplina del ricorso straordinario depone nel senso dell’assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale. Ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del giudice amministrativo”.*

*In secondo luogo – considerando il parere emesso in sede di ricorso straordinario una “decisione caratterizzata dal crisma dell’intangibilità, propria del giudicato” e, cioè, una “decisione di giustizia inquadrabile nel sistema della giurisdizione amministrativa”, con la conseguente 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, c.p.a.” – le Sezioni Unite hanno concluso nel senso che “il ricorso per l’ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta” (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065). Il Consiglio di Stato ha aderito al dictum delle Sezioni Unite, affermando che, siccome “il petitum proposto in sede di ricorso straordinario” è “perfettamente equiparabile […] ad una domanda giudiziale”, non può essere esclusa la “possibilità di esperire il ricorso per l’ottemperanza” dinanzi al Consiglio di Stato, “al fine di ottenere l’esecuzione del decreto presidenziale”. Come noto è intervenuta anche l’Adunanza Plenaria che non ha ritenuto di discostarsi dall’orientamento delle Sezioni Unite, per cui “il ricorso per ottemperanza si propone, ex art.113 co.1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta” (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2012, n. 18).*

*5.3. Giova precisare tuttavia che, per l’opinione prevalente, il ricorso straordinario continua ad avere una connotazione sui generis. In primo luogo, occorre ricordare che per l’art. 49, comma 1, R.D. 444/1942 “gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l’intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti”. Il parere, dunque, è espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell’adunanza (così Cons. Stato, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1407 e Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600/02).*

*In secondo luogo, lo stesso Consiglio di Stato, nel riconoscimento della ‘giurisdizionalizzazione’ del rimedio de quo, afferma la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali, evidenziando “la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo” (Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666) ed affermando che “il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo” e dunque “l’equiparazione alla giurisdizione” non “può dirsi piena”. In particolare poi, “il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. 1199/1971, basato sull'affidamento dell’indagine e dell’acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti, e con esclusione di strumenti come la consulenza tecnica d'ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale. Il contraddittorio previsto dall'attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una disciplina di pubblicità del dibattimento” (Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131).*

*Analogamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che “la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente 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 - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU” (Cass., Sezioni Unite, 19 dicembre 2012 n. 23464).*

*5.4. Sulla base di quanto sin qui detto, dunque, non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili; conseguentemente deve pervenirsi alla conclusione che la non perfetta operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità, pur nel rispetto del contradditorio, non va a collidere con le norme costituzionali e convenzionali in materia (art. 24 Cost e art. 6 CEDU).*

*Di recente, anche la Corte Costituzionale - che già si era espressa nel senso che “al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l’assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta” (Corte Cost. 11 marzo 2011 n. 80) - con la sentenza 9 febbraio 2018 n. 24 ha affrontato nuovamente e trasversalmente la questione dell’applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo. Per la Corte “il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l’una e l’altra via, con l’unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l’altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente”. E “del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell’art. 6 della CEDU” (Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 24).*

*Va, infatti, ricordato che nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte EDU ricostruisce la disciplina dell’istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed esclude che esso – del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricada nell’ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso ex art. 35 della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione.*

*Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell’art. 35 della Convenzione.*

*Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, successiva quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, «presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all’articolo 6 della Convenzione (si veda Nardella c. Italia (dec.), n. 45814/99, CEDU 1999-VII, e Nasalli Rocca (dec.), sopra citata), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile» (paragrafo 62).*

*5.5. In definitiva, considerato che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali e che, sulla base della giurisprudenza richiamata, non vi è contrasto né con la Costituzione né con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la richiesta di audizione deve essere respinta.”.*

# **28.2 I poteri istruttori del Consiglio di Stato**

L’art. 13, comma 1, primo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971 prevede che il Consiglio di Stato «*se riconosce che l’istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell’atto impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre nuovi documenti*».

Occorre al riguardo considerare che *“nel procedimento del ricorso straordinario non è ammessa la prova testimoniale, della quale la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà costituisce un succedaneo*” (**Cons. stato, sez. I, n. 2096/2019**).

Pertanto, tre sono i mezzi di prova: i documenti, i chiarimenti e le verificazioni.

Infine, preme rilevare che al ricorso straordinario si applicano le previsioni degli articoli 116 c.p.c. e 64, comma 2, c.p.a., secondo cui il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno processuale delle parti (**Cons. Stato, sez. I, n. 2109/2020**).

# **28.2.1 La verificazione: la questione del rimborso delle spese**

Di recente è stata affrontata dalla Prima Sezione la questione dell’applicabilità delle regole del processo amministrativo in materia di verificazione al ricorso straordinario.

 In particolare, ci si riferisce al parere **Cons. Stato, sez. I, n. 925/2020**.
*“4. Il codice del processo amministrativo, d.lgs. del 2 luglio 2010 n. 104, ha abrogato l’articolo 44 del TU sulle leggi del Consiglio di Stato.*

*Oggi, nel giudizio davanti al giudice amministrativo, l’articolo 19 c.p.a. così dispone: “1. Il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti.*

*2. L’incarico di consulenza può essere affidato a dipendenti pubblici, professionisti iscritti negli albi di cui all’articolo 13 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile, o altri soggetti aventi particolare competenza tecnica. Non possono essere nominati coloro che prestano attività in favore delle parti del giudizio. La verificazione è affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche.*

*3. Il verificatore e il consulente compiono le indagini che sono loro affidate dal giudice e forniscono anche oralmente i chiarimenti richiesti”.*

*Il successivo articolo 66 prevede che il Collegio, con ordinanza, individua l'organismo che deve provvedere alla verificazione, formula i quesiti e fissa un termine per il compimento e per il deposito della relazione conclusiva. Il Collegio può disporre che venga corrisposto all'organismo verificatore, o al suo delegato, un anticipo sul compenso. Terminata la verificazione, su istanza dell'organismo o del suo delegato, il presidente liquida con decreto il compenso complessivamente spettante al verificatore, ponendolo provvisoriamente a carico di una delle parti, mentre con la sentenza che definisce il giudizio il Collegio regola definitivamente il relativo onere.*

*L’articolo 67 si riferisce invece alla consulenza tecnica d’ufficio e prevede che, con ordinanza, il Collegio nomina il consulente, formula i quesiti e fissa il termine entro cui questi deve assumere l'incarico e prestare giuramento. Il Collegio, inoltre, con la stessa ordinanza assegna i termini successivi per la corresponsione al consulente tecnico di un anticipo sul suo compenso; per l'eventuale nomina di consulenti tecnici delle parti; per la trasmissione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, di uno schema della propria relazione alle parti o ai loro consulenti tecnici; per la trasmissione al consulente tecnico d'ufficio delle eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte; per il deposito in segreteria della relazione finale. Il compenso complessivamente spettante al consulente d'ufficio è liquidato, al termine delle operazioni, con le stesse modalità previste per il compenso del verificatore.*

*5. Fatte tali premesse, occorre comprendere se le regole ora esposte, ivi compresa quella relativa alla retribuzione dei verificatori e dei consulenti, possano essere applicate anche nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*Per la risposta al quesito, occorre ancora indagare qual è la natura giuridica del ricorso straordinario per poi decidere.*

*È bene chiarire che nel tempo la natura del ricorso straordinario è mutata e, sotto alcuni aspetti, oggi è parzialmente assimilato al ricorso giurisdizionale.*

*La Sezione, con parere del 12 novembre 2019, n. 2848, in occasione della richiesta di audizione avanzata dalla parte ricorrente, non prevista dalle norme che disciplinano il ricorso straordinario, ha chiarito infatti che “non v’è dubbio che il ricorso straordinario abbia perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo” perché le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 militano nel senso di un progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi di tipo giurisdizionale.*

*Tuttavia, dopo aver preso in esame la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, il Collegio ha precisato che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali. Ed invero il ricorso straordinario:*

*a) può essere proposto dalla parte senza assistenza del difensore;*

*b) segue regole meno rigide rispetto al ricorso giurisdizionale;*

*c) ai sensi dell’ articolo 11, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, è istruito dal Ministero competente con un’attività, dunque, che è demandata ad un ufficio amministrativo che deve curare anche i supplementi di istruttoria necessari: il successivo articolo 13 stabilisce infatti che “l'organo al quale è assegnato il ricorso, se riconosce che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre nuovi documenti”;*

*d) non è prevista la possibilità di condannare la parte soccombente alle spese di giudizio.*

*6. Venendo all’istanza depositata, non v’è dubbio che la Sezione abbia correttamente disposto la verificazione, essendo quest’ultima indispensabile per il sindacato delle valutazioni tecniche compiute dall’amministrazione.*

*Ciò, tuttavia, non può portare ad affermare che i verificatori debbano essere autonomamente retribuiti, come invece avviene nel processo amministrativo. Alla luce di quanto prima rappresentato al paragrafo 5, infatti, tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale vi sono ancora importanti differenze che portano ad escludere la possibilità di riconoscere un compenso ai verificatori, attesa l’esistenza di regole diverse tra l’uno e l’altro rimedio (istruzione affidata al Ministero; impossibilità di condannare la parte soccombente alle spese, ecc.).*

*Ed invero, una volta appurato, come prima detto, che l’attività istruttoria deve essere svolta dal Ministero che istruisce l’affare, la verificazione si configura come un supplemento di istruttoria che il ministero deve compiere con le sue risorse umane e strumentali, rientrando tra i suoi compiti ex artt. 11 e 13 d.P.R. 1199/1971.*

*Conseguentemente le verificazioni disposte dalla Sezione consultiva, dovendo fisiologicamente essere eseguite dal Ministero che istruisce l’affare, rientrano nell'ambito dell'attività d'ufficio svolta dai dipendenti all'uopo incaricati senza possibilità di corresponsione di compensi ulteriori – trattandosi, si ripete, di attività connessa ai doveri d'ufficio - con la sola eventualità del rimborso delle spese effettivamente sostenute e compiutamente documentate.*

*Tale conclusione non configura una violazione del diritto all’equa retribuzione di cui all’art. 36 Costituzione perché i verificatori intrattengono già un rapporto di lavoro per il quale sono regolarmente retribuiti (come è doveroso che sia).”*

**28.3 La pubblicità dei pareri del Consiglio di Stato**

Ai sensi dell’art. 15 della legge n. 205/2000 “*I pareri del Consiglio di Stato sono pubblici e recano l’indicazione del presidente del collegio e dell’estensore*”.

Da tempo tutti i pareri sono poi pubblicati sul Sito istituzionale della giustizia amministrativa: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

# **29. Il decreto di decisione del ricorso straordinario**

Il ricorso straordinario viene deciso con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente, sulla base del parere del Consiglio di Stato. Tale parere è obbligatorio e vincolante.

Pertanto, il decreto di decisione ha i requisiti formali prescritti per il d.P.R., ma il contenuto sostanziale coincide, invece, con quello del parere del Consiglio di Stato e contiene, sotto forma di menzione in premessa, un rinvio *per relationem* ad esso.

Secondo il disposto dell’art. 14, comma 2, del D.P.R. n. 1199/1971 *“Qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo del decreto stesso deve essere data, a cura dell'Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati*.”

Come già in precedenza precisato, prima della legge n. 69/2009, il parere del Consiglio di Stato era solo parzialmente vincolante. Quando il Ministro competente intendeva proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, doveva sottoporre l’affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

La **Corte costituzionale con la pronuncia n. 298/1986** aveva affermato che la possibilità per il Governo di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, adottando un’autonoma decisione in difformità costituiva “*una clausola di salvaguardia che il Governo, nella sua più comprensiva collegialità, cioè come Consiglio dei Ministri, può attivare quando, a suo giudizio, sia prospettata una decisione del caso concreto che possa arrecare pregiudizio al buon andamento della Pubblica amministrazione o all’indirizzo politico. Si tratta di una clausola contro il cui possibile esercizio abusivo valgono peraltro i ricordati mezzi di impugnazione e la cui previsione normativa se da un lato preclude ogni possibilità di configurare il ricorso straordinario come atto formalmente o sostanzialmente giurisdizionale, dall’altro lato si armonizza perfettamente con le forme di garanzia rappresentate dai principi costituzionali vigenti sulle attività amministrative, attività fra le quali indubbiamente rientra, seppure in una posizione del tutto peculiare, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*”.

Con la legge n. 69/2009 il parere del Consiglio di Stato è divenuto interamente vincolante. Il Governo non può più discostarsi dal parere reso dalla Sezione Consultiva, neppure provocando la delibera del Consiglio dei Ministri.

Pertanto, la proposta del Ministro competente deve essere “conforme” al parere del Consiglio di Stato.

# **29.1 L’esecuzione del decreto decisorio**

Il decreto del Presidente della Repubblica di decisione del ricorso straordinario ha carattere cogente e pertanto l’amministrazione deve darvi esecuzione. (**Tar Lazio, Roma, n. 2158/1999**).

Tale affermazione risulta pacificamente confermata dall’esperibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti del parere reso all’esito del ricorso straordinario, di cui più volte si è dato conto nel corso della trattazione.

Cionondimeno, prima del definitivo riconoscimento della praticabilità del giudizio di ottemperanza, per conseguire l’esecuzione occorreva seguire altre vie: un nuovo ricorso straordinario; la procedura del silenzio-inadempimento, con conseguente ricorso al giudice amministrativo; l’azione risarcitoria autonoma per i danni cagionati dalla condotta omissiva dell’amministrazione nei confronti dell’amministrazione, ovvero nei confronti del funzionario responsabile dell’inerzia.

In particolare, quanto alla procedura del silenzio-inadempimento, la giurisprudenza ha ritenuto *“la decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur avendo carattere cogente per l'amministrazione e determinando in capo ad essa l'obbligo di esecuzione, consiste in un provvedimento amministrativo, a contenuto eliminatorio, privo della natura e della forza di giudicato che assiste la sentenza resa nella sede giurisdizionale. Ne consegue che, che, onde ottenere la conformazione di un’amministrazione ad un decreto del Presidente della Repubblica, agli interessati non rimane altra strada, se non quella di attivare in primo grado i normali rimedi contemplati dal sistema processuale amministrativo per reagire ad un’ingiustificata inerzia amministrativa”*. (**Cons. Stato, sez. V, n. 5036/2006** e nei medesimi termini anche **Cons. Stato, sez. VI, n. 4156/2007**).

Tuttora si ritiene che tali strade restino praticabili in concorrenza con il rimedio dell’ottemperanza.

# **30. I rimedi**

# **30.1. La richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato**

*“È noto che il riesame dei pareri resi sul ricorso straordinario al Capo dello Stato è istituto non previsto dalla legge, ma introdotto in via pretoria dalla prassi di questo Consiglio, a condizione che l’istanza sia presentata al Ministero prima dell’emanazione del decreto del Presidente della Repubblica di decisione conclusiva del ricorso, avverso il quale il d.P.R. n. 1199 del 1971 ammette espressamente la revocazione, nei casi e nei limiti stabiliti in via generale dal codice di procedura civile.*

*3. Ancorché la richiesta di riesame si appunti su un atto ancora non definitivo – qual è il parere (pur vincolante) del Consiglio di Stato – mentre la revocazione si riferisce alla decisione definitiva, costituita dal decreto del Presidente della Repubblica assunto su conforme parere di questo Consiglio, non v’è dubbio sul fatto che entrambi gli istituti siano accomunati dal limite del principio del ne bis in idem, di talché, almeno sotto questo profilo, possa stabilirsi un’analogia tra i due rimedi. In sostanza, l’istituto del “riesame” condivide della revocazione i presupposti, le condizioni e i limiti di applicabilità, trattandosi, per così, di una sorta di “revocazione” anticipata, anteriore alla definizione del ricorso straordinario con il decreto del Presidente della Repubblica.*

*4. La prima e fondamentale caratteristica di entrambi gli istituti (revocazione e riesame) consiste dunque nella natura eccezionale e residuale, trattandosi di strumenti di “chiusura del sistema”, intrinsecamente straordinari, la cui applicazione soggiace a criteri di stretta interpretazione.*

*5. La richiesta di riesame, al pari della revocazione, di conseguenza, soggiace in primo luogo alla fondamentale regola di non reiterabilità, intrinseca nella sua natura eccezionale, e ciò al fine di evitare il protrarsi all’infinito della controversia, che deve pur incontrare un termine invalicabile di chiusura e di definizione (art. 403 c.p.c.: Non può essere impugnata per revocazione la sentenza pronunciata nel giudizio di revocazione).”.* (**Cons. Stato, sez. I, n. 187/2020**).

Da un punto di vista sistematico, *“giova ricordare che la giurisprudenza ammette il rimedio del riesame, ancorché non previsto dalla legge, in particolari ipotesi (v. ex multis Cons. Stato, Sez. I, n. 1601/2017). Una di esse è quella in cui sarebbe consentita, ai sensi dell’art. 395 del codice di procedura civile e dell’articolo 15 del d. P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, la revocazione del decreto del Presidente della Repubblica decisorio, essendo irragionevole e in contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici che ciò che è ammesso per il decreto presidenziale decisorio non possa esserlo per il prodromico parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. I, n. 1553/2018). La rimanente casistica ne identifica le motivazioni nella rilevata sussistenza di un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, che è circostanza ben più ampia per portata e conseguenze, anche sul piano dell’eguaglianza sostanziale, della isolata e sporadica divergenza interpretativa, ovvero nella comprovata, evidente ed obiettiva non conformità a legge (cfr. Comm. Spec., 29 febbraio 2000, n. 201/1999).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1059/2021**).

In tale prospettiva, le Sezioni consultive del Consiglio di Stato hanno confermato la normale inammissibilità della richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato ed hanno tuttavia identificato e precisato i casi in cui, in via eccezionale, la revisione del parere può essere ammessa. È stato così affermato che non può essere ritenuta ammissibile una richiesta di riesame che risulti fondata soltanto su di una divergenza interpretativa di fonti normative, comportando la funzione giustiziale del ricorso straordinario la normale irretrattabilità della relativa decisione, alla pari delle sentenze, se non nei casi limitati ed eccezionali di revocazione.

Sotto il profilo procedurale, è stato rilevato dal parere **Cons. Stato, sez. I, n. 596/2019** che *“secondo l’orientamento di questo Consiglio di Stato la facoltà di chiedere il riesame di pareri espressi dal Consiglio di Stato su ricorsi straordinari spetta soltanto all'Amministrazione riferente. Il ricorrente può invece chiedere, ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, la revocazione del decreto presidenziale che decide il gravame, sempre che ne ricorrano i presupposti (Cons. Stato, Sez. III, n. 742-2010). la facoltà di chiedere il riesame spetta soltanto all'Amministrazione riferente. Il ricorrente può invece chiedere, ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, la revocazione del decreto presidenziale che decide il gravame, sempre che ne ricorrano i presupposti.”*.

# **30.2** **Il riesame dei pareri del Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia**

Muovendo dalla questione dell’ammissibilità dell’istituto del riesame dei pareri resi su ricorso straordinario, una risalente pronuncia del **Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia, n. 1530/1999,** precedente agli interventi normativi più volte segnalati, che hanno interessato il ricorso straordinario, ha messo in luce gli aspetti problematici dell’istituto del riesame.

Appare utile richiamarne brevemente il contenuto.

*“1) In via preliminare, va esaminata l’ammissibilità della richiesta di riesame del parere del Consiglio di giustizia amministrativa, proposta dall’amministrazione regionale.*

*1.1) Com’è noto, sul punto, sono stati prospettati orientamenti diversi.*

*La giurisprudenza consultiva favorevole ammette il riesame del parere, prima dell’adozione del decreto decisorio, seppure in casi eccezionali (Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2002, n. 604/01; 3 luglio 2001, n. 923/2001; 30 gennaio 1996, n. 17/96 e 25 giugno 1991, n. 1020; Sez. lI, 30 gennaio 1997, n. 1631/95 e 16 giugno 1993, n. 22/93; Comm. spec. 10 giugno 1999, n. 1197/97). Un’esauriente ricostruzione di tale tesi è rinvenibile nel recente parere della Sezione prima del Consiglio di Stato n. 9418/04 adottato nell’adunanza del 2 febbraio 2005. Il percorso argomentativo muove da una premessa generale nella quale si afferma che il riesame dell’affare prima dell’emanazione del decreto decisorio non è contemplato dalla vigente legislazione in tema di ricorso straordinario; infatti, qualora il ministro competente intenda proporre una decisione del gravame difforme dal parere, non è prevista la richiesta di revisione del parere da parte del Consiglio di Stato, ma l ’affare è sottoposto alla Deliberazione Consiglio dei Ministri.*

*Diversamente opinando avremmo le seguenti conseguenze: verrebbe menomata l’esclusività dell’attribuzione al Consiglio dei ministri del potere di disattendere il parere;*

*si rischierebbe di violare il principio del contraddittorio, non essendo dato al ricorrente di provocare un simile riesame; si protrarrebbe senza alcuna regola la definizione del rimedio, in violazione dei principi generali di buon andamento dell’amministrazione di cui all’articolo 97 della Costituzione, mentre, come è noto, il potere consultivo si consuma una volta esercitato in relazione alla singola fattispecie; 1.2) D’altra parte, la funzione giustiziale del ricorso straordinario comporta la normale irretrattabilità della relativa decisione, alla pari delle sentenze, se non nei casi limitati ed eccezionali della revocazione.*

*Si ritiene, tuttavia, che tale regola della generale inammissibilità della revisione del parere conosca alcune specifiche eccezioni, nel caso sussista un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, o un’evidente obiettiva non conformità a legge, specie in caso di ius supervienes, ovvero in presenza di elementi che appaiano idonei a legittimare l’interessato a richiedere la revocazione dell’emanando decreto decisorio del ricorso straordinario.*

*1.3) Per completezza di esposizione, occorre far menzione anche del diverso orientamento, che nega l’ammissibilità della richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato, anche in tali eccezionali ipotesi (Cons. Stato, sez. I, 16 aprile 2003, n. 1630/2002; sez. III, 24gennaio1984, n. 117; sez. Il, 6 luglio1976, n. 1302). 2) Ad avviso della Sezione, la possibilità di riesame del parere si pone in contrasto con i principi generali, prima richiamati, cosi da non poter giustificare, sia pure in via eccezionale, una loro deroga. In primo luogo, ai fini interpretativi, assume rilievo la circostanza che la possibilità di riesame abbia origine giurisprudenziale, ma non trovi fondamento nel sistema normativo posto dagli articoli 13, 14 e 15 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, applicabili nella Regione Sicilia, fatte salve le specifiche disposizioni poste dal D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, recante le norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l’esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato. In particolare, nella Regione Sicilia, ai sensi dell’articolo 9 del citato D.Lgs. n. 373 del 2003, una volta reso il parere dal Consiglio di giustizia amministrativa, qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al medesimo parere, con motivata richiesta deve sottoporre l’affare alla deliberazione della Giunta regionale. Ai sensi dell’articolo 15 del D.P.R. n. 1199 del 1971, i decreti del Presidente della Repubblica (in Sicilia, i decreti del Presidente della Regione) che decidono i ricorsi straordinari possono essere impugnati per revocazione nei casi previsti dall ’art. 395 del codice di procedura civile.*

*Nell’impianto normativo sopra riportato in estrema sintesi, non solo testualmente ma soprattutto in via sistematica, resta esclusa la possibilità di riesame del parere su richiesta dell’amministrazione, essendo stati tassativamente previsti i rimedi apprestati prima e dopo il decreto decisorio. Nel primo caso, ove il Presidente della Regione ritenga sussistenti motivi per discostarsi dal parere trasmesso dal Consiglio di giustizia amministrativa, può solo avvalersi dello specifico strumento di reazione apprestato dall ’ordinamento, costituito dalla deliberazione della Giunta regionale. Successivamente all ’emanazione del decreto che decide il ricorso straordinario, le parti possono impugnarlo per revocazione. In definitiva, l’iniziativa dell’amministrazione di proporre un’istanza di riesame del parere non è contemplata, in quanto incompatibile con la concorrente ed espressa previsione di un autonomo ed esclusivo potere del Consiglio dei ministri (ed in Sicilia della giunta regionale) di provvedere sul ricorso in modo difforme dal parere reso (v. Corte cost. n. 254 del 2004).*

*Ne consegue che le eventuali ragioni di dissenso dal parere vanno accertate e definite dall’organo politico, in sede collegiale, cui è rimessa la decisione finale. 3) Sotto il profilo dell’esercizio della funzione amministrativa, è stata rilevata la violazione del principio generale secondo cui il potere consultivo si consuma una volta esercitato in relazione alla singola fattispecie; mentre non è invocabile l’autotutela che è un istituto proprio dell’amministrazione attiva e non degli organi di consulenza, anche se in posizione di particolare terzietà.*

*3.1) Maggiori incongruenze si registrano in ordine all’esercizio del potere di richiesta di riesame da parte dell’amministrazione. Invero, il potere di azionare la richiesta di riesame sarebbe attribuito solo all’amministrazione riferente che, di norma, non è parte in sede di ricorso straordinario, ma agisce come autorità che coopera a fini di giustizia (Cons. Stato, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 4682/02); in tal caso, le parti subiscono l ’iniziativa della stessa amministrazione, senza potere intraprendere, a loro volta, una procedura di riesame o contrastare quella avviata dall’amministrazione. Inoltre, ai fini dell’attivazione della procedura di riesame, la stessa amministrazione non avrebbe l’obbligo di accertare e valutare i presupposti eccezionali sopra ricordati, idonei per avanzare la domanda di riesame; nè, tanto meno, una volta ritenuta la loro sussistenza, avrebbe un successivo obbligo di procedere alla richiesta di riesame. Sul punto, si riconosce all’autorità amministrativa una mera facoltà da esercitarsi con assoluta discrezionalità sia sull’an che sul quando (Cons. Stato, Comm. spec. 29 febbraio 2000, n. 20). 3.2) Vengono, invece, ritenuti presupposti - necessari e sufficienti - per giustificare la richiesta di riesame: gli elementi idonei a legittimare l’interessato a richiedere la revocazione dell’emanando a) decreto decisorio del ricorso straordinario; un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati; b) un’evidente obiettiva non conformità a legge. c)*

*In tal modo, il riesame, richiesto prima del decreto, anticiperebbe, su iniziativa dell’amministrazione e non delle parti, l ’esame di un’ipotetica e futura richiesta di revocazione del decreto; esso, inoltre, si estenderebbe a presunti errori di diritto (quale il contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, ovvero l’obiettiva non conformità a legge del parere). 4) Conclusivamente, ritiene la Sezione che, nei termini sopra prospet tati, il modulo procedimentale del riesame del parere confligga con principi fondamentali posti a presidio della funzione consultiva, e in particolare con quelli dell’imparzialità della procedura, della parità tra le parti e di buon andamento dell’amministrazione, con riferimento ai termini per la definizione del rimedio. Nel contempo, la tesi dell’ammissibilità del riesame del parere si contrappone ad una linea legislativa e giurisprudenziale che tende a modellare il ricorso straordinario agli schemi di quello giurisdizionale e a regolame, di conseguenza, i rapporti (da ultimo, Cons. giust. amm. Sez. giurisd. 19 ottobre 2005, n. 695 e C.G.A, Sezione consultiva, 20 settembre 2005, n. 587/99).*

*In tal senso, la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza Quinta Sezione del 16 ottobre 1997 cause riunite da C-69/96 a C-79/96) ha riconosciuto che il Consiglio di Stato — in sede di ricorso straordinario - è un organo permanente, imparziale ed indipendente, il cui parere, basato esclusivamente sull’applicazione delle norme di legge, è emesso nell’ambito di un procedimento fondato sul contraddittorio e sul principio di parità*

*tra le parti.”*

Ad ogni modo, preme rilevare che, da un lato, si tratta di una pronuncia assai risalente e, dall’altro, è espressione di un orientamento minoritario nel panorama giurisprudenziale consolidato nel senso dell’ammissibilità del riesame.

# **30.3. La revocazione**

Quanto al rimedio della revocazione, la sua applicabilità al ricorso straordinario ed il conseguente regime applicabile sono ben sintetizzati nel parere **Cons. Stato, sez. I, n. 593/2019***,* a tenore del quale: *“il ricorso per revocazione di un decreto del Presidente della Repubblica che decide un ricorso straordinario - ammesso ai sensi dell’art. 15 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 “nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile” - costituisce rimedio eccezionale, che non può convertirsi in un ulteriore grado di giudizio (Cons. Stato, ad. plen., 22 gennaio 1997, n. 3; 24 gennaio 2014, n. 5; 27 luglio 2016, n. 21) e, dunque, nel caso del ricorso straordinario, in un atipico “appello” avverso la decisione assunta con decreto del Presidente della Repubblica; i motivi di revocazione sono fissati in via tassativa dal codice di rito, sicché la revocazione è un rimedio “a critica vincolata”; l’errore di fatto revocatorio idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi dell’art. 81, n. 4, del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, ora dell’art. 106 c.p.a., e dell’art. 395, comma 4, c.p.c., deve essere caratterizzato: a) dal derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l’organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere esistente un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato; b) dall’attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) dall’essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l’erronea presupposizione e la pronuncia stessa (Cons. Stato, ad. plen., 17 maggio 2010, n. 2; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5162; 24 maggio 2012, n. 3053; sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 503, 23 settembre 2008, n. 4607; 16 settembre 2008, n. 4361; 20 luglio 2007, n. 4097; meno recentemente, 25 agosto 2003, n. 4814; 25 luglio 2003, n. 4246; 21 giugno 2001, n. 3327; 15 luglio 1999 n. 1243; C.G.A., 29 dicembre 2000 n. 530; sez. VI, 9 febbraio 2009, n, 708; 17 dicembre 2008, n. 6279; C.G.A., 29 dicembre 2000, n. 530; Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2012, n. 12962; 5 marzo 2012, n. 3379; sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1197); l’errore deve inoltre apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche (Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2012, n. 2781; 5 marzo 2012, n. 1235); l’errore di fatto revocatorio si sostanzia, quindi, in una svista o abbaglio dei sensi che ha provocato l’errata percezione del contenuto degli atti del giudizio (ritualmente acquisiti agli atti di causa), determinando un contrasto tra due diverse proiezioni dello stesso oggetto, l’una emergente dal provvedimento giustiziale gravato e l’altra risultante dagli atti e documenti di causa: esso pertanto non può (e non deve) confondersi con quello che coinvolge l’attività valutativa del giudice, costituendo il peculiare mezzo previsto dal legislatore per eliminare l’ostacolo materiale che si frappone tra la realtà del processo e la percezione che di essa ha avuto il giudicante, proprio a causa della svista o abbaglio dei sensi (Cons. Stato, sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5162; sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 587; 1 dicembre 2010, n. 8385).”*

Nel medesimo senso si è precisato che: *“la richiesta di revocazione soggiace in primo luogo alla regola di non reiterabilità, intrinseca nella sua natura eccezionale, e ciò al fine di evitare il protrarsi all’infinito della controversia, che deve pur incontrare un termine invalicabile di chiusura e di definizione (art. 403 c.p.c.: Non può essere impugnata per revocazione la sentenza pronunciata nel giudizio di revocazione). Afferma infatti la giurisprudenza di questo Consiglio “Pur nel silenzio del D.P.R. n. 1199 del 1971 – che rinvia al codice di procedura civile solo quanto ai casi di revocazione (art. 395 c.p.c.) e non in ordine alle relative norme procedurali – la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha pertanto ritenuto applicabile al ricorso straordinario l'art. 403 c.p.c. (e ora, a fortiori, l’art. 107 c.p.a..), considerato espressione del generale principio del ne bis in idem. Conseguentemente, sono stati ritenuti inammissibili i ricorsi per revocazione avverso decreti presidenziali di decisione di precedenti ricorsi straordinari per revocazione” (Cons. Stato, sez. I, Parere 7/2020, Cons. Stato, sez. I, parere 2651/2019, Cons. Stato, sez. III, n. 2269 del 2007; Id. n. 1310 del 2006; Id., sez. II, n. 128 del 2001; Id., sez. I, n. 757 del 2000; Id., n. 720 del 2000; Id., sez. II, n. 566 del 1991; Id., n. 591 del 1979).”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 155/2021**).

In particolare, una questione giuridica che si è posta in giurisprudenza è se nel ricorso straordinario la mancata trasmissione delle controdeduzioni dell’amministrazione, o, più in generale della relazione ministeriale alla parte ricorrente possa essere ricondotta all’errore di fatto revocatorio*.*

Sul punto pare opportuno richiamare il parere **Cons. Stato, sez. I, n. 1213/2021**, che ha dato alla questione prospettata una soluzione negativa**:** “*osserva la Sezione che, nel caso in esame, risulta che il contraddittorio sul punto controverso con parte ricorrente – seppure con le peculiari forme previste per il ricorso straordinario – è stato garantito perché il Ministero, nella relazione presentata sul ricorso, fa esplicitamente riferimento a quanto affermato dal comune nelle controdeduzioni, poi citate nel parere della Sezione. Ed invero a pagina 2 della relazione si fa proprio riferimento alle controdeduzioni inviate dal comune e con le quali è stata tra l’altro rilevata l’incompletezza della documentazione.*

*In ogni caso, anche se le controdeduzioni non fossero state citate, la Sezione ritiene che – attesa la peculiarità del ricorso straordinario – il mancato invio della documentazione allegata alla relazione non possa integrare errore di fatto revocatorio, come invece sostenuto da parte ricorrente.*

*Giova precisare che, per l’opinione prevalente, il ricorso straordinario continua ad avere una connotazione sui generis. In primo luogo, occorre ricordare che per l’art. 49, comma 1, R.D. 444/1942 “gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l’intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti”. Il parere, dunque, è espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell’adunanza (così Cons. Stato, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1407 e Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600/02).*

*In secondo luogo, lo stesso Consiglio di Stato, nel riconoscimento della ‘giurisdizionalizzazione’ del rimedio de quo, afferma la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali, evidenziando “la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo” (Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666) ed affermando che “il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo” e dunque “l’equiparazione alla giurisdizione” non “può dirsi piena”. In particolare poi, “il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. 1199/1971, basato sull'affidamento dell’indagine e dell’acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti, e con esclusione di strumenti come la consulenza tecnica d'ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale. Il contraddittorio previsto dall'attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una disciplina di pubblicità del dibattimento” (Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131).*

*Analogamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che “la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente 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 - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU” (Cass., Sezioni Unite, 19 dicembre 2012 n. 23464).*

*Sulla base di quanto sin qui detto, dunque, non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili; conseguentemente deve pervenirsi alla conclusione che la non perfetta operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità non va a collidere con le norme costituzionali e convenzionali in materia (art. 24 Cost e art. 6 CEDU).”*.

# **30.4 La correzione di errore materiale**

Ulteriore rimedio di carattere generale esperibile anche in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è l’errore materiale.

*“La giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. Stato, IV, 20-2-2020, n. 1270; III, 5-9-2017) ha chiarito che l’errore materiale di sentenza, in quanto tale suscettibile di correzione, è quello relativo alla manifestazione del pensiero all’atto della formazione del provvedimento, consistendo in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione della sentenza e, come tale, percepibile e rilevabile ictu oculi. È, dunque, necessario che l’omissione o l’errore determinino una divergenza tra il giudizio e la sua espressione letterale.”* (**Cons. Stato, sez. I, n. 1560/2020**).

# **30.5. Il ricorso giurisdizionale per vizi di forma e del procedimento**

Ai sensi dell’art. 10, ultimo comma, del d.P.R. n. 1199/1971 “*il mancato esercizio della facoltà di scelta, prevista dal primo comma del presente articolo, preclude ai controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, l'impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale della decisione di accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo*”.

Come si evince dalla disposizione, i margini per impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisorio di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sono estremamente ristretti.

Invero, pur essendo il decreto decisorio formalmente un atto amministrativo e come tale impugnabile in sede giurisdizionale, la disciplina del ricorso straordinario pone precise limitazioni in coerenza con la regola dell’alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale.

# **30.5.1 I vizi deducibili**

Con specifico riferimento ai vizi deducibili, come rilevato fin dall’**Adunanza Plenaria n. 22/1980**, *“la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata sempre fermissima nell'affermare che il provvedimento presidenziale decisorio del ricorso straordinario è impugnabile esclusivamente per i soli vizi di forma e di procedimento intervenuti successivamente al parere del Consiglio stesso in sede consultiva.*

*Si è ritenuto, infatti, che la possibilità di denunciare errores in procedendo anteriori al parere del Consiglio si risolverebbe — in pratica — nella facoltà di provocare in sede giurisdizionale il riesame dei motivi già dedotti con il ricorso straordinario, debitamente esaminati e decisi. Ne conseguirebbe una duplicazione di giudizio, una violazione dei termini di decadenza, la nullificazione del principio dell'alternatività, in dispregio di quanto dispone d'art. 34, secondo comma del R.D. n. 1054 del 1924.*

*Questa giurisprudenza va confermata non solo per le fondate ragioni sostanziali che la sorreggono, ma anche perché è stata formalmente recepita dal legislatore.*

*L'ultimo comma dell'art. 10 del D.P.R. n. 1199 del 1971, infatti, esclude perfino il controinteressato che non abbia optato per la sede giurisdizionale, dalla impugnativa del decreto decisorio del Presidente della Repubblica «salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo».*

*L'impugnativa, quindi, non è concessa per vizi concernenti il parere del Consiglio di Stato e gli atti istruttori ad esso precedenti.”*

Cionondimeno, in ordine ai vizi deducibili dai controinteressati pretermessi, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che: *“Sull’art. 10, terzo comma, la giurisprudenza si è da tempo consolidata nel senso che i vizi di forma e di procedura suscettibili di essere dedotti come mezzi di impugnazione del decreto decisorio sono solo quelli verificatisi nella fase successiva alla pronuncia del parere del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria n. 22/1980; IV Sezione n. 800/1996; VI Sezione n. 3831/2006).*

*Tuttavia tale limitazione è opponibile solo alle parti che abbiano scelto, o accettato, che la controversia fosse decisa nella sede straordinaria: ossia al ricorrente da un lato, e dall’altro lato alle controparti che, avendo avuto la possibilità di chiedere la trasposizione alla sede giurisdizionale, non se ne siano avvalse.*

*10.3. Se ne ricava che il controinteressato non ritualmente evocato può impugnare la decisione senza quelle limitazioni e preclusioni che sono opponibili al controinteressato evocato, e, in genere, a tutte le parti che abbiano accettato la procedura in sede straordinaria. Può dunque impugnare il decreto decisorio davanti al giudice amministrativo anche per vizi inerenti al parere del Consiglio di Stato (e, s’intende, alle fase procedurali anteriori).*

*10.4. Quanto alla individuazione del giudice amministrativo competente a giudicare su tale impugnazione, si osserva che l’art. 10, terzo comma, del d.P.R. n. 1199/1971 contiene un riferimento esplicito al Consiglio di Stato. Tuttavia è opinione corrente che in quel contesto il Consiglio di Stato sia menzionato in quanto al momento della emanazione del decreto legislativo (24 novembre 1971) non era ancora promulgata la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (6 dicembre 1971). Di fatto, la prassi giurisprudenziale consolidata è nel senso che l’impugnazione si propone davanti al Tribunale amministrativo regionale.*

*La competenza del T.A.R. è, comunque, confermata da considerazioni sistematiche, quanto meno con riferimento all’ipotesi che l’impugnazione venga proposta (come nel caso attuale) dal controinteressato che lamenti di non essere stato ritualmente evocato: proponendola, infatti, il controinteressato non fa altro che esercitare (si direbbe ora per allora) la facoltà di opzione per la sede giurisdizionale e le inerenti garanzie, fra le quali il doppio grado, usufruendo così di una restitutio in integrum. Da questo punto di vista solo l’impugnazione davanti al T.A.R. (con l’inerente possibilità del doppio grado, etc.) appare interamente restitutoria per il controinteressato pretermesso, più di quanto avverrebbe con altri rimedi pure ipotizzabili, quali la revocazione o l’opposizione di terzo.”* (**Cons. Stato, Sez. III, n. 1346/2014**).

Quest’ultima precisazione è stata più volte confermata in giurisprudenza, anche di recente. (sul punto **Tar Lombardia, Milano, n. 1179/2017** che ha affermato che: “*il controinteressato non ritualmente evocato può impugnare la decisione senza quelle limitazioni e preclusioni che sono opponibili al controinteressato evocato, e, in genere, a tutte le parti che abbiano accettato la procedura in sede straordinaria*” e nei medesimi termini anche **Cons. Stato, sez. IV, n. 3076/2016; Cons. Stato, sez. IV, n. 7005/2018**; **Cons. Stato, sez. III, n. 112/2020**).

# **30.6 Il ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost.**

Il riconoscimento della ricorribilità per Cassazione per i soli motivi di giurisdizione avverso il decreto decisorio del ricorso straordinario è questione dipendente dalla natura amministrativa o giurisdizionale assegnata al ricorso straordinario.

Come già anticipato trattando della natura giuridica del ricorso straordinario, le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 23464/2012** hanno ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 111 Cost avverso il decreto che decide il ricorso straordinario.

Di seguito si richiama quanto ivi statuito: *“17. In sintesi lo sviluppo normativo e giurisprudenziale di cui si è detto finora consente di assegnare al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario la natura sostanziale di decisione di giustizia e quindi natura sostanziale giurisdizionale: ossia vi è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del 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 con ricorso (straordinario) di una parte 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 accedere direttamente - e quindi per saltum - al controllo di legittimità del Consiglio di Stato.*

*Nella forma vi è tuttora l'adozione del decreto presidenziale che potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere. Ma questo residuo elemento formale che connota la struttura ancora composita del ricorso straordinario, radicata nelle origini storiche dell'istituto (di cui si è detto), non inficia, nè indebolisce la natura giurisdizionale sostanziale del rimedio impugnatorio nel contenuto recato dal parere del Consiglio di Stato.*

*La raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente 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; nonchè - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU. Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. 3^, 4 agosto 2011, n. 4666, che - nell'aderire al nuovo corso della giurisprudenza di queste Sezioni Unite quanto all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della decisione sul ricorso straordinario - sottolinea comunque "la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo".*

*Ma laddove l'interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c'è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto.*

*18. La conclusione raggiunta - che predica trattarsi nella fattispecie in esame di una decisione di giustizia e quindi di esercizio della giurisdizione che consente il sindacato sulla giurisdizione ad opera delle Sezioni Unite di questa Corte ex art. 111 Cost. , comma 8, e art. 362 c.p.c. , comma 1, - appare pienamente compatibile con l'art. 125 Cost. , comma 2, che prevede che nelle regioni sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado. E' vero che la giurisprudenza costituzionale, che ha più volte affermato che il principio del doppio grado di giurisdizione non ha copertura costituzionale (ex plurimis Corte cost., ord., n. 300 del 2008), ha però precisato che ciò vale "fuori dell'area segnata dall'art. 125 Cost. , comma 2" (Corte cost. n. 52 del 1984).*

*Ma nella fattispecie - pur in disparte la considerazione che la riserva fatta dalla giurisprudenza costituzionale sta in realtà a significare che "la Costituzione impedisce di attribuire ai tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado" (Corte cost. n. 108 del 2009) - il principio suddetto comunque non è violato perchè la generalizzata possibilità di opposizione ( D.P.R. n. 1199 del 1971 , ex art. 10; art. 48 cod. proc. amm.) della parte nei cui confronti è proposto il ricorso straordinario ha l'effetto di trasferire il contenzioso nella sede ordinaria del giudizio innanzi ad un t.a.r. in primo grado, sicchè la garanzia del doppio grado di giurisdizione non è affatto violata, ed anzi è pienamente assicurata nella misura in cui non siano le parti stesse ad optare per il procedimento per ricorso straordinario che consente l'accesso diretto per saltum al Consiglio di Stato (cfr. Corte cost. n. 78 del 1966 secondo cui la regola dell'alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario non esclude nè attenua la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi da un atto amministrativo, ma è espressione di una libera scelta sulla base di una valutazione di convenienza).*

*19. Parimenti può ritenersi la compatibilita con l'art. 102 Cost. , comma 2, che non consente l'istituzione di nuovi giudici speciali, salva la revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti al momento di entrata in vigore della Costituzione stessa (6^ disposizione transitoria e finale della Costituzione) e ferma restando (ex art. 103 Cost. , comma 1) la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato e degli altri "organi di giustizia amministrativa".*

*La giurisprudenza costituzionale in materia rifugge da un approccio formalistico e guarda alla sostanza delle cose.*

*E' noto - in altra materia, però pure attinente alla giurisdizione - che da una parte la Corte, dopo aver ripetutamente affermato (Corte cost. nn. 6 e 10 del 1969) che le commissioni tributarie dell'epoca erano organi non già giurisdizionali ma di natura amministrativa, ha poi ritenuto (Corte cost. n. 287 del 1974) che "fatti nuovi, in sede legislativa" (ossia la riforma del contenzioso tributario del 1972) facevano ormai propendere decisamente "nel senso della giurisdizionalità"; ed ha in particolare osservato che nella legge (ordinaria) di riforma erano stati "eliminati gli aspetti dai quali traeva fondamento la tesi della natura amministrativa e accentuati i caratteri in base ai quali le commissioni venivano considerate come organi giurisdizionali". Ossia la riforma del 1972, che disciplinava le "nuove" commissioni tributarie come giudice speciale (tributario), gettava luce (in chiave retrospettiva) anche sulle "vecchie" commissioni tributarie: "la nuova legislazione - imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni - esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa". Quindi preesisteva alla Costituzione un giudice speciale tributario, seppur difettoso nel senso che presentava aspetti che facevano fortemente dubitare della sua natura giurisdizionale. E la sua successiva revisione (nel 1972) da una parte ha coonestato questa incerta iniziale natura giurisdizionale, d'altra parte ha soddisfatto la 6^ disposizione transitoria della Costituzione che imponeva la revisione degli organi speciali di giurisdizione all'epoca esistenti con il limite, nella fattispecie, della materia tributaria (Corte cost. n. 130 del 2008 e n. 39 del 2010).*

*Rileva poi anche che, in riferimento ad altra fattispecie, la Corte, per escludere che una disposizione all'epoca censurata prevedesse un giudice speciale piuttosto che una sezione specializzata del giudice ordinario, ha posto l'accento sul "nesso organico" e sulla "compenetrazione istituzionale" di quest'ultima con il giudice ordinario (Corte cost., ord., n. 424 del 1989).*

*Orbene, richiamati questi principi e tornando alla fattispecie del ricorso straordinario, può ora considerasi che c'era, già prima dell'evoluzione normativa più recente, sopra indicata, la decisione di un contenzioso che non era censurabile innanzi al giudice amministrativo se non sulla base di un vizio di forma o di procedimento verificatosi successivamente al parere del Consiglio di Stato (ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2007, n.999; id, sez. 4^, 20 giugno 1996, n. 800; e prima ancora Cons., Stato, ad.*

*plen., 10 giugno 1980, n. 22, che ha ribadito una "fermissima" giurisprudenza precedente); decisione che quindi già si presentava come alternativa a quella del giudice amministrativo. Ossia già in origine, una volta posta la regola dell'alternatività recepita nel R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 34, comma 2, (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato), poi ripetuta nel D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, art. 10, (in materia di ricorsi amministrativi), il Consiglio di Stato non poteva essere chiamato due volte a pronunciarsi sullo stesso contenzioso: prima in sede consultiva e poi in sede giurisdizionale; altrimenti - ha significativamente rimarcato Cons. Stato, ad. plen., 10 giugno 1980, n. 22, cit. - "ne conseguirebbe una duplicazione di giudizi" e "la nullificazione del principio dell'alternatività"; così l'Adunanza Plenaria ha interpretato il D.P.R. n. 1199 del 1971, art. 10, u.c., cit., che prevede che, ove la controversia non sia trasferita dalla sede del ricorso straordinario all'ordinaria sede giurisdizionale, la decisione adottata con decreto presidenziale sul ricorso straordinario è impugnabile per vizi di forma o del procedimento.*

*Quindi la decisione del ricorso straordinario già esibiva, nel suo nucleo essenziale, la connotazione di decisione di giustizia pur se per vari aspetti, evidenziati dalla giurisprudenza di cui si è detto sopra, non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" nel significato pregnante dell'art. 102 Cost. , comma 1, e art. 103 Cost. , comma 1.*

*D'altra parte, questo regime impugnatorio, che comportava che la decisione del ricorso straordinario faceva perno sulla delibazione del Consiglio di Stato in sede consultiva, rivelava anche il "nesso organico" e la "compenetrazione istituzionale" di tale decisione con il Consiglio di Stato quale organo di giustizia amministrativa ex art. 103 Cost. , comma 1.*

*Ed allora, in sintesi, la decisione sul ricorso straordinario aveva fin dall'origine connotati di decisione di giustizia anche se non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" pienamente realizzata.*

*Ma una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione, depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la "funzione giurisdizionale", la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui prende come contenuto il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost. , comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.*

*20. Da ciò consegue anche che, in riferimento alla L. n. 69 del 2009, art. 69, comma 1, cit., che ha previsto la possibilità per il Consiglio di Stato, nella sede consultiva del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, di sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, non si pone in realtà - e comunque non sarebbe rilevante nella specie - un problema di compatibilità con la riserva di legge costituzionale quanto alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale ( art. 137 Cost. , comma 1) non apparendo precluso al legislatore ordinario - nel rispetto del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali - di riconoscere o conformare 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; da ciò conseguendo la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità per essere la questione "rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio" ( L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1, e L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23).*

*21. Da quanto finora argomentato consegue quindi che, se la decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, deve necessariamente esserci il sindacato ultimo di queste Sezioni Unite, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111 Cost. , comma 8, in quanto riferibile in un unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato.”*

Tale tesi non è stata condivisa dal **parere n. 2553/2014 della Prima Sezione**, che, come si è visto trattando della natura giuridica del ricorso straordinario, ha sostenuto la tesi della natura amministrativa dello stesso pur alla luce delle modifiche normative che hanno interessato l’istituto.

Questa decisione ripercorrendo ampiamente le origini storiche del ricorso straordinario ed il regime normativo ad esso applicabile ha affermato che *“il rimedio, certamente peculiare e non inquadrabile interamente nelle ordinarie categorie, deve la sua attuale vigenza alla tradizione, nel senso che si è ritenuto che trattandosi di uno strumento di tutela aggiuntivo fosse un istituto che valeva la pena mantenere.*

*La Sezione osserva che:*

*1. l’istituto mantiene caratteri, i quali costituiscono la sua struttura essenziale, che appaiono incompatibili con la natura giurisdizionale ad esso attribuita;*

*2. le innovazioni normative possono non apparire tali da determinare il mutamento della natura dello strumento di tutela in questione;*

*3. secondo una interpretazione sistematica che tenga conto della giurisprudenza della Corte EDU in materia di ricorso straordinario appare doversi escludere l’attribuzione della natura giurisdizionale.*

*Per quanto riguarda i caratteri del procedimento e del decreto del Presidente della Repubblica, atto conclusivo del procedimento stesso, la Sezione rileva che tali caratteri sono indicativi della natura amministrativa dell’istituto e della decisione in quanto:*

*a) la tipicità degli atti giurisdizionali, come ha rilevato la dottrina, esclude che una sentenza possa essere adottata nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, in quanto tale tipicità non ammette la distinzione fra giurisdizione sostanziale e formale. Inoltre, nella sua funzione di garante dei principi supremi dell’Ordinamento, il Capo dello Stato, quale rappresentante dell’unità nazionale, ha un controllo su tutti gli atti a sua firma, che si realizza attraverso l’esercizio di una valutazione del merito costituzionale di tali atti, volto a garantire i principi supremi dell’ordinamento e i diritti inalienabili della persona (in senso conforme: C.d.S. Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/2012, 4648/2010);*

*b) la conoscenza degli atti del procedimento che attiene al contraddittorio si realizza attraverso la domanda di accesso degli interessati, secondo la regola dei procedimenti amministrativi (in tal senso: C.d.S., Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/12, 4648/10) e quindi non vi è pienezza di contraddittorio;*

*c) l’istruttoria di regola è svolta dal Ministro competente per materia, che può essere parte;*

*d) il decreto del Presidente della Repubblica decisorio del ricorso straordinario può essere impugnato ai sensi dell’art. 10, terzo comma, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 innanzi al giudice amministrativo, per vizi di forma e procedura, da tutte le parti evocate; può essere impugnato per qualsiasi vizio dal controinteressato pretermesso (vedasi sul punto C.d.S. in s.g., Sez. III, 19 marzo 2014, che ha ritenuto la richiamata disposizione vigente, pur non contestando il presupposto della natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione del ricorso straordinario);*

*e) nella stessa fase del procedimento che si conclude con il parere del Consiglio di Stato manca la possibilità dell’udienza pubblica;*

*f) il parere, su richiesta dell’Amministrazione riferente, prima della emissione del decreto presidenziale, può essere riesaminato dalla Sezione per le ragioni che potrebbero dar luogo a revocazione, per intervenute innovazioni normative e per contrasto giurisprudenziale;*

*g) il chiaro disposto dell'art. 7 del d.P.R. 6.4.1984, n. 426 (recante norme di attuazione dello statuto speciale di autonomia per la Regione Trentino Alto Adige sulla istituzione del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento e della Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano), al comma terzo dispone testualmente: "nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica".*

*Non essendo il ricorso straordinario, a norma della Costituzione, collocato nella sezione delle “norme sulla giurisdizione”, ben può subire restrizioni, sul piano sia formale che sostanziale, con norma di attuazione dello Statuto di autonomia, atteso che è costituzionalmente garantita (art. 113) solo la piena tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi assunta con sentenza.*

*La sentenza delle Sezioni Unite civili n. 23464/2012 si fa carico della questione della compatibilità della forma del procedimento per ricorso straordinario con i parametri del processo giurisdizionale, ma non considera questi elementi della realtà ai fini della interpretazione, limitandosi, con una inversione logica, a dare indicazioni al legislatore (“Ma laddove l’interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c’è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell’istituto”).*

*Anche l’equiparazione fra la attuale vicenda della “giurisdizionalizzazione giurisprudenziale” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e quella delle Commissioni tributarie, realizzata con la sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1974, n. 287, appare non persuasiva.*

*Infatti per quanto concerne la vicenda più antica vi era la necessità di trovare un giudice per le controversie in materia di valutazione estimativa e ciò fu realizzato, con la richiamata sentenza della Corte costituzionale, considerando che il legislatore, con la riforma tributaria prevista dalla legge delega 9 ottobre 1971, n. 825 e attuata con la legge delegata in materia di contenzioso tributario, di cui al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, aveva esercitato il potere di revisione, che la VI disp. trans. prevede per gli organi speciali di giurisdizione al momento dell’entrata in vigore della Costituzione e aveva così risolto il contrasto esistente qualificando quale giurisdizionale la natura delle Commissioni tributarie.*

*Nel caso del ricorso straordinario, come si è rilevato, la sua natura amministrativa è confermata dall’art. 100, primo comma, della Costituzione, la sua attuale vigenza è fondata sulla parallela esistenza di un giudice amministrativo ed il ricorso è ammissibile se nessuna parte abbia optato per il procedimento giurisdizionale (anteriormente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo come sopra rilevato il ricorso straordinario era concorrente con l’azione innanzi al giudice civile). Inoltre non vi è stata una riforma legislativa generale che ne abbia inteso revisionarne la natura, ma soltanto alcune disposizioni la cui ratio è stata quella di accrescere l’effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario aumentando le garanzie e la possibilità di difesa a beneficio delle parti, mantenendo la peculiare, sperimentata natura e struttura di rimedio giustiziale amministrativo.*

*Per quanto concerne le innovazioni normative che hanno indotto il mutamento di giurisprudenza, la limitazione operata dall’art. 7, comma 8, c.p.a. non pare un elemento rilevante ai fini della natura del rimedio.*

*Per quanto riguarda le innovazioni introdotte dall’art. 69, l. n. 69/2009, va rilevato che, come ha segnalato la dottrina, la circostanza che il Ministro proponente sia vincolato al parere del Consiglio di Stato non ha incidenza sulla natura del procedimento e del provvedimento conclusivo e che la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale non appare determinante, in quanto tale legittimazione è stata riconosciuta ad organi nell’esercizio di funzioni non giurisdizionali quale la Corte dei Conti, nell’esercizio del controllo sugli atti del Governo (Corte Cost. 18 novembre 1976, n. 226).*

*Certamente l’interpretazione di una fonte normativa non è legata alla volontà del produttore della fonte, ma quest’ultima è comunque un elemento da tenere in considerazione e nel caso in esame non vi è nessun dato che possa far ritenere che il legislatore abbia voluto far cosa diversa dal limitarsi ad accrescere l’effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario.*

*Come la Sezione ha notato, il ricorso straordinario, pur non indicato espressamente in Costituzione, era stato considerato dai costituenti nell’ambito dell’art. 100 Cost. e, sulla base delle indicate innovazioni normative, non può ritenersi trasferito nel contenitore forgiato dall’art. 103 Cost.*

*Da ultimo la Sezione ritiene essenziale valutare la giurisprudenza della Corte EDU in ordine al ricorso straordinario.*

*La Corte di Strasburgo, XIII Sezione, con la sentenza 28 settembre 1999, ha deciso il ricorso proposto dal signor Costantino Nardella, il quale si doleva della violazione dell’art. 6 della Convenzione, per la lunga durata di un procedimento per ricorso straordinario da lui proposto avverso il diniego della concessione di un assegno di studio. La Corte ha premesso che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo non giurisdizionale avverso un provvedimento finale (“Il s’agit d’un recours administratif non contentieux à l’encontre d’un acte définitif.”), alternativo al ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo (“Le recours extraordinaire est exclusif du recours juridictionnel administratif”), che consente soltanto un controllo di legittimità (“permetseulement un contrôle de la légalité”). Poiché il ricorso giurisdizionale offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario (“[p]uisque ce dernier offre des garanties majeures par rapport au recours extraordinaire”), il controinteressato può, entro un termine di sessanta giorni dalla notificazione, richiedere che il ricorso sia trattato innanzi al giudice amministrativo (“l’autre partie (controinteressato) peut, dans un délai de soixante jours à compter de la notification, demander à ce que le recours soit porté devant le juge administratif”).*

*Il recente innovativo indirizzo giurisprudenziale, promosso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, prescinde dall’incidenza che esso tende a produrre nell’ordinamento nazionale, come modificato dalle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla Corte EDU.*

*La Sezione è dell’opinione che, anche sulla base di una interpretazione sistematica, considerati i valori che l’ordinamento esprime, questo strumento di tutela, che si aggiunge alla tutela giurisdizionale, e costituisce anche mezzo di deflazione del contenzioso amministrativo, che i costituenti vollero mantenere con la previsione del primo comma dell’art. 100, abbia mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza.*

*La nuova qualificazione della natura dell’istituto, cioè la sua dichiarata giurisdizionalizzazione, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva e impoverirebbe il sistema delle tutele nell’ordinamento.*

*L’estendersi della giurisdizionalizzazione nell’ordinamento, di per sé, non può ritenersi elemento positivo.*

*Alla luce delle esposte considerazioni è assorbita la questione dell’avvenuta preclusione alla proposizione del ricorso per cassazione, ai sensi dell’art. 111, ottavo comma della Costituzione e dell’art 362 c.p.c., a seguito della mancanza di qualsiasi contestazione nel corso del procedimento per la decisione del ricorso straordinario della competenza del Consiglio di Stato ad emettere il parere (Cass. Civ., Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10414).*

*In conclusione, dalla ritenuta inammissibilità del ricorso per cassazione deriva la reiezione dell’istanza cautelare.”.*

# **30.7 Il regolamento preventivo di giurisdizione**

Le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 1413/2019** hanno affermato che, in pendenza del ricorso straordinario al Capo dello Stato, la tardività dell’opposizione non preclude la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione per contestare la giurisdizione del giudice amministrativo sino alla adozione del parere del Consiglio di Stato.

In particolare, si legge: *“1.- La Corte deve innanzitutto esaminare la questione dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione proposto, con riferimento ad un ricorso straordinario al Capo dello Stato (ai sensi del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, artt. 8 e segg.) pendente, come questo, per effetto della declaratoria, da parte del TAR Lazio, di inammissibilità per tardività dell'opposizione proposta dai Mibact ai sensi dell'art. 48 (Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario) del CPA, conclusosi - come detto - con una pronuncia di inammissibilità dell'opposizione per la sua tardiva instaurazione.*

*1.1.- Infatti, ben consapevole del problema (che è nuovo), il Ministero ricorrente afferma l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione in base all'equiparazione astratta del provvedimento conclusivo del ricorso straordinario (al Capo dello Stato) ad un provvedimento di tipo giustiziale, come tale ricorribile in Cassazione (ai sensi dell'art. 111 Cost., art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 CPA) e, perciò, - secondo quanto osserva il Mibact -, di conseguenza, anche ai sensi dell'art. 41 c.p.c.; facoltà esercitabile, a suo dire, fino a quando il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non sia stato deciso nel merito.*

*1.2.- In sostanza, il regolamento preventivo di giurisdizione sarebbe ammissibile perchè - nel caso qui esaminato - l'interlocuzione giustiziale non avrebbe esaurito la materia litigiosa, non avendo pronunciato sul merito della controversia, cosicchè si renderebbe ancora utile - per la definizione della lite - stabilire se vi siano i presupposti di legge (in particolare la spettanza della controversia a quelle riconducibili al G.A.) per la pronuncia del decreto presidenziale sulla domanda proposta dalla ricorrente, la d.ssa B..*

*2.- A tale conclusione perviene anche il P.G., nella sua requisitoria scritta, sulla base della considerazione del fatto che in questo caso non sarebbe intervenuta alcuna decisione, nè di merito e nè di rito, in ordine alla "causa", poichè: a) il TAR non sarebbe l'autorità che deve decidere il ricorso straordinario; e, b) il superamento dei termini per l'esercizio dell'opposizione non ostacolerebbe, ma anzi consentirebbe, la prosecuzione dell'iter procedimentale finalizzato alla decisione di merito del ricorso straordinario al Capo dello Stato.*

*2.1.- Nè la richiesta di trasposizione del giudizio davanti al G.A., a suo tempo sollecitata dal Mibact, avrebbe avuto il significato di una scelta irreversibilmente operata a favore della giurisdizione di quel giudice; nè essa sarebbe tale da interdirgli la proposizione del regolamento preventivo sulla giurisdizione, per difetto di interesse o per soccombenza (in ragione della sentenza di inammissibilità, per tardività, di quell'opposizione).*

*3.- Eccepisce la resistente, D.ssa B., il fatto che il Mibact, una volta proposta la sua opposizione al ricorso straordinario (e incardinato il ricorso davanti al G.A.), avrebbe esaurito le sue possibilità di proporre il regolamento di giurisdizione. La resistente, a tale proposito, richiama la motivazione della sentenza di queste SU, n. 14044 del 2014, laddove si afferma che il comportamento delle parti, che consapevolmente non sollevino immediatamente l'eccezione di difetto di giurisdizione per poi proporla in un momento successivo, con ciò consentendo il formarsi di un giudicato implicito sulla giurisdizione, avrebbe una finalità palesemente dilatoria (e, come tale, immeritevole di tutela).*

*4.- Queste S.U. hanno affrontato il problema dell'identificazione del rimedio al caso relativo alla sussistenza di un difetto del presupposto della giurisdizione amministrativa per il rituale incardinamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che si svolge, nelle peculiari sue modalità, in un unico grado di merito.*

*4.1.- La richiamata sentenza di queste S.U. (n. 10414 del 2014) ha, infatti, condivisibilmente affermato che: "se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la "potestas iudicandi" è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. E nel particolare procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato ciò significa che matura una preclusione per cui la questione di giurisdizione - in termini di sussistenza, o no, del presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo per ricorrere a questo speciale rimedio giurisdizionale - non è più proponibile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8 e art. 362 c.p.c.".*

*4.1.- La preclusione a far valere il difetto del presupposto (la decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo: Sez. U, n. 10414 del 2014) per la corretta decisione del ricorso straordinario a Presidente della Repubblica matura, dunque, solo quando sia stato pronunciato il parere del Consiglio di Stato, ai sensi del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, artt. 11 e segg., che forma il contenuto sostanziale di questa decisione giustiziale, attribuita dall'ordinamento al Capo dello Stato.*

*4.2.- Nella specie, la preclusione de qua non è affatto maturata in quanto l'opposizione, proposta dal Mibact ai sensi dell'art. 48 CPA, ha dato luogo ad una pronuncia non solo in rito (l'inammissibilità di essa, per tardività, ossia, una decisione idonea a far riprendere il moto del procedimento per la definizione del ricorso straordinario, mediante trasmissione degli atti e l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato) ma anche ad un epilogo non ostativo della decisione di merito (che avrebbe dovuto seguire alla ripresa e alla successiva conclusione del procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato).*

*4.3.- Il regolamento di giurisdizione proposto dal Mibact è, dunque, ammissibile in ossequio al principio di diritto, che è qui necessario enunciare:*

*Ove sia proposto un ricorso straordinario al Capo dello Stato, ai sensi del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, artt. 8 e segg. e l'opposizione dell'amministrazione intimata, ai sensi dell'art. 48 CPA, ancorchè senza contestazioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, sia stata dichiarata inammissibile dal competente TAR per tardività, con conseguente rimessione degli atti all'amministrazione per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria, il regolamento preventivo di giurisdizione ben può essere proposto in tale sede, deducendosi la non riconducibilità della controversia nell'ambito della giurisdizione amministrativa, presupposto indefettibile del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 7, comma 8, CPA, fino al momento della pronuncia del necessario parere del Consiglio di Stato, che costituisce l'antecedente necessario alla decisione del Presidente della Repubblica.*

*5.- Esaminando ora il merito del regolamento preventivo, va premesso che la parte privata afferma la giurisdizione del G.A., in base alla natura pubblicistica del conferimento dell'incarico dirigenziale e in ragione della struttura del procedimento (amministrativo) ad esso prodromico, caratterizzato da una fase che compendiava, innanzitutto, una procedura selettiva dei candidati aspiranti a quella posizione direttiva.*

*5.1.- All'opposto, il Ministero sostiene che, nella specie, il bando avrebbe previsto una modalità selettiva dei partecipanti alla selezione non molto diversa dalle procedure di conferimento degli incarichi ai dirigenti medici, ai sensi del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15-ter, comma 2, per i quali si è già concluso, in sede giurisprudenziale, per l'esistenza della giurisdizione dell'AGO (riferimento a S.U., decisioni nn. 4227 del 2017 e 21060 del 2011).*

*6.- Osserva la Corte che, nel caso di procedimenti (come questo) complessi e caratterizzati da una pluralità articolata di fasi (una prima, riservata alla selezione dei curricula; una successiva caratterizzata da colloqui (e non da esami orali) per l'individuazione dei candidati dell'ultima fase; una finale, sfociante nella formazione delle terne di nominativi, nell'ambito delle quali operare la scelta conclusiva e fiduciaria), in considerazione del principio di concentrazione delle tutele (da ultimo ribadito da Sez. U -, Ordinanza n. 31370 del 2018), la determinazione della giurisdizione non può avvenire per fasi, separando e disarticolando ciascuna di esse allo scopo di ricercare e ottenere una giustiziabilità frazionata, con riferimento ai singoli segmenti del procedimento, così da individuare - per ciascuna fase - il giudice avente la relativa giurisdizione (nella specie: quello amministrativo per la sola prima parte procedimentalizzata).*

*6.1.- Infatti, nella specie, sebbene il conferimento dell'incarico prevedesse una fase iniziale aperta a soggetti esterni, valutati da una commissione che poteva individuare e aggiungere ulteriori criteri di valutazione (a quelli prestabiliti) e provvedere anche alla distribuzione di un punteggio tra tutti i criteri, con la formazione di una graduatoria, selezionando fino ad un massimo di dieci candidati da convocare per un colloquio, la fase finale della procedura era tuttavia destinata alla individuazione di una terna di "finalisti" da sottoporre al Ministro o al Direttore generale Musei, il quale avrebbe poi operato la scelta fiduciaria.*

*6.2.- Tale ultimo segmento della procedura, palesemente dominante rispetto all'intero percorso finalizzato alla nomina di un solo aspirante, conferisce il carattere sostanzialmente non concorsuale alla procedura d'interpello, attribuendo la relativa cognizione giudiziale all'AGO, in applicazione del seguente principio di diritto:*

*appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla procedura d'interpello per il conferimento di incarichi di nomina dei direttori dei musei archeologici nazionali (nella specie: di (OMISSIS)), in quanto priva di natura concorsuale, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, il cui segmento finale, sfociante nella formazione di terne di nominativi, nell'ambito delle quali operare la scelta conclusiva e fiduciaria a cura del Ministro o del Direttore generale, ha carattere dominante rispetto all'intero percorso della selezione (finalizzata alla nomina di un solo aspirante), cosicchè esso conferisce il carattere sostanzialmente non concorsuale all'intera procedura d'interpello, con conseguente attribuzione della relativa cognizione giudiziale all'AGO. 7.- Di conseguenza, deve essere accolto il ricorso del Ministero, dichiarata la giurisdizione dell'A.G.O., davanti alla quale vanno rimesse le parti, nel termine di legge, anche per le spese di questa fase del processo.*”.

# **30.8 L’opposizione di terzo**

Dal punto di vista normativo, non è previsto il rimedio dell’opposizione di terzo, che anche nel processo amministrativo è stato introdotto solo con intervento della Corte costituzionale.

In relazione al ricorso straordinario, la giurisprudenza accorda tutela ai controinteressati pretermessi legittimandoli all’impugnazione del d.P.R. di decisione innanzi al giudice amministrativo per vizi del procedimento, quali l’omessa notifica al controinteressato (**Cons. St., IV, n. 2428/2002**) e per errores in iudicando (**Cons. St., ad. plen., n. 9/2006**).

# **31. La questione delle spese processuali**

Quanto all’istituto delle spese processuali, è stato rilevato che *“l’estensione al ricorso straordinario degli istituti del processo, invero, risponde ad una esigenza di garanzia del cittadino e di tutela del diritto di difesa, riferendosi pertanto a profili di carattere sostanziale, quali la tutela del contraddittorio e la praticabilità di una fase giurisdizionale di esecuzione della decisione.*

*Essa, pertanto, non può in tutta evidenza dilatarsi, in assenza di specifiche disposizioni normative che ciò prevedano, ad aspetti collaterali, quali le spese della procedura, non direttamente attinenti (o comunque funzionalmente collegati) alla pretesa sostanziale azionata, che è relativa alla verifica della legittimità dell’azione della pubblica amministrazione.*

*Milita, infine, per la non operatività in sede di ricorso straordinario dell’istituto delle spese processuali (e della loro regolazione in sede decisoria) la considerazione che tale rimedio non richiede come obbligatoria la difesa tecnica, potendo esso essere azionato personalmente dall’interessato.*

*Sicchè, il ricorso all’assistenza di un avvocato è frutto della libera scelta della parte e non giustifica, pertanto, che il soggetto soccombente ne sopporti gli oneri; evidenziandosi, altresì, che anche laddove vi sia l’intervento di un legale, questi, attesa la non obbligatorietà della difesa tecnica, compare nella procedura del ricorso straordinario non tanto quale difensore ma piuttosto nella qualità di mero procuratore della parte; con la conseguenza che i relativi rapporti di tipo patrimoniale restano circoscritti nell’ambito delle rispettive sfere giuridiche, senza che possano rilevare nel procedimento ai fini dell’attribuzione dell’obbligo di sopportarne i costi a carico di una parte diversa da quella che abbia conferito la procura.*

*Va, da ultimo, evidenziato che una condanna alle spese in sede di ricorso straordinario è preclusa dal già richiamato divieto di introduzione nello stesso di azioni di condanna e, per l’effetto, dall’impossibilità per il decidente di adottare pronunzie in tal senso.*

*La proposta domanda di condanna al pagamento delle spese di giudizio è, dunque, inammissibile, risultando perciò in radice esclusa anche la richiesta verifica della soccombenza virtuale ad essa funzionale, in caso (come quello in esame) di ritenuta improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.”* (**Cons. Stato, Sez. I, n. 118/2021**).

# **32. Il contributo unificato**

Occorre premettere che anche per il ricorso straordinario è prevista la corresponsione da parte del ricorrente del contributo unificato (art. 37, comma 6, lett. s), del decreto-legge, 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, modificato, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall’art. 1, comma 25, lett. a), n. 3, L. 24 dicembre 2012, n. 228 (“Legge di stabilità 2013”).

Si ritiene, tuttavia, che non sia ammissibile la richiesta del ricorrente *“volta a ottenere il rimborso del contributo unificato versato in relazione al ricorso straordinario de quo, ritiene che la medesima non sia ammissibile in sede di ricorso straordinario, in quanto contrastante con il disposto dall’art. 8 del d. P.R. n. 1199 del 1971, a norma del quale il ricorso straordinario, quale rimedio di natura impugnatoria, è ammesso “contro atti amministrativi definitivi” e per soli “motivi di legittimità” (ex multis: Cons. di Stato, Sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255), con la conseguenza che, tramite detto strumento, “non si possono esercitare azioni differenti rispetto a quella di annullamento” (Cons. di Stato, Sez. II, 5 febbraio 2014, n. 1141/2014). Resta salva la facoltà del ricorrente di proporre la menzionata domanda di ristoro degli oneri sostenuti nelle forme e con le modalità previste dalla vigente legislazione.”* (**Cons. Stato, sez. II, n. 1518/2016**).

Una completa disamina relativa al contributo unificato nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è contenuta nel parere **Cons. Stato, Sez. I, n. 118/2021** che, per completezza, si riporta di seguito.

*“Deve, infatti, affermarsi che una statuizione di condanna in ordine al pagamento del contributo unificato non è consentita.*

*A tanto osta in primo luogo il rilievo che, come sopra visto, non sono ammissibili in sede di ricorso straordinario azioni di condanna, trattandosi di rimedio esclusivamente impugnatorio.*

*Di poi, va evidenziato che l’istituto non contempla la regolazione delle spese del procedimento e, pertanto, non è ammissibile una pronuncia direttamente riferita al soggetto tenuto al pagamento del contributo unificato; ciò pur nella considerazione che l’emolumento in parola rientra comunque nelle “spese di giustizia” e, dunque, negli oneri sopportati per la percorribilità del rimedio giustiziale in parola.*

*In disparte tali argomentazioni, va infine rilevato che, in assenza di un potere di regolazione delle spese, osta alla possibilità di adottare statuizioni di condanna al pagamento del contributo unificato anche la natura tributaria dello stesso, la quale esclude in materia la giurisdizione del giudice amministrativo (e, di conseguenza, ex art. 7, comma 8 del c.p.a., l’ammissibilità del ricorso straordinario); evidenziandosi in proposito che la giurisprudenza (cfr. Cass. civ., S.U., 20-2-2020, n. 4315; Cons. Stato, V, 4-5-2020, n. 2785; Cons. Stato, IV, 21-10-2019, n. 7142; Cons. Stato, V, 13-3-2019, n. 1670) ha chiarito che le controversie relative sia alla spettanza che alla misura del contributo unificato rientrano nella giurisdizione del giudice tributario ai sensi del d.lgs. n. 546 del 1992.*

*Esulando, dunque, tale questione dall’ambito cognitorio e decisorio proprio del ricorso straordinario, essa è, infine, irrilevante ai fini della definizione dello stesso in termini di improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse, dovendo detto esito essere in via esclusiva ancorato al rilievo della inutilità della sola pronuncia adottabile in tale sede, che è, come sopra evidenziato, limitata all’annullamento dell’atto e non può comprendere statuizioni relative al soggetto sul quale grava l’onere del contributo unificato.*

*Tanto a maggior ragione in considerazione del fatto che in tal modo non vi è comunque alcuna limitazione del diritto di difesa e della tutela giurisdizionale, ben potendo le ragioni del privato trovare piena ed adeguata tutela dinanzi al giudice tributario, fornito della giurisdizione in materia.*

*Oltre gli assorbenti rilievi di cui innanzi, vanno svolte le seguenti ulteriori considerazioni.*

*La normativa disciplinatrice del contributo unificato è contenuta nel DPR 30 maggio 2002, n. 115, recante il “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia” ed, in particolare nella Parte II (Voci di spesa), al Titolo I, rubricato “Contributo unificato nel processo civile e amministrativo”.*

*L’articolo 9 dispone che “E’ dovuto il contributo unificato di iscrizione a ruolo, per ciascun grado di giudizio, nel processo civile, compresa la procedura concorsuale e di volontaria giurisdizione, e nel processo amministrativo, secondo gli importi previsti dall’articolo 13 e salvo le esenzioni previste dall’articolo 10”.*

*L’articolo 13, rubricato “Importi”, disciplina, al comma 6-bis, la misura della somma a tale titolo dovuta per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato; in particolare, per quanto di interesse nella presente sede, la lettera e) prevede che “in tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti e per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nei casi ammessi dalla normativa vigente, il contributo dovuto è di euro 650”.*

*Rilevante è, poi, la disposizione del successivo comma 6-bis.1., a mente del quale “Gli importi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 6-bis sono aumentati della metà ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax, ai sensi dell’articolo 136 del codice del processo amministrativo…ovvero quando la parte ometta di indicare il codice fiscale nel ricorso. L’onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza…”.*

*Dal combinato disposto delle richiamate previsioni normative si desume che il contributo unificato è dovuto anche per il caso di proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e che lo stesso viene corrisposto dal soggetto che propone il ricorso.*

*Deve, peraltro, essere verificato se trovi applicazione anche per il ricorso straordinario la regola in base alla quale il relativo onere è a definitivo carico della parte soccombente.*

*La Sezione ritiene di dare al quesito risposta negativa.*

*Invero, la disposizione prevede che lo stesso “è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche in caso di compensazione giudiziale delle spese…”.*

*L’inciso “giudiziale” ed il riferimento all’istituto della compensazione delle spese lasciano intendere che la norma trovi applicazione solo per le ipotesi nelle quali è previsto l’istituto delle spese e della loro regolazione da parte dell’organo decidente.*

*Ciò, come sopra visto, è possibile solo nei procedimenti giurisdizionali e non anche nel procedimento che si instaura con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che resta pertanto escluso dall’applicazione della suddetta regola dell’onere a definitivo carico della parte soccombente.*

*Rilevante, ai fini della non applicabilità della disposizione in materia di gravame straordinario, è poi l’indicazione del tipo di provvedimento dal quale dedurre la situazione di soccombenza della parte.*

*Il richiamato comma 6-bis.1. prevede che, al fine della individuazione del soggetto sul quale grava in via definitiva l’onere del contributo unificato, “la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza”.*

*Vi è, dunque, riferimento alla “sentenza”, la quale è un tipico provvedimento del giudice, proprio dei procedimenti giurisdizionali, non rinvenibile nel ricorso straordinario, il quale viene deciso con un decreto del Presidente della Repubblica e previo parere del Consiglio di Stato in sede consultiva.*

*I sopra esposti elementi letterali inducono, pertanto, a ritenere che, in assenza di espresse previsioni normative inequivocabilmente riferite anche al ricorso straordinario, la regola della soccombenza, ai fini del definitivo carico del tributo, possa operare solo per i procedimenti giurisdizionali.*

*Né risulta in senso contrario dirimente l’indicazione della lettera e) del comma 6-bis, contenuta nella prima parte della disposizione [la lettera e) prevede l’importo del contributo unificato dovuto per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica], nel senso che il rinvio ai “suddetti contributi” (e, dunque, anche alle previsioni della lettera e), operato nel secondo periodo del comma 6-bis.1., debba far ritenere applicabile la regola della soccombenza anche in materia di ricorso straordinario.*

*Vi è, invero, che la richiamata lettera e) non contempla in via esclusiva l’importo del contributo dovuto per il ricorso straordinario, ma, con previsione residuale, si riferisce anche “a tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti”, onde la regola della soccombenza, limitata alla sola ipotesi di procedimenti che si concludono con sentenza, ben può avere un senso come riferita ai soli procedimenti tipicamente giurisdizionali rientranti nelle previsioni della lettera e) diversi dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

*D’altra parte, l’espresso riferimento normativo alla richiamata lettera e) non riguarda direttamente la regolazione del contributo unificato in caso di soccombenza, ma la distinta e specifica disposizione secondo cui “gli importi…sono aumentati della metà ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax…ovvero qualora la parte ometta di indicare il codice fiscale nel ricorso”.”*

Nel medesimo senso, i sopra esposti elementi letterali sono stati valorizzati anche nel parere **Cons. Stato, sez. I, n. 936/2021**.

# **33. Ricorso al Presidente della Regione Sicilia e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica**

# **33.1 Origini e fonti normative del ricorso al Presidente della Regione Sicilia**

*Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana trova fondamento in una disposizione di rango costituzionale.*

*Infatti, l'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana di cui alla legge costituzionale n. 2 del 1948 prevede innanzitutto, nei primi due commi, che gli organi giurisdizionali centrali hanno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione e, in particolare, le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgono le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile.*

*Lo stesso art. 23, al comma 4, prevede poi che: "I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato".*

*In linea generale, come è stato notato, la disposizione statutaria sarebbe finalizzata a: disporre in sede locale di organi giurisdizionali dotati di una specifica competenza nelle materie spettanti alla legislazione esclusiva delle Regione Siciliana; rendere maggiormente fruibile il sistema giurisdizionale tradizionalmente concentrato in sede centrale; completare un quadro di organizzazione amministrativa che prendeva a modello il sistema statale.*

*E infatti, l'assetto complessivo del Governo regionale ripropone sostanzialmente quello dello Stato. Se ne ha conferma dal d.p.r. 29 gennaio 1982, n. 125, recante "Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Siciliana per l'attribuzione al Presidente della Regione, nell'esercizio delle funzioni esecutive ed amministrative di competenza regionale, della adozione dei provvedimenti demandati al Capo dello Stato".*

*Tale decreto ha stabilito che:*

*- nell'esercizio delle funzioni esecutive ed amministrative spettanti alla regione ai sensi dello statuto e delle norme di attuazione, spetta al presidente della regione adottare, nel territorio regionale, i provvedimenti demandati al Capo dello Stato; qualora detti provvedimenti debbano essere adottati previa deliberazione del Consiglio dei Ministri o su proposta dei Ministri competenti, il presidente della regione provvede previa deliberazione della giunta regionale o su proposta degli assessori regionali competenti per materia (art. 1);*

*- laddove l'emanazione dei provvedimenti di cui all'art. 1 debba essere preceduta da pareri di organi consultivi, l'amministrazione regionale si avvale dei propri organi consultivi ovvero, in mancanza di questi, dei competenti organi dello Stato, sino a quando la regione non avrà diversamente provveduto; se l’amministrazione regionale è tenuta a richiedere pareri di organi consultivi dello Stato, questi sono direttamente richiesti dal presidente della regione (art. 2).*

*Nel quadro appena tratteggiato si colloca anche l'estensione al Presidente della Regione del potere decisorio dei ricorsi straordinari.*

*8. Come noto, il ricorso straordinario al Capo dello Stato non gode di una diretta disciplina in Costituzione, sebbene sia con essa compatibile, come in più occasioni ha messo in evidenza la stessa Corte costituzionale.*

*E’ inoltre da escludere che l’art. 23, comma 4, dello Statuto abbia garantito, in via indiretta, una copertura costituzionale all’istituto del ricorso straordinario. Tale disposizione si è infatti limitata a prevedere la competenza del Presidente della Regione presupponendo la disciplina data dalla normativa statale, sebbene non manchino taluni tratti distintivi, tra cui quelli concernenti la composizione della Sezione chiamata a esprimere il parere e il procedimento (sul rilievo dei tratti distintivi, cfr. in particolare CGARS, parere n. 61/2020 reso nell’adunanza del 25 febbraio 2020).*

*Peraltro, nell'applicazione dell'art. 23, comma 4, dello Statuto non è stato posto in dubbio – almeno in termini di diritto positivo - che, ai fini della disciplina dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, debba aversi riguardo alla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Tuttavia sono comunque necessari una serie di adattamenti imposti, se non altro, dalla palese necessità di sostituire i riferimenti agli organi statali previsti dal DPR n. 1199/1971 con i riferimenti agli organi regionali.* (**Cons. Stato, sez. I, n. 203/2021**).

# **33.2 La tipologia degli atti impugnabili con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia**

Quanto alla tipologia di atti impugnabili con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia, con particolare riferimento agli atti adottati dai Comuni siciliani, giova riportare anche su questo punto le parole del parere **Cons. Stato, sez. I, n. 203/2021**: “*una delle specifiche connotazioni del ricorso straordinario regionale è costituita dalla tipologia degli atti impugnabili: gli atti regionali.*

*Tali sono gli atti regionali che soddisfano entrambe le seguenti condizioni: essere atti regionali tanto in senso soggettivo quanto in senso oggettivo.*

*Per costante giurisprudenza del CGARS (cfr., ad esempio, sez. riun., 18 ottobre 2016, n. 99/16 e 18 ottobre 2011, n. 272/11; n. 333/2020), è infatti riconosciuta la competenza del Presidente della Regione a conoscere solo delle controversie suscitate dagli atti soggettivamente ed oggettivamente regionali e non anche degli atti non riconducibili alla Regione, pur se adottati nel territorio siciliano, per cui, ad esempio, non rivestono il carattere di atti amministrativi regionali i provvedimenti emanati da un organo periferico statale in materia non trasferita alla Regione.*

*Attualmente, la disciplina speciale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana è affidata al d.lgs. n. 373/2003 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), il cui art. 9, comma 4, stabilisce che sui ricorsi straordinari di cui all'articolo 23 dello Statuto il parere è obbligatorio ed è reso dalla adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa. Per la validità dell'adunanza è richiesta la presenza di almeno nove membri. Il comma 5 prevede poi che, qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale.*

*In materia intervengono poi circolari esplicative della Presidenza della Regione Siciliana.*

*10. Assume – e ha assunto – un rilievo cruciale, rispetto al caso di specie relativo al provvedimento comunale, l’estensione riconosciuta alla locuzione “atti amministrativi regionali”.*

*Per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla base dell'art. 23, comma 4, dello Statuto della Regione Siciliana, gli atti amministrativi emanati dagli organi regionali “o da organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, ivi compresi, quindi, quelli degli Enti locali, possono essere impugnati con ricorso straordinario diretto al Presidente della Regione - che li decide (con istruttoria compiuta dal competente assessorato), sentito il Consiglio di Giustizia amministrativa - e non possono, pertanto, formare oggetto di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica” (Cfr. da ultimo Cons. St., Sez. I, n. 538/2020 e, in termini analoghi, Cons. Stato, Sez. I, n. 4671/2010 del 7 luglio 2010; Sez. IV, n. 1646 del 13 ottobre 2007; Sez. I, n. 538 del 19 gennaio 1979; , n. 4671/2010, n. 2395/2013, n. 901/2019, n. 2895/2019).*

*Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS) pronuncia ordinariamente un cospicuo numero di pareri relativi a ricorsi straordinari avverso provvedimenti di Comuni della Regione Siciliana.*

*In un parere non recente (17 luglio 1984, n. 104), il CGARS a sezioni riunite ha evidenziato che “la categoria degli atti amministrativi regionali di cui all’art. 23, u.c., Stat. Sic., non comprende soltanto atti dell’amministrazione diretta della Regione (atti soggettivamente regionali), ma anche quelli di tutti gli altri enti della Sicilia - tra cui i Comuni - incardinati nell’organizzazione amministrativa indiretta della medesima e persino quelli delle autorità statali, sedenti nell’Isola, emanati in materia di competenza regionale”. I Comuni siciliani sarebbero compresi tra gli enti per i quali vale la competenza e un potere di supremazia da parte della Regione cui corrisponderebbe una posizione di soggezione da parte dei medesimi Comuni.*

*11. La Sezione ritiene che, per potere pronunciarsi sull’odierno ricorso straordinario, occorra sottoporre a un attento scrutinio i presupposti che hanno indotto la giurisprudenza a dichiarare inammissibili i ricorsi straordinari avverso provvedimenti di Comuni siciliani, presentati al Consiglio di Stato.*

*In particolare appare necessario operare due tipi di riscontro.*

*Il primo consiste nella riconducibilità dei Comuni della Regione Siciliana alla categoria degli “organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione” alla stregua di quanto finora elaborato dalla citata giurisprudenza.*

*Il secondo riscontro, subordinato all’esito negativo del primo, è costituito dalla verifica circa la sussistenza di un altro titolo, in grado di configurare i provvedimenti dei comuni della Regione Siciliana alla stregua di “atti regionali”, secondo quanto previsto dall’art. 23, comma 4, dello Statuto della Regione Siciliana.*

*E’ di tutta evidenza che, nell’ipotesi in cui entrambi i riscontri dovessero offrire un esito negativo, si dovrebbe trarre la conclusione che i provvedimenti comunali in questione non possano essere assimilati agli atti regionali e che sia competente il Consiglio di Stato – e non il CGARS – sui relativi ricorsi straordinari, con l’ulteriore conseguenza che l’odierno ricorso risulterebbe ammissibile.*

*La Sezione, per le ragioni esposte di seguito, ritiene che debba essere data risposta negativa al primo riscontro e risposta positiva al secondo, per cui il ricorso odierno è inammissibile.*

*12. Venendo al primo profilo, infatti, non può essere eluso un aspetto che ha segnato in maniera inequivocabile nel nostro ordinamento la configurazione degli enti locali (a partire da Comuni e Province) a far tempo dal 2001.*

*Con la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione (legge costituzionale n. 3/2001) è stata complessivamente potenziata l’autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria degli enti territoriali e, al loro interno e per quanto qui rileva, dei Comuni.*

*In particolare, il “nuovo” art. 114 Cost., oltre a elencare tutti gli enti territoriali che, a partire dai Comuni, compongono la Repubblica (primo comma), riconosce sia agli enti locali (Comuni, Province, Città metropolitane) sia alle Regioni la natura di enti autonomi, ponendoli su un piano di pari dignità istituzionale, pur nella distinzione dei rispettivi poteri e prerogative.*

*In tal modo, quindi, l’art. 114 Cost. - come è stato notato anche da numerosi commentatori - riconoscendo agli enti locali pari dignità istituzionale rispetto agli «enti maggiori», avrebbe sancito un pluralismo istituzionale paritario, sì da non consentire più rapporti di gerarchia o anche solo di preminenza tra i diversi enti che compongono la Repubblica.*

*Sarebbe così venuta meno la struttura verticale delle autonomie territoriali, propria della Costituzione del 1948, in favore di un sistema istituzionale costituito da una pluralità di enti, tra loro integrati ma autonomi, sia pure connotati da diverse tipologie e gradazioni di poteri e funzioni.*

*Né si può omettere di annotare che, con la riforma del Titolo V, sono stati abrogati gli artt. 125 (controlli amministrativi statali sulle Regioni) e 130 (controlli delle Regioni sugli enti locali) Cost. Per quanto l’art. 114 Cost. costituisca una enunciazione di principio destinata a trovare immediata declinazione nelle successive disposizioni costituzionali e nelle relative interpretazioni e applicazioni, la novella costituzionale presenta un rilievo e ricadute che l’interprete non può trascurare.*

*Sebbene sia da dubitare della totale e diretta applicabilità del nuovo Titolo V alle Regioni a statuto speciale, se non altro in virtù dell’art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001, in base a cui, sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite, tuttavia non può lasciare indifferenti l’introduzione di un canone costituzionale di tale rilievo, anche solo nella qualificazione dei rapporti tra Regioni a statuto speciale e Comuni insistenti sul relativo territorio, ai fini del riparto di competenze sui ricorsi straordinari.*

*13. Non è dato riscontrare nella giurisprudenza costituzionale l’enucleazione di un netto principio per ricomprendere anche gli enti locali (quali comuni e province) nella ponderazione della più ampia autonomia e dunque per concludere circa la diretta applicabilità della riforma costituzionale (es. l’ art. 114 Cost.) alle Regioni a statuto speciale.*

*Occorre dunque valutare se possa essere pretermessa, in sede interpretativa, qualsiasi lettura adeguatrice, se non altro al fine di determinare la giurisdizione (alias competenza) per il ricorso straordinario.*

*14. Come si è visto, la competenza del Consiglio di Stato a decidere sui ricorsi straordinari per l’annullamento di provvedimenti di Comuni della Regione Siciliana è stata esclusa, con l’inclusione dei provvedimenti dei Comuni medesimi tra quelli degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, sì da poterli considerare facenti parte degli atti regionali di cui all’art. 23, comma 4, dello Statuto.*

*Una interpretazione del genere, ad avviso della Sezione, va adeguata alle disposizioni costituzionali citate, a partire dall’art. 114 Cost., e ai principi enucleabili dalla riforma costituzionale.*

*Quale che sia l’estensione dell’art. 10 della legge cost. n. 3/2001 alla Regione Siciliana è da escludere che gli atti degli enti locali (i comuni, nel caso di specie) siano da ricomprendere ancora tra gli atti della Regione in quanto organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione.*

*Il primo riscontro produce pertanto un esito negativo.*

*15. A un esito diverso approda invece il secondo riscontro.*

*Con riferimento al testo dello Statuto siciliano, viene in rilievo l’attribuzione all’Assemblea regionale della legislazione esclusiva nella materia “regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative” (art. 14, comma 1). Inoltre, l'ordinamento degli enti locali si basa nella Regione stessa sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria ed è nel quadro di tali principi generali che spetta alla Regione la legislazione esclusiva e l'esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali (art. 15, commi 2 e 3).*

*Occorre allora considerare se i provvedimenti comunali siano da ricomprendere tra gli atti regionali in quanto riferiti al territorio regionale (“atti nella Regione” e non “atti della Regione”) e in presenza di una competenza legislativa regionale di carattere generale sull’ordinamento degli enti locali.*

*La competenza legislativa non importerebbe un automatico effetto di supremazia e direzione ma si risolverebbe in un’attrazione dei provvedimenti comunali nell’alveo regionale proprio ex art. 23, comma 4, dello Statuto.*

*Una soluzione del genere risulta coerente tanto con lo Statuto quanto con il quadro costituzionale sopra delineato né contrasta con la prospettata e tradizionale ricostruzione degli atti regionali da intendersi congiuntamente in senso soggettivo e in senso oggettivo.*

*Il titolo che conduce a un esito positivo del secondo riscontro, salvaguardando i profili di rilievo costituzionale già richiamati, e a confermare l’inammissibilità dei ricorsi straordinari presentati al Consiglio di Stato avverso provvedimenti di Comuni siciliani, è quindi da indentificare nella compresenza dei seguenti elementi: l’adozione dei provvedimenti da parte di enti (i Comuni) insistenti sul territorio comunale; la competenza legislativa regionale di carattere generale sull’ordinamento degli enti locali.”*

Con particolare riferimento alle distinte competenze dei sindaci, in sede di ricorso straordinario avverso i provvedimenti dei Comuni della Sicilia - e ai fini della individuazione della competenza del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana - va distinto il caso in cui vi sia l’esercizio delle competenze proprie di cui all’art. 50, comma 5, del Testo unico degli enti locali, relative ai casi di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, in cui il provvedimento sindacale è stato adottato nell’esercizio di funzioni proprie del sindaco, dal diverso caso in cui il provvedimento sia stato adottato dal sindaco nell’esercizio di funzioni di competenza statale in veste di ufficiale del Governo in relazione al quale v’è competenza del Consiglio di Stato. (**Cons. Stato, sez. I, n. 203/2021** e **Cons. Stato, Sez. I, parere n. 2458/2017**).

# **33.3 Rilievi critici della disciplina del ricorso al Presidente della Regione Sicilia**

Nella disamina relativa al ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia, il già richiamato parere **Cons. Stato, sez. I, n. 203/2021** non manca di mettere in luce alcune criticità dell’istituto con particolare riferimento al valore non vincolante del parere adottato dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, a differenza di quanto previsto per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

*“Il parere del Consiglio di Stato ha dunque assunto i connotati di una vera e propria “decisione” vincolante.*

*Ebbene, come ha ricordato questa Sezione con il parere n. 2848 del 12 novembre 2019, la sentenza della Corte costituzionale 9 febbraio 2018, n. 24, ha affrontato trasversalmente la questione dell’applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo, sottolineando che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo e che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggono conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo, come confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio, in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell’art. 6 della CEDU.*

*In particolare, nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte EDU aveva ricostruito la disciplina dell’istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed escluso che esso – con riferimento al ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricadesse nell’ambito di applicazione della Convenzione.*

*In tale pronuncia era stato sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure era stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) aveva scelto esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione.*

*Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica.*

*Ad analoghe conclusioni la Corte di Strasburgo è giunta nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, in cui ha ribadito che la parte ricorrente, “presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007”, non aveva avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all’articolo 6 della Convenzione.*

*La Sezione deve tuttavia annotare che, ancor più di recente, la Corte EDU (Sez. I, Mediani c. Italia, 1° ottobre 2020, ric.11036/14) ha riconosciuto – diversamente dal passato - che le tutele della Convenzione EDU (segnatamente l’art. 6 sulla ragionevole durata dei processi) sono riferibili anche al ricorso straordinario.*

*Ciò in ragione delle modifiche legislative intervenute nel 2009 (legge n. 69/2009) e nel 2010 (d.lgs. 104/2010). Il carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, la possibilità di presentare il ricorso straordinario per le materie di competenza del giudice amministrativo, la possibilità di presentare opposizione e di riportare il ricorso davanti al giudice amministrativo, come pure di attivare il giudizio di ottemperanza nel caso di omessa esecuzione del decreto presidenziale in termini analoghi al giudicato amministrativo hanno indotto la Corte EDU a considerare compiuta la trasformazione del ricorso straordinario in un “judicial remedy” e a riconoscerne, ai fini convenzionali, la giurisdizionalizzazione, con l’applicabilità delle conseguenti garanzie.*

*La svolta della Corte EDU si riverbera su un punto nevralgico: l’art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373/2004 consente ancora al Presidente della Regione, a seguito di delibera di Giunta, di disattendere il parere del CGARS, che risulterebbe pertanto obbligatorio ma non vincolante (similmente a quanto accadeva per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, fino al 2009).*

*Le Sezioni Unite della Cassazione (n. 2065/2011) hanno suggerito un effetto abrogativo implicito, sul punto, nei confronti del ricorso al Presidente della Regione Siciliana, dopo la legge 69/2009. Hanno infatti sostenuto che “l'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza, deve trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata - come s'è visto - sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (dovendosi dunque riconoscere carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa e dovendosi ammettere il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere; al riguardo, la dottrina parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del d.lgs. n. 373 del 2003 che contrastino con le previsioni introdotte dell'art. 69 della legge n. 69 del 2009)”.*

*Tuttavia, merita rilevare che il CGARS, nel parere n. 61/2020 sulla “Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana - Disciplina dell'istituto e aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali. Rispetto dei termini per l'istruzione” ha precisato che “il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, nonostante le pur evidenti affinità (soprattutto di carattere procedurale), non è giuridicamente assimilabile…al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica” e ha confermato la permanenza della facoltà per il Presidente della Regione di non dare seguito al parere del CGARS sulla base di una deliberazione del governo regionale.*

*Ha infatti sottolineato (punto n. 12.5 del parere) che la disposizione di cui all’art 9 del d.lgs. n. 370/2003, “in quanto contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373/2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente prevale in parte qua sull’art. 69 della menzionata legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri”.*

*La decisione odierna sulla inammissibilità del ricorso straordinario in esame produce quindi conseguenze sul piano delle garanzie, ulteriormente rimarcate dalla diversa posizione e responsabilità istituzionale del Presidente della Regione Siciliana (nella duplice veste di suprema autorità regionale e di vertice del Governo regionale) rispetto al Presidente della Repubblica.*

*Tali conseguenze si sostanziano, nel ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, nella perdurante facoltà per il Presidente, sulla base di una deliberazione del governo regionale, di non dare seguito al parere del CGARS; a ciò consegue, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, l’impossibilità di fare valere le tutele della Convenzione, a partire dall’art. 6 sulla ragionevole durata dei processi.*

*Al contrario, come si è visto, le medesime tutele sono ora applicabili al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in virtù del carattere decisorio del parere del Consiglio di Stato.*

*Ritiene peraltro la Sezione che vada favorito il rafforzamento delle garanzie offerte dall’ordinamento, nei suoi rapporti con le tutele assicurate dalla Convenzione EDU, quale che sia il rimedio giustiziale (ricorso al Presidente della Repubblica ovvero al Presidente della Regione siciliana). E’ dunque auspicabile che le decisioni in rito sulla inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (in favore del rimedio giustiziale al Presidente della Regione siciliana) non si riflettano in una contrazione delle tutele convenzionali per il singolo.*

*Sulle conseguenze e gli effetti abrogativi della legge n. 69/2009 si sono pronunciati in modo distinto la Suprema Corte di Cassazione e il CGARS, sintomo evidente della necessità di una valutazione e rimeditazione, anche a livello normativo, della questione.*

*17. Per tali motivi il Collegio – in applicazione dell’articolo 58 del r.d. 444/1942 (“Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo”) – ritiene necessario trasmettere il presente parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie per l’eventuale assunzione delle iniziative legislative in materia.”*

# **34. Le istanze di riforma del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica**

Nel corso della trattazione, con particolare riferimento ad alcuni istituti, si è già avuto modo di segnalare la necessità di introdurre alcune modifiche nella disciplina del ricorso straordinario.

Le direttrici lungo le quali dovrebbe muoversi l’auspicata riforma sono le seguenti: 1) adeguamento del ricorso straordinario al mutato contesto normativo; 2) instaurazione diretta del contraddittorio con l’amministrazione che ha emanato l’atto; 3) miglioramento delle norme sulla tutela cautelare; 4) individuazione esatta del possibile contenuto delle decisioni; 5) delega al Presidente del Consiglio di Stato per l’adozione di norme che introducano la “piena” digitalizzazione del ricorso straordinario.

In relazione al punto sub 1), va precisato che il testo attualmente in vigore richiede alcuni “aggiustamenti” dovuti al fatto che i riferimenti normativi ivi contenuti non sempre sono attuali perché ci sono richiami a leggi abrogate e a un quadro giuridico modificato rispetto al 1971.

Con riferimento al punto sub 2), l’esperienza acquisita in quasi 50 anni ha dimostrato la necessità di coinvolgere maggiormente l’amministrazione che ha emanato l’atto – sovente diversa dal Ministero competente per l’istruzione dell’affare – in modo da rendere più efficiente e veloce l’adozione del parere da parte del Consiglio di Stato e la decisione finale con decreto del Presidente della Repubblica.

Quanto al punto sub 3), va ricordato che, dopo l’introduzione della tutela cautelare anche nel ricorso straordinario (articolo 3, comma 4, l. 205/2000), si è realizzata una maggiore tutela del ricorrente. Occorre dunque migliorare tali norme per garantire standard ancora più alti di effettività nella tutela e di celerità nelle decisioni.

Passando al punto sub 4), va rilevato che la formulazione attuale dell’articolo 13 d.P.R.1199/1971 ha reso indispensabile l’opera della giurisprudenza per integrare e migliorare i possibili esiti della decisione. Si rende necessario fare tesoro del “diritto pretorio”, così formatosi, e tradurlo in disposizioni di legge.

L’importanza e l’utilità dello strumento impongono – venendo al punto sub 5) – di adeguare le norme al mutato contesto tecnologico. La riforma stabilisce, ad esempio, la possibilità di trasmettere il ricorso, oltre che con raccomandata, anche per posta elettronica certificata (p.e.c.). È necessario, tuttavia, prevedere l’adozione di regole tecniche per la creazione di una piattaforma digitale all’interno della quale fare operare tutti i soggetti coinvolti nella decisione del ricorso straordinario. Da tale punto di vista, le occasioni di ammodernamento derivanti dal c.d. *recovery fund* devono essere colte anche in questo settore.

In via transitoria, allo scopo di definire molti ricorsi attualmente pendenti presso alcuni Ministeri, si auspica di prevedere che decorsi quattro anni dalla data di notifica del ricorso, il ministero d’ufficio, o su richiesta del Consiglio di Stato, comunichi alla parte apposito avviso in virtù del quale è fatto onere al ricorrente di presentare, entro sessanta giorni dalla data di ricezione dell'avviso, nuova dichiarazione, sottoscritta personalmente, di permanenza dell’interesse alla decisione. In difetto di questa, o nel caso in cui è espressamente dichiarato il venir meno dell’interesse, su concisa relazione del ministero, il ricorso è dichiarato perento, previo parere del Consiglio di Stato. Negli altri casi, il ministero provvede a istruire celermente il ricorso per la decisione.

Si rileva, inoltre, inoltre, l’opportunità dell’adozione di un decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri competente in materia di trasformazione digitale e il Consiglio nazionale forense, per introdurre le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale informatizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Da questo punto di vista, come è noto, la giustizia amministrativa, con il processo amministrativo telematico (PAT), è stata tra i primi paesi al mondo ad aver previsto – anzi, imposto - l’uso delle forme telematiche per tutte le fasi del processo, prevedendo la scomparsa dei tradizionali strumenti cartacei. Onde si impone l’applicazione di tale sistema anche alla funzione consultiva.

# **35. Conclusioni**

La Prima Sezione, in più occasioni – come sopra si è visto - pur ribadendo il progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi giurisdizionali, ha sottolineato la non perfetta equiparabilità dei due rimedi escludendo la totale giurisdizionalizzazione del rimedio.

Ciò sembra in linea con la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale secondo cui tale ricorso consiste in un rimedio giustiziale amministrativo con caratteristiche in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo di cui “*ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali*”.

In effetti, l’applicazione automatica di tutte le regole del processo amministrativo farebbe diventare il rimedio un mero duplicato del ricorso giurisdizionale e, quindi, verrebbe meno proprio il suo carattere di semplicità e speditezza e quindi, forse, la sua stessa ragion d’essere.

Insomma, come diceva Guido Landi tanti anni fa, il ricorso straordinario “*aut sit ut est, aut non sit*”.

Anzi, risuonano qui attuali le considerazioni di Piergiorgio Lignani, riprese poi da Gabriele Pescatore, secondo cui occorre che il rimedio sia recuperato alle sue origini equitative e “graziose”, attraverso un giudizio di legittimità, sempre tecnico, ma più elastico, meno formalistico, “*meno garantito sul piano della difesa e del contraddittorio (ma chi a queste garanzie non vorrà rinunciare avrà sempre agio di rivolgersi ai tribunali) ma con qualche possibilità in più di avere, non ragione, ma giustizia*”.

Quanto all’annosa – anzi secolare - questione della sua utilità – e pur tenendo conto che dopo il Codice del processo amministrativo il rimedio non ha più carattere generale - a fronte della sua origine remota e delle numerose iniziative dirette alla sua soppressione, il rimedio dimostri ancora aspetti di notevole utilità, come si evidenzia dalla qualità e dal numero di pareri che annualmente sono resi.

Del resto, la tesi contraria parte dal presupposto – non condivisibile – che non può esservi giustizia fuori dalla giurisdizione.

Al riguardo vale la pena di segnalare che – sotto il profilo della tempestività della decisione, valore cui oggi l’ordinamento, com’è noto, attribuisce fondamentale rilevanza - se l’istruttoria ministeriale è rapida, il ricorso si definisce in pochi mesi e con una decisione in unico grado.

Rilevante è anche la circostanza che il gravame può proporsi senza il patrocinio di un difensore (il famoso “*foglio di carta*” di cui parlava Giolitti); ciò costituisce un fattore di avvicinamento della giustizia al cittadino, giustizia che non verrà percepita come lontana dalla gente o riservata a pochi danarosi contribuenti.

Orbene, se si parte dall’ovvio presupposto che la giurisdizione è sempre di più una risorsa limitata, il ricorso straordinario – che trova fondamento nell’art. 100, co. 1, Cost. - costituisce uno strumento che può essere annoverato tra le c.d. ADR (*alternative dispute resolution*) poiché ha la funzione precipua di risolvere controversie in modo alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale. Anzi lo è per definizione se si pensa, appunto, al regime dell’alternatività del ricorso straordinario.

Quindi sarebbe incomprensibile la sua eliminazione.

Certo, taluni problemi di funzionalità indubbiamente ci sono e ci sono da tempo. Ma le soluzioni non mancano e sono state proposte.

Non è tempo, dunque, di sopprimere il rimedio giustiziale, anzi sarebbe auspicabile un suo aggiornamento attraverso modifiche legislative mirate.

 **Mario Luigi Torsello**

Presidente di Sezione di Consiglio di Stato

**Chiara Buglia**

 Pubblicato il 15 novembre 2022