

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

di CARMINE VOLPE

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Inquadramento normativo. 3. Evoluzione storica e natura giuridica. 4. I vantaggi connessi alla proposizione del ricorso straordinario. 5. Il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. 6. I presupposti di ammissibilità del ricorso straordinario: a) sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo e applicazione del principio della "*translatio iudicii*". 7. Segue: b) in generale. Definitività del provvedimento impugnato e limitazione ai soli motivi di legittimità. 8. Segue: c) carattere impugnatorio del rimedio, inammissibilità dello stesso in caso di azioni di mero accertamento e di condanna, di accesso, nonché nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo è destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali. 9. Segue: d) atti impugnabili. 10. Segue: e) in particolare, gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione e la fine della concorrenza tra ricorso al giudice ordinario e ricorso straordinario nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. 11. Segue: f) in particolare, non ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario. 12. Segue: g) non esperibilità nel contenzioso sui pubblici appalti, nel contenzioso elettorale e nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano. 13. Segue: h) non ammissibilità allorché sono previsti rimedi giurisdizionali innanzi a giudici speciali e in caso di competenza derogatoria. 14. Presentazione del ricorso, termini e motivi. 15. La trasposizione della controversia all'esame del Tribunale amministrativo regionale. 16. Il contraddittorio e l'accesso. 17. L'istruttoria. 18. Il procedimento: eccezione di costituzionalità; pregiudiziali comunitarie; sospensione dei termini nel periodo feriale; sospensione del giudizio. 19. Il parere del Consiglio di Stato. 20. La decisione del ricorso straordinario. 21. La tutela cautelare. 22. I rimedi avverso la decisione del ricorso straordinario e il parere del Consiglio di Stato: a) l'impugnazione del decreto di decisione del ricorso. 23. Segue: b) la richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato. 24. Segue: c) la correzione di errore materiale del parere del Consiglio di Stato e del decreto di decisione del ricorso. 25. Segue: d) la revocazione. 26. L'esecuzione della decisione del ricorso straordinario e il giudizio di ottemperanza. 27. Considerazioni finali.

1. Introduzione.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica rappresenta il principale e più importante dei mezzi di risoluzione delle liti alternativi al processo innanzi al Tribunale amministrativo

regionale e al Consiglio di Stato (in appello), e costituisce comunque un ulteriore rimedio di tutela del cittadino. Esso non è assimilabile né propriamente agli altri ricorsi amministrativi, né ai procedimenti di amministrazione attiva, rappresentando un procedimento di tipo contenzioso avente significativi parallelismi con i rimedi giurisdizionali (quali la necessità di notifica ai controinteressati, l'ammissibilità per soli vizi di legittimità, la regola dell'alternatività, i rimedi giurisdizionali contro la decisione)^{1[1]}.

L'attualità della ragione giustificatrice dell'istituto è stata da tempo affermata dalla Corte costituzionale, secondo cui "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,...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"^{2[2]}.

L'alternatività con il ricorso innanzi al giudice amministrativo, tuttavia, non è completa dato che il ricorso straordinario, ammesso per motivi di legittimità, ha natura impugnatoria essendo proponibile solo contro gli atti amministrativi e con carattere di definitività [articolo (art.) 8 del decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R.) 24 novembre 1971, n. 1199]^{3[3]}, oltre ad essere escluso in alcune materie (ad esempio, contenzioso sui pubblici appalti e contenzioso elettorale). Al riguardo si rimanda al prosieguo della trattazione.

2. Inquadramento normativo.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si colloca sistematicamente tra i ricorsi amministrativi, ossia tra i rimedi interni all'amministrazione avverso gli atti da questa emanati e lesivi degli interessi dei destinatari. Si tratta di un rimedio di natura giuridica, a carattere generale, di natura impugnatoria, ammesso contro gli atti amministrativi definitivi, siano essi lesivi di interessi legittimi o di diritti soggettivi, e utilizzabile per soli vizi di legittimità^{4[4]}.

^{1[1]} R. De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentato*, Ipsoa, 2012, 2597.

^{2[2]} Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Giur. cost.*, 1986, I, fasc. 12.

^{3[3]} Sono atti definitivi quelli "che costituiscono l'espressione ultima, in linea verticale, della volontà della pubblica amministrazione" (R. De Nictolis, *op. cit.*, 2598).

^{4[4]} In tal senso R. De Nictolis, *op. cit.*, 2012, 2596. Sul ricorso straordinario si veda la copiosa bibliografia citata dall'autrice alle pagine 2596, nonché 2706 e seguenti, oltre, tra gli scritti più recenti: C. Benetazzo, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, n. 9-2012; F. D'Oro, *Un passo in avanti e due indietro verso la <<giurisdizionalizzazione>> del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Riv. amm.*, 2010, I, 235. Si veda anche F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2012, 468 e *Compendio di diritto amministrativo*, Dike, 2012, 781. Di interesse, anche se la giurisprudenza è aggiornata al 2004, P. L. Lodi, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1863. Di rilievo la nota 54 di C. Benetazzo, *op. cit.*, con riguardo a ulteriore bibliografia sul ricorso straordinario.

Il ricorso straordinario, così come gli altri ricorsi amministrativi, non è espressamente previsto dalla Costituzione. Risulta, invece, richiamato da una disposizione di rango costituzionale, quale lo Statuto siciliano di cui al regio decreto legislativo (R.D.Lgs.) 15 maggio 1946, n. 455, approvato con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2; l'art. 23, comma quarto, dello Statuto, dal titolo "Organi giurisdizionali", ha attribuito il relativo potere decisorio al Presidente della giunta regionale^{5[5]}. La conformità dell'istituto del ricorso straordinario con la Costituzione non è in dubbio^{6[6]}.

Il ricorso straordinario non trova disciplina sistematica nel codice del processo amministrativo (c.p.a.), di cui al decreto legislativo (d.lgs.) 2 luglio 2010, n. 104 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010 - che disciplina i ricorsi giurisdizionali - bensì negli art. da 8 e seguenti del d.P.R. n. 1199/1971, dal titolo "Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi".

L'impalcatura originaria del d.P.R. n. 1199/1971 è stata successivamente modificata in parte da interventi della Corte costituzionale (sentenza 29 luglio 1982, n. 148^{7[7]}, relativamente all'art. 10, commi primo e ultimo, dichiarato incostituzionale nella parte in cui, ai fini della prevista facoltà di opposizione dei controinteressati e conseguente trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale, non equipara ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato), e del legislatore con l'art. 69 della legge (l.) 18 giugno 2009, n. 69 (dal titolo "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile")^{8[8]}.

Il citato art. 69 ha previsto la possibilità, in sede di decisione del ricorso straordinario da parte del Consiglio di Stato, di rimettere una questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale (terzo periodo inserito dopo il secondo periodo dell'art. 13, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971) e ha attribuito al parere di competenza del medesimo Consiglio 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 (l'art. 69

^{5[5]} Ai sensi del citato art. 23, comma quarto, "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".

^{6[6]} Per Corte cost. 27 maggio 1961, n. 8, par. 4, un istituto disciplinato da uno statuto regionale, approvato con legge costituzionale, per definizione non può essere di per sé contrastante con la Costituzione. Successivamente la Corte, con la sentenza 1° febbraio 1964, n. 1, pur dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 34 del testo unico approvato col r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, n. 1054 (nella parte in cui non consentiva l'impugnazione della decisione da parte del controinteressato pretermesso), ha corroborato la tesi della compatibilità costituzionale dell'istituto in quanto tale. La stessa Corte costituzionale, in particolare, ha negato la costituzionalizzazione del rimedio, osservando 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" (Corte cost. 31 dicembre 1986 n. 298, in *Giur. cost.*, 1986, I, fasc. 12).

^{7[7]} In *Giust. civ.*, 1982, I, 2273.

^{8[8]} In particolare, sulla riforma del 2009, si veda A. Auletta, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it, n. 6-2012.

della l. n. 69/2009 ha aggiunto un periodo al primo periodo e soppresso il secondo periodo dell'art. 14, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971, nonché abrogato il successivo comma secondo)^{9[9]}.

Il parere del Consiglio di Stato - espressione di un'attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo a garanzia della legalità dell'azione amministrativa e a soddisfazione di un superiore interesse generale - assurge, oggi, a vera e propria decisione del ricorso, da recepire poi solo formalmente nel decreto presidenziale.

Ulteriori interventi normativi in tema di ricorso straordinario sono stati effettuati - senza incidere all'interno del testo del d.P.R. n. 1199/1971 - dalla l. 21 luglio 2000, n. 205 (dal titolo "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"). L'art. 3, comma 2, ha consentito la tutela cautelare per danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto impugnato (con la sospensione dell'atto medesimo disposta con atto motivato del Ministero competente, su conforme parere del Consiglio di Stato)^{10[10]} e l'art. 15 ha previsto che "I pareri del Consiglio di Stato sono pubblici e recano l'indicazione del presidente del collegio e dell'estensore".

Di rilievo, ai fini della relativa disciplina, anche la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993^{11[11]}, dal titolo "Rispetto dei termini per l'istruzione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica".

Nel c.p.a., tuttavia, si incontrano alcune disposizioni che riguardano anche il ricorso straordinario. Si tratta:

- 1) dell'art. 7, comma 8, in tema di giurisdizione amministrativa, secondo cui "Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa";
- 2) dell'art. 48, dal titolo "Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario";
- 3) dell'art. 112, comma 2, lett. b) e d), contenente disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza, secondo cui "L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:...b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;...d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione";

^{9[9]} Prima della riforma del 2009, il Governo poteva discostarsi solo ove fosse "prospettata una decisione del caso concreto che possa arrecare pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione o all'indirizzo politico" e cioè quando il ricorso avesse riguardato interessi legittimi fronteggiati da poteri discrezionali: Corte Cost. 31 dicembre 1986, n. 298, par. 3, in *Giur. cost.*, 1986, I, fasc. 12.

^{10[10]} L'art. 3, comma 2, della l. n. 205/2000 ha legiferato un istituto già da tempo introdotto dalla giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato in sede consultiva. Si deve, infatti, a quest'ultimo la configurazione concreta dell'istituto cautelare nell'ambito del ricorso straordinario, con l'attribuzione della competenza a decidere al ministro competente, previo parere conforme del Consiglio di Stato: si veda, al riguardo, Cons. Stato, comm. spec., 3 maggio 1991, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 533.

^{11[11]} Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 29 luglio 1993, n. 176.

4) dell'art. 120, comma 1, che esclude l'esperibilità del ricorso straordinario avverso “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 connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”;

5) dell'art. 128, per il quale il ricorso straordinario non è ammesso nella materia relativa al contenzioso delle operazioni elettorali (contenzioso che l'art. 126 attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo alle “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”).

Le citate norme del codice sono quelle originarie di cui al d.lgs. n. 104/2010, non avendo subito modificazioni dai successivi decreti correttivi (d.lgs. 31 marzo 2001, n. 58, 15 novembre 2011, n. 195 e 14 settembre 2012, n. 160).

Va comunque osservato che la delega contenuta nell'art. 44 della l. n. 69/2009 riguarda (comma 1) “il 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 principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”. L'ambito del riordino dei ricorsi amministrativi, quindi, starebbe a rigore al di fuori dell'oggetto della delega. Il che potrebbe far dubitare della rispondenza ai vincoli di cui all'art. 77 della Cost. (per eccesso di delega) di norme contenute nel codice che dispongono in merito al ricorso straordinario. Tuttavia, la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio (si rimanda al paragrafo 3) consente al legislatore delegato, al fine di “riassetto” il processo amministrativo, di intervenire anche sul ricorso straordinario.

L'opera di avvicinamento legislativo del ricorso straordinario al ricorso al giudice amministrativo si è ulteriormente connotata con la previsione del pagamento, a carico del ricorrente, del contributo unificato nell'importo di euro 600, da parte dell'art. 37, comma 6, lett. s), del decreto legge (d.l.) 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 [la relativa disposizione si trova ora nell'art. 13, comma 6-bis, lett. e), del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, dal titolo “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)”, sostituito dal citato art. 37, comma 6, lett. s) e modificato dall'art. 2, comma 35-bis, lett. d), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148].

Nella Regione Siciliana le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono svolte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto speciale e del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (dal titolo “Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”)^{12[12]}. Le disposizioni del d.lgs. n. 373/2003 sul ricorso straordinario, in contrasto con quelle introdotte dall'art. 69 della l. n. 69/2009, vanno ritenute tacitamente abrogate^{13[13]}.

3. Evoluzione storica e natura giuridica.

Nell'evoluzione storica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica possono individuarsi quattro fasi^{14[14]}.

La prima, che vede la nascita del ricorso straordinario come forma di “giustizia ritenuta”, ossia come ricorso al Re, il quale riservava a sé di decidere, con finalità di grazia per il cittadino, la tutela estrema di controversie tra questi e la pubblica amministrazione (Costituzioni piemontesi del 1723 e Statuto albertino).

La seconda, legata a una serie di interventi che vanno dal 1859 al 1907 con i quali (attraverso la previsione del parere del Consiglio di Stato, l'attribuzione dell'istruzione del procedimento al Ministro, la fissazione di un termine per la predisposizione del ricorso e di un certo contraddittorio), il ricorso straordinario transitava nell'area della giustizia, non più ritenuta ma delegata, e assumeva forma analoga a quella dei ricorsi amministrativi.

La terza, costituita da un percorso di progressivo avvicinamento all'area della giurisdizionalità. Ciò nel periodo in cui il ricorso straordinario svolse una funzione essenziale di tutela delle posizioni oggettive di così detto mero interesse legittimo nel sistema della giurisdizione unica instaurato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo [l. 20 marzo 1865, n. 2248 (all. E)], che aveva riservato all'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione.

La quarta, caratterizzata – una volta creato un giudice per gli interessi legittimi con la legge Crispi (l. 31 marzo 1889, n. 5992), la quale affiancò alle tre precedenti sezioni del Consiglio di Stato una quarta sezione (che poi acquisì natura giurisdizionale) cui fu appunto affidata la tutela di quegli interessi, ponendosi le basi della parallela giurisdizione amministrativa generale di legittimità

^{12[12]} Ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 373/2003, “Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”.

^{13[13]} Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Foro it.*, 2011, 3, I, 742.

^{14[14]} S. Morelli, *L'opposizione al ricorso straordinario al Capo dello Stato nel quadro attuale dei rapporti con il ricorso giurisdizionale*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 355. Per una dettagliata e approfondita ricostruzione storica del rimedio del ricorso straordinario si rimanda a L. Maruotti, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, 2011, 467. Si veda anche C. Benetazzo, *op. cit.*, 2.

e del sistema di doppia giurisdizione che avrebbe sostituito il sistema di giurisdizione unica quale disegnato dal legislatore del 1865 – dalla sovrapposizione dei due rimedi del ricorso straordinario e del ricorso giurisdizionale (rispondenti entrambi alla stessa funzione sostanziale di tutela dell'interesse del cittadino attraverso il sindacato sulla legittimità dell'atto e il suo eventuale annullamento), che si sono poi coordinati in chiave di alternatività

Sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si è espresso recentemente il Consiglio di Stato, con il parere delle sezioni riunite I e II, 7 maggio 2002, n. 4648/2010^{15[15]}. La ricostruzione, oltre che di rilievo per il contenuto storico, costituisce una sorta di interpretazione “autentica”, provenendo dal medesimo organo (il Consiglio di Stato) a cui la legge demanda la decisione del ricorso straordinario. Si riporta di seguito il contenuto rilevante del parere.

<<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).

^{15[15]} In *Giurisdizione amministrativa*, 2012, anteprima, 44. Sull'evoluzione della questione della natura giuridica del ricorso straordinario, si veda C. Benetazzo, *op. cit.*, 8 e seguenti.

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 inadempiti, 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 provvedimentoale.

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 decisorii 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 Romoslov 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.

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.>>.

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato (citato parere delle sezioni riunite I e II, 7 maggio 2002, n. 4648/2010), il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce rimedio "tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo".

Questa tesi era già quella prevalente della dottrina immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; secondo cui l'istituto era sopravvissuto e la decisione resa nel regime dell'alternatività conforme al parere era "formalmente amministrativa e sostanzialmente giurisdizionale"^{16[16]}.

^{16[16]} L. Maruotti, *op. cit.*, 473, il quale richiama la seguente dottrina: <<Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1967, II, 1122, Nigro *Decisione amministrativa*, in *Edd*, 1962, *Scoca Rel. Pres. Cons. Min. 1956-1960*, 1961, v. I, XXIX; Lucifredi, in *La giustizia nell'amministrazione*, in *Atti del III convegno di Varenna del 1957*, 119, per il quale la decisione del Capo dello Stato ha «carattere ibrido», «sostanzialmente giurisdizionale»; Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia costituzionale*, in *Riv. trib. dir. pubb.*, 1959, 820, per il quale la decisione doveva essere «paragonata alle sentenze della Cassazione»>>.

Parte della dottrina^{17[17]} ritiene, invece, che, attualmente, il ricorso straordinario e quello al Tribunale amministrativo regionale si pongano in chiave di alternatività “nella” giurisdizione amministrativa, perché con uno dei due rimedi – e salva la possibilità di chiedere la decisione della lite nei due gradi del giudizio^{18[18]} – può essere domandata la tutela cautelare e sono proponibili questioni di costituzionalità o pregiudiziali comunitarie, mentre le relative decisioni finali sono idonee a formare un giudicato formale, revocabili ai sensi dell’art. 395 del codice di procedura civile (c.p.c.) e sono eseguibili in via coattiva col giudizio d’ottemperanza.

In sostanza l’art. 69 della l. n. 69/2009 ha completato il processo di giurisdizionalizzazione del rimedio alternativo del ricorso straordinario, eliminando i residui dubbi sulla natura para-giudiziale e non meramente amministrativa del rimedio^{19[19]}. Il quale diventa un rimedio giurisdizionale speciale all’interno del sistema della giurisdizione amministrativa; e, in particolare, un rito speciale in unico grado, frutto della libera scelta delle parti del giudizio^{20[20]}.

La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, così come del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana che sul primo è modellato, è affermata anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con il parere delle sez. riunite, 10 luglio 2012, n. 1581/2011^{21[21]}. Al fine di concedere al ricorrente (in applicazione del principio della “*translatio iudicii*”) un termine per l’eventuale riproposizione del gravame, il Consiglio di giustizia amministrativa ha preso posizione sulla preliminare qualificazione del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana come “giurisdizione amministrativa”, e sulla corrispondente qualificazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato

^{17[17]} L. Maruotti, *op. cit.*, 482 e 484. Secondo l’autore “Si è così concluso un lungo percorso legislativo, che ha nuovamente riconosciuto all’istituto l’originaria natura giurisdizionale, rilevata sino alla prima metà del Novecento: la decisione, fino al 2009 definibile come eventuale *actus trius auctoritatum* (Consiglio di Stato, Governo, Presidente della Repubblica), è ora un *actus duorum auctoritatum* (Consiglio di Stato e Presidente della Repubblica), riferibile ad organi di cui è indiscussa l’indipendenza e qualificabile come pronuncia giurisdizionale del Consiglio di Stato. Con la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità e l’eliminazione del potere discrezionale del Governo (art. 69 della legge n. 69 del 2009) e con l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza (art. 112 del Codice), in coerenza con le preesistenti regole sulla tutela cautelare e sulla immutabilità del giudicato (art. 3, comma 4, della legge n. 205 del 2000 e art. 15 del decreto legislativo n. 1199 del 1971), è stato così pienamente attuato il principio di effettività della tutela quale corollario della alternatività, in ossequio ai principi del diritto europeo”.

Il medesimo autore aggiunge che il nuovo orientamento giurisprudenziale sul giudizio di ottemperanza “risulta basato sull’art. 69 della legge n. 69 del 2009, il quale - nell’imporre la qualificazione *ex tunc* ‘non amministrativa’ della decisione straordinaria - ha equiparato senza eccezioni gli effetti della decisione straordinaria a quelli della sentenza del Consiglio di Stato, sicché la sua immutabilità comunque giustifica il giudizio d’ottemperanza”.

^{18[18]} Secondo Corte Cost., ordinanza, 31 marzo 1988, n. 395, per il processo amministrativo non è stata costituzionalizzata la regola del doppio grado del giudizio.

^{19[19]} R. Chieppa, *Commento al Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, 2010.

^{20[20]} In tal senso, espressamente, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 472.

^{21[21]} In www.giustizia-amministrativa.it. Nel parere viene affermata e riconosciuta al ricorso straordinario al Capo dello Stato la specifica connotazione di sostanziale “giurisdizione amministrativa”. La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario era stata già affermata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con le sentenze 23 settembre 2009, n. 880 e 18 maggio 2009, n. 415, in www.giustizia-amministrativa.it.

come ulteriore e diversa "giurisdizione amministrativa", qualificabile come "giudice nazionale", ritenuto munito di giurisdizione ai sensi dell'art. 59 della l. n. 69/2009^{22[22]}.

Rimane, quindi, minoritaria in dottrina la tesi secondo cui "pur a seguito delle recenti modifiche, il ricorso straordinario non possa essere ricondotto all'area della giurisdizione" dovendosi riaffermare la sua "natura amministrativa"^{23[23]}.

4. I vantaggi connessi alla proposizione del ricorso straordinario.

Il rimedio del ricorso straordinario costituisce un attuale e utile strumento di tutela per i cittadini nei confronti della pubblica amministrazione. Alcuni vantaggi connessi alla sua presentazione sono indubbi, quali^{24[24]}:

- il termine di presentazione doppio (centoventi giorni) rispetto al ricorso giurisdizionale, che consente di utilizzarlo quando sono scaduti i termini per la proposizione di quest'ultimo;

- la sua sostanziale gratuità, non essendo necessario il patrocinio di difensore tecnico; peraltro, dal 7 luglio 2011 si applica anche a tale rimedio il contributo unificato nella misura di euro 600 [art. 13, comma 6-bis, del d.P.R. n. 115/2002, come novellato dall'art. 37, comma 6, lett. s), del d.l. n. 98/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011];

- la rapidità del relativo procedimento, che si svolge in unico grado e secondo precisi tempi procedurali (con riguardo alla fase istruttoria davanti alla pubblica amministrazione si veda l'art. 11 del d.lgs. n. 1199/1971).

Inoltre, i tempi per la formulazione del parere da parte del Consiglio di Stato sono piuttosto celeri, in considerazione del ridotto carico di lavoro delle sezioni consultive a seguito del venire meno, con l'art. 17, comma 25, della l. 15 giugno 1997, n. 127, della maggior parte dei casi di parere obbligatorio del Consiglio di Stato^{25[25]}.

5. Il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale.

^{22[22]} Di interesse l'introduzione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica riportata da Wikipedia, in <http://it.wikipedia.org>, secondo cui: "Nell'ordinamento italiano il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era un peculiare ricorso amministrativo, alternativo ai ricorsi giurisdizionali, prodotto da chi voleva tutelare un proprio diritto o interesse legittimo, contro atti della pubblica amministrazione. In conseguenza dell'intervento del legislatore, che con la L. n. 69 del 2009 art. 69 è intervenuto in revisione sull'istituto, oggi possiamo considerare il Ricorso Straordinario al Capo dello Stato un vero e proprio rimedio giurisdizionale. Tutto questo in ossequio ai principi di effettività di tutela affermati dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (i cui artt. 6 e 13 impongono che i rimedi di giustizia siano effettivi e non rimangano illusori). Detto art. 69, infatti, prevedendo la possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare, ove sia necessario, questione di legittimità costituzionale e prevedendo un'interpretazione autentica delle precedenti norme in materia ha contribuito ad eliminare tutti i dubbi che via via nel tempo si sono posti sulla natura giurisdizionale di tale rimedio".

^{23[23]} C. Benetazzo, *op. cit.*, 49.

^{24[24]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2598.

^{25[25]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2609. C. Benetazzo, *op. cit.*, 3, sottolinea come i dati statistici evidenziano un largo uso del ricorso straordinario nella pratica, rimandando sul punto a M. Immordino, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Torino, 2011, 623.

Il principio dell'alternatività è codificato dall'art. 8, comma secondo, del d.P.R. n. 1199/1971 - secondo cui "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato" - e lo era dall'art. 20, comma 4, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, abrogato dal c.p.a. - secondo cui "Quando sia stato promosso ricorso al tribunale amministrativo regionale è escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica". Ma l'origine del divieto di cumulo dei due mezzi, per evitare il possibile conflitto dei giudizi, risale all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (1889) e ha costituito una caratteristica costante del rapporto tra i due strumenti (art. 34, comma secondo, del r.d. n. 1054/1924, abrogato dal c.p.a.) insieme alla conseguente trasponibilità a seguito di opposizione (citato art. 34, comma terzo). Ciò dà conto che si tratta di due percorsi equiordinati perché coordinati mediante questo dispositivo di "riduzione a unità".

Il principio dell'alternatività (che nel rapporto ricorso al giudice amministrativo-ricorso straordinario è bidirezionale, in quanto anche la previa proposizione del ricorso straordinario preclude il ricorso giurisdizionale), con il suo corollario della trasponibilità, è forse il principale riferimento del carattere giustiziale, e ormai giurisdizionale, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Esso rappresenta il raccordo tecnico-procedimentale che assicura la linearità, l'univocità e la non contraddizione della risposta di giustizia, imponendo di convertire, all'occasione, il parallelismo di base tra i due ricorsi in convergenza riguardo alla decisione.

La regola dell'alternatività è intesa ad evitare che sullo stesso atto amministrativo intervengano due pronunce giustiziali diverse (divieto del *ne bis in idem*) e che il Consiglio di Stato si pronunci due volte sullo stesso atto (attraverso il parere vincolante reso in sede di ricorso straordinario e come giudice di appello in sede di ricorso giurisdizionale).

Il principio comporta l'inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo proposto contro lo stesso atto impugnato in via straordinaria; sia per il ricorrente, sia per i controinteressati che non si siano avvalsi della facoltà di chiedere la decisione del ricorso in sede giurisdizionale (art. 10, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971) e ha significativi riflessi sull'impugnazione in sede giurisdizionale della decisione del ricorso straordinario, ammessa solo "per vizi di forma o di procedimento" (art. 10, comma terzo, del d.P.R. citato), salvo che per i controinteressati che non siano stati posti nella condizione di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale. E comporta anche l'inammissibilità del ricorso straordinario qualora l'atto sia stato già impugnato con ricorso giurisdizionale.

Il controinteressato cui sia stato notificato il ricorso straordinario è facoltizzato ad opporsi al seguito della trattazione del gravame amministrativo in sede giustiziale, restandogli altrimenti preclusa - al pari del ricorrente, in omaggio al criterio di alternatività condensato nella regola

“*electa una via non datur recursus ad alteram*” - ogni contestazione sul merito della decisione che il Governo adotterà all'esito del parere del Consiglio di Stato^{26[26]}. La regola dell'alternatività - con preclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale - risulta però operante nei soli confronti dei controinteressati che abbiano ricevuto la notifica del gravame e nulla abbiano ritenuto di opporre alla loro evocazione in sede straordinaria (rinunciando, così, a far trasporre il ricorso in sede giurisdizionale)^{27[27]}.

Quanto previsto dagli art. 8, comma secondo, e 10 del d.p.r. n. 1199/1971 (in tema di opposizione dei controinteressati) si giustifica proprio con un sistema di tutela duale consentito nell'ambito della giustizia amministrativa e nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione (interessi legittimi, e anche diritti soggettivi nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva); per cui, una volta scelta una strada (ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo regionale o ricorso straordinario), non è consentita l'altra, ma con preferenza per la via giurisdizionale, essendo concessa ai controinteressati (e anche all'ente pubblico diverso dallo Stato, a seguito di Corte cost. 29 luglio 1982, n. 148^{28[28]}) la facoltà di trasposizione. In tal modo diviene effettivo il raccordo tra due mezzi equiordinati perché coordinati mediante un funzionale dispositivo di “riduzione a unità”.

La Corte costituzionale ha ritenuto il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale conforme alle regole costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi da un atto amministrativo^{29[29]}. Ciò in quanto la facoltà per il ricorrente, prevista dall'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, di optare per il primo rimedio, da un lato, costituisce il risultato di una libera scelta, effettuata sulla base di una valutazione di convenienza con cui l'interessato decide di prescindere dalla garanzia della tutela giurisdizionale; dall'altro, la medesima facoltà di scelta è assicurata dal sistema ai controinteressati e all'amministrazione non statale che ha emanato l'atto impugnato, i quali possono, attraverso una formale opposizione, optare per il trasferimento del ricorso straordinario nella sede giurisdizionale, ovvero restare nella sede straordinaria prescelta dal ricorrente, con ciò rinunciando alla stessa tutela giurisdizionale.

Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., era consolidato l'orientamento della giurisprudenza per cui “il principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario [...] si applica nei confronti del giudice amministrativo e non del giudice ordinario al quale è consentito disapplicare il decreto di decisione sul ricorso stesso”, qualora sussista la sua giurisdizione. Si affermava, inoltre,

^{26[26]} Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6905, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{27[27]} In tal senso Cons. Stato, ad. plen., 27 giugno 2006, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{28[28]} In *Giust. civ.*, 1982, I, 2273.

^{29[29]} Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 432, in *Giur. cost.*, 2006, 6.

che, in mancanza di una norma contraria, i poteri del giudice ordinario (o di altro giudice) rimanessero integri e il contenuto della sentenza prevalessse su quello del decreto decisorio^{30[30]}.

A seguito dell'entrata in vigore del codice (art. 7, comma 8, dello stesso) il ricorso straordinario, essendo ammissibile solo nelle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, rimane alternativo unicamente al ricorso al Tribunale amministrativo regionale.

L'istituto processuale dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale attiene alle ipotesi in cui con entrambi i predetti rimedi vengono impugnati gli stessi atti o comunque determinazioni di identico contenuto. Trattasi, infatti, di regola che, per il suo carattere limitativo dell'esercizio del diritto di azione, non è suscettibile di applicazione analogica. Con la conseguenza che essa non opera quando il provvedimento impugnato in sede giurisdizionale sia distinto da quello oggetto del precedente ricorso straordinario, sia stato adottato da organi diversi sulla base di criteri non identici a quelli seguiti nell'adozione dell'altro e all'esito di un procedimento al quale hanno partecipato altri soggetti^{31[31]}.

Sul piano oggettivo ciò che rileva è che lo stesso atto sia gravato nelle due sedi (amministrativa e giurisdizionale), e ciò basta per l'identità della lite; identità che però non è esclusa dalla circostanza che nelle due sedi si deducano, avverso il medesimo atto, vizi diversi. Non è possibile, quindi, dopo avere dedotto determinati motivi in sede di ricorso giurisdizionale, proporre il ricorso straordinario per dedurre di diversi^{32[32]}.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, tuttavia, si orienta verso un concetto lato di alternatività, intesa come avente carattere sostanziale.

Un'interpretazione teleologica, anche alla luce del principio di economia dei mezzi giuridici e al fine di evitare giudicati contrastanti, induce a ritenere che operi la preclusione dell'alternatività quando gli atti connessi, impugnati in sedi differenti, sono censurati per gli stessi motivi, ovvero fanno parte di una vicenda unitaria^{33[33]}.

In particolare, la più recente giurisprudenza ritiene violato il principio dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario:

a) quando l'atto presupposto, già impugnato in una sede, viene gravato anche nell'altra per dimostrare l'illegittimità derivata dell'atto applicativo^{34[34]};

^{30[30]} Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4041, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, 1942; Cass., sez. V, 20 agosto 2004, n. 16471, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2004, 2020.

^{31[31]} Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4324 e 15 giugno 2012, n. 3534, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{32[32]} F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 487.

^{33[33]} Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2010, n. 3696, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso però contrario all'operatività del principio dell'alternatività in caso di impugnazione di atti connessi, Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1181, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, 2, 469.

^{34[34]} Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2003, n. 1681/03, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 3114; fattispecie in tema di impugnazione in sedi distinte del bando di concorso e del provvedimento di esclusione da esso.

b) quando nelle due sedi sono impugnati separatamente in una l'atto presupposto e nell'altra l'atto consequenziale, e avverso l'atto consequenziale si fanno valere solo vizi di illegittimità derivata dall'atto presupposto, già dedotti nel precedente ricorso^{35[35]};

c) quando, dopo l'impugnativa in sede giurisdizionale dell'atto presupposto, viene impugnato in sede straordinaria l'atto conseguente^{36[36]};

d) in caso di riproposizione in sede giurisdizionale della medesima domanda oggetto di ricorso straordinario; il che si verifica in ipotesi di obiettiva e sostanziale identità di *petitum* e *causa petendi*, e non solo quando vi sia identità formale tra i provvedimenti impugnati^{37[37]}. Così che è inammissibile il ricorso straordinario proposto successivamente a quello giurisdizionale, avente per oggetto un atto preparatorio in senso proprio, privo di autonoma funzionalità e tuttavia concernente l'esercizio della medesima funzione e collocato nella stessa serie procedimentale del provvedimento finale^{38[38]};

e) qualora, attraverso la formula impugnatoria degli atti presupposti, connessi e conseguenti, i medesimi atti vengano impugnati in entrambe le sedi, ancorché non espressamente nominati. In particolare, nel caso in cui due atti connessi (uno presupposto e l'altro presupponente) sono stati impugnati l'uno in sede straordinaria e l'altro in sede giurisdizionale, ma in sede straordinaria sono stati impugnati anche tutti gli atti conseguenti, e in sede giurisdizionale tutti gli atti consequenziali^{39[39]}.

La giurisprudenza ritiene, quindi, che la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale sia sempre operante nei casi in cui le due diverse impugnative non solo riguardano atti direttamente connessi e consequenziali, ma sono sostanzialmente caratterizzate dall'identità del contendere e della relativa *ratio*^{40[40]}; e che il relativo principio operi non solo nell'ipotesi di impugnativa diretta di uno stesso atto, ma anche nel caso in cui un atto presupposto, già impugnato in sede giurisdizionale, venga censurato in sede amministrativa al fine di dimostrare l'illegittimità derivata dell'atto direttamente impugnato^{41[41]}. Ciò attesa la “*ratio*” del principio dell'alternatività, volta a impedire un possibile contrasto di giudizi di diversi organi giudicanti dello stesso plesso, in ordine al medesimo oggetto.

Al fine dell'operatività del principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale occorre anche l'identità del soggetto ricorrente. Ne consegue che non può costituire preclusione, per la proposizione del ricorso giurisdizionale o per l'instaurazione del giudizio di

^{35[35]} Cons. Stato, sez. II, 23 maggio 2007, n. 945/05, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{36[36]} Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2006, n. 4301/2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{37[37]} Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4324, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{38[38]} Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2005, n. 1843/2005, in *Giurisd. Amm.*, 2006, I, 1668.

^{39[39]} Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2007, n. 3028/07, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{40[40]} Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2185, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, 4, 899.

^{41[41]} Cons. Stato, sez. II, 22 giugno 2011, n. 3035, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, 6, 2151.

appello, l'intervenuta decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato che, pur riguardando il medesimo provvedimento amministrativo, sia stato però azionato da un soggetto diverso^{42[42]}. L'alternatività, infatti, non opera nell'ipotesi in cui il medesimo atto venga impugnato nelle due sedi non già dallo stesso soggetto ma da soggetti diversi, cointeressati tra loro^{43[43]}.

Il principio dell'alternatività non si estende anche ai rapporti tra ricorso straordinario e ricorso per l'ottemperanza del giudicato^{44[44]}.

Al fine di stabilire la priorità della presentazione di un gravame rispetto all'altro, quanto al ricorso giurisdizionale, rileva la data del suo deposito presso la segreteria del Tribunale amministrativo regionale - momento nel quale, venendo il giudice investito del giudizio, si identifica la costituzione del rapporto processuale - e non già la data di notifica^{45[45]}. Così che il ricorso giurisdizionale notificato ma non ancora depositato non impedisce la proponibilità del ricorso straordinario.

6. I presupposti di ammissibilità del ricorso straordinario: a) sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo e applicazione del principio della “*translatio iudicij*”.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva affermato la regola secondo cui il ricorso straordinario era un rimedio amministrativo di carattere generale; il che ne comportava l'esperibilità in tutti i casi in cui ciò non fosse escluso dalla legge e comunque anche nelle materie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario (quali gli atti di gestione del rapporto di pubblico impiego privatizzato: ad. gen., 10 giugno 1999, n. 7^{46[46]} e sez. II, 23 giugno 2010, n. 1255/2006^{47[47]}); salve le ipotesi in cui fossero attribuite al giudice ordinario competenze speciali e funzionali, nel qual caso si riteneva che il legislatore avesse inteso escludere il rimedio del ricorso straordinario.

La riconosciuta ammissibilità del ricorso straordinario nelle controversie devolute alla giurisdizione ordinaria comportava, però, che la decisione del ricorso poteva essere disapplicata dal giudice civile, a causa della sua natura amministrativa^{48[48]}.

La Corte di Cassazione concordava sul potere del giudice civile di decidere, disapplicando in tal caso la decisione resa a seguito di ricorso straordinario^{49[49]}.

^{42[42]} Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4194, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{43[43]} Cons. Stato, sez. II, 10 ottobre 2011, n. 2953, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, 10, 3205.

^{44[44]} Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 1994, n. 1226, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 121.

^{45[45]} Cons. Stato: sez. IV, 16 marzo 2007, n. 1276, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, 3, 871; sez. I, 26 gennaio 1979, n. 539, in *Cons. Stato*, 1981, I, 1560.

^{46[46]} In *Cons. Stato*, 1999, I, 1980.

^{47[47]} In *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{48[48]} Cons. Stato: sez. III, 7 maggio 2002, n. 1164; sez. I, 28 novembre 2001, n. 2157; sez. VI, 9 aprile 2001, n. 2157; sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 6502; ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9; ad. gen., 29 maggio 1997, n. 72; ad. gen., 15 aprile 1957, n. 81. Tutte consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Ciò comportava, in pratica, un duplice regime delle decisioni sui ricorsi straordinari:

- per quelle *praeter legem*, non idonee a definire le controversie, si riteneva ammissibile la disapplicazione da parte del giudice civile;

- per quelle rese in applicazione del principio dell'alternatività, si affermava la cogenza e l'idoneità a definire le controversie, similmente alla decisione del Consiglio di Stato.

La prassi che ammetteva *praeter legem* i ricorsi, per le controversie devolute al giudice civile, incideva però sul piano organizzativo e sulla rapidità della definizione delle questioni rientranti nelle competenze del Consiglio di Stato. Inoltre, essa impediva una corretta qualificazione dell'istituto, poiché la disapplicabilità della decisione straordinaria da parte del giudice civile non poteva che dare un argomento per l'improponibilità del giudizio di ottemperanza.

L'art. 7, comma 8, del c.p.a., ha previsto che "Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa". In tal modo la norma ha superato la risalente prassi, disponendo che il Consiglio di Stato debba esaminare solo i ricorsi straordinari che pongono questioni rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Per non vanificare le relative aspettative di tutela, l'adunanza generale del Consiglio di Stato^{50[50]} ha ritenuto che continuano ad essere ammissibili i ricorsi straordinari notificati prima dell'entrata in vigore del codice in materia non devoluta alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo (ad esempio, in caso di pubblico impiego privatizzato), in applicazione del principio generale della *perpetuatio iurisdictionis*, desumibile dall'art. 5 del c.p.c.. Ciò in considerazione del contenuto innovativo e non interpretativo dell'art. 7, comma 8, del c.p.a., non formulato come norma di interpretazione autentica, oltre che di esigenze di certezza dell'ordinamento e dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento riposto, dai cittadini e dalle pubbliche amministrazioni, nel precedente orientamento giurisprudenziale assunto quasi a "diritto vivente".

Siffatta conclusione risulta coerente con le argomentazioni che le sezioni unite della Cassazione hanno posto a base delle sentenze che dal gennaio 2011 hanno ammesso la proponibilità del giudizio di ottemperanza (si rimanda al paragrafo 26). Tali sentenze – nel riguardare anche casi in cui le decisioni straordinarie avevano definito controversie devolute al giudice civile – non hanno dubitato che si fossero formati giudicati, suscettibili di essere posti in esecuzione col giudizio d'ottemperanza.

^{49[49]} Cass., sez. un.: 15 dicembre 1986, n. 7506, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 1167; 10 dicembre 1982, n. 6764; 21 aprile 1977, n. 1464; 9 luglio 1973, n. 1962; 15 febbraio 1973, n. 466, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 726; 9 luglio 1936, in *Foro amm.*, 1937, II, 1.

^{50[50]} Ad. gen., 22 febbraio 2011, n. 808/10, in www.giustizia-amministrativa.it. Il parere è commentato da F. F. Tuccari, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 82.

Le sezioni unite della Cassazione hanno così anche ribaltato la propria precedente giurisprudenza, sulla disapplicabilità delle decisioni straordinarie rese su controversie devolute alla giurisdizione del giudice civile^{51[51]}.

Pertanto, i ricorsi straordinari proposti dopo il 16 settembre 2010 in controversie che esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo vanno dichiarati inammissibili; ciò anche se alla data di entrata in vigore della nuova disciplina il termine di centoventi giorni per proporre ricorso non fosse ancora spirato^{52[52]}.

Quanto ai ricorsi proposti prima dell'entrata in vigore del c.p.a. resta ferma l'inammissibilità del ricorso straordinario in materia devoluta alla competenza funzionale del giudice ordinario (Cons. Stato, ad. gen., 13 luglio 2011, n. 3395/10^{53[53]}); o a quella inderogabile (ad esempio, per il giudice ordinario, in caso di opposizione a sanzioni amministrative).

Vanno fugati eventuali dubbi connessi a una mancata copertura dell'art. 7, comma 8, del c.p.a. da parte della delega conferita dall'art. 44, comma 2, lett. b), n. 1), della l. n. 69/2009, che ha imposto al legislatore delegato il riordino delle "norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni". Il riordino effettuato, invero, rientra pienamente nei limiti di delega, considerata l'esigenza di non consentire più il ricorso straordinario in caso di giurisdizione di giudice diverso da quello amministrativo rendendolo, invece, alternativo solo al ricorso a quest'ultimo e all'interno della sua giurisdizione.

La natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, così come del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana che sul primo

^{51[51]} L. Maruotti, *op. cit.*, 483 e 484. Nota l'autore come "Dalla piena equiparazione delle decisioni straordinarie a quelle del Consiglio di Stato, consegue che le Sezioni Unite possono decidere il regolamento preventivo di giurisdizione - proposto dalla Amministrazione intimata col ricorso straordinario, che neghi la sussistenza della giurisdizione amministrativa - ovvero il ricorso proposto contro la decisione straordinaria, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, per motivi inerenti alla giurisdizione".

^{52[52]} Cons. Stato, sez. II, 27 aprile 2012, n. 1371/11, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1031, ritiene che non possa farsi richiamo all'ultrattività della disciplina previgente di cui all'art. 2 dell'all. 3 al c.p.a. (secondo cui "Per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti"), in quanto, pur volendo ritenere che i termini ivi menzionati si riferiscano anche a quelli imposti, a pena di decadenza, per la presentazione dei ricorsi straordinari, l'invocata disposizione transitoria presuppone pur sempre la sussistenza della giurisdizione amministrativa in relazione all'oggetto della controversia.

^{53[53]} In *Foro it.*, 2012, III, 390; nella specie, il ricorso straordinario, proposto prima dell'entrata in vigore del c.p.a. per l'annullamento di un provvedimento che disponeva la revisione della patente di guida per perdita integrale del punteggio per violazione del codice della strada, ai sensi dell'art. 126-bis del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, è stato dichiarato inammissibile, considerato che la relativa impugnazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario e alla competenza funzionale del giudice di pace, ai sensi degli art. 204-bis, 205 e 216, comma 5, del d.lgs. n. 285/1992. Diversa, invece, è l'ipotesi della revisione della patente di guida disposta ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 285/1992, per dubbi sulla persistenza dei requisiti fisici e psichici prescritti o dell'idoneità tecnica per la guida; secondo la giurisprudenza, il provvedimento che dispone la revisione è assunto a tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza della circolazione stradale e incide su posizioni di interesse legittimo, con conseguente devoluzione delle controversie alla giurisdizione (generale di legittimità) del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4962, in www.giustizia-amministrativa.it).

è modellato, da ritenere a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa culminata con l'art. 69 della l. n. 69/2009, comporta l'applicabilità della disciplina della “*translatio iudicii*”.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha ritenuto che, nel caso in cui venga erroneamente impugnato con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana un atto che avrebbe, invece, dovuto essere impugnato con il ricorso straordinario al Capo dello Stato, nel dichiarare inammissibile il ricorso, si possa fissare un termine per la riproposizione dinnanzi al Consiglio di Stato in sede consultiva, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda già proposta innanzi al giudice privo di giurisdizione (parere delle sez. riunite, 10 luglio 2012, n. 1581/2011^{54[54]}).

Il parere trae origine da un ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana con il quale era stato impugnato un atto non regionale e quindi da gravare con ricorso al Capo dello Stato; il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, stante l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, ha assegnato un termine al ricorrente per l'eventuale riproposizione del gravame ai sensi dell'art. 59, commi 1 e 2, della l. n. 69/2009^{55[55]}.

Il citato art. 59 ha dato concreta applicazione al principio (della *translatio iudicii*) affermato, sia pure sulla base di percorsi argomentativi in parte divergenti, tanto dalle sezioni unite della Corte di Cassazione (22 febbraio 2007, n. 4109^{56[56]}) quanto dalla Corte costituzionale (12 marzo 2007, n. 77^{57[57]}); principio secondo il quale, allorché viene declinata la giurisdizione e affermata quella di un altro giudice, il processo può proseguire innanzi al giudice fornito di giurisdizione e rimangono salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice giurisdizionalmente incompetente^{58[58]}.

Diversa applicazione è stata fatta da Cons. Stato, ad. gen., 13 luglio 2011, n. 3395/10^{59[59]}, il quale, dichiarata l'inammissibilità del ricorso straordinario a causa della devoluzione della materia alla giurisdizione di tipo esclusivo del giudice ordinario e considerato che invece, in calce al

^{54[54]} In www.giustizia-amministrativa.it.

^{55[55]} L'art. 59, commi 1 e 2, della l. n. 69/2009 così dispone:

“1. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile”.

^{56[56]} In *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, 5, 1376.

^{57[57]} In *Giust. civ.*, 2007, 3, I, 553.

^{58[58]} In tal senso, anche se la decisione è precedente all'entrata in vigore dell'art. 59 della l. n. 69/2009, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3122, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{59[59]} In *Foro it.*, 2012, III, 390.

provvedimento impugnato, era stata indicata la possibilità di proporre avverso lo stesso anche il ricorso straordinario, ha rimesso al giudice ordinario, che sarà eventualmente adito, di valutare “la situazione in cui si è trovata la ricorrente al fine del riconoscimento dei presupposti per la concessione del beneficio dell’errore scusabile o di altro provvedimento che riconosca la tempestività del gravame”.

7. Segue: b) in generale. Definitività del provvedimento impugnato e limitazione ai soli motivi di legittimità.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un rimedio amministrativo di carattere generale, in quanto esperibile in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge o non sia incompatibile con il sistema. È detto straordinario perché proponibile contro atti nei cui confronti, in ragione del loro carattere definitivo, non sono esperibili altri rimedi amministrativi. L’aggettivo “straordinario” si configura ormai solo come un retaggio storico dell’istituto, in quanto la straordinarietà del rimedio deve essere intesa nel senso che lo stesso viene deciso da un organo - quale il Presidente della Repubblica - che si colloca al di sopra e al di fuori dell’amministrazione^{60[60]}.

Ai sensi dell’art. 8, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971 “Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse”.

Il ricorso straordinario può essere proposto solo contro gli atti amministrativi definitivi, cioè contro gli atti che costituiscono l’espressione ultima, in linea verticale, della volontà della pubblica amministrazione^{61[61]}; ossia atti i quali non sono impugnabili con altri ricorsi amministrativi. Pertanto, il gravame è inammissibile nel caso in cui non sia stato preceduto dall’inutile consumazione dei rimedi interni all’ambito dell’apparato amministrativo – primo tra questi il ricorso gerarchico – che servono ad imputare la volontà amministrativa (di provvedere) al vertice organizzativo che ha istituzionalmente cura dell’interesse pubblico^{62[62]}.

Nel caso in cui, proposto ricorso gerarchico avverso un atto non definitivo, si sia formato il così detto silenzio-rigetto (art. 6 del d.P.R. n. 1199/1971), oggetto del successivo ricorso straordinario non deve intendersi il silenzio, bensì il provvedimento di base impugnato con ricorso gerarchico, giacché il silenzio ha valore legale tipico non di decisione di rigetto bensì di rifiuto di annullamento; il cui concretarsi costituisce presupposto processuale per la proposizione del ricorso straordinario contro l’unico atto effettivamente emanato dalla pubblica amministrazione^{63[63]}.

^{60[60]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2602.

^{61[61]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2598.

^{62[62]} Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 17 maggio 1999, n. 436, in *Cons. Stato*, 2000, I, 475.

^{63[63]} Cons. St., comm. spec., 5 febbraio 2001, n. 479/99, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2228. Ai sensi dell’art. 6 del d.P.R. n. 1199/1971, “Decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l’organo adito abbia

Il ricorso straordinario, così come gli altri rimedi amministrativi, ha carattere impugnatorio, in quanto preordinato all'eliminazione (con la decisione di annullamento) di un provvedimento amministrativo, anche se, rispetto al ricorso gerarchico, presenta un'operatività più ristretta, essendo proponibile unicamente per censure di legittimità. Con riguardo alle situazioni giuridiche tutelabili è, invece, tradizionalmente previsto a tutela, oltre che di interessi legittimi, anche di diritti soggettivi.

La disposizione di cui all'art. 8, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971 era stata sempre interpretata nel senso che il rimedio del ricorso straordinario è ammesso contro atti amministrativi (oggettivamente o soggettivamente) in caso di lesione di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo. In particolare, a partire dal parere dell'adunanza generale del Consiglio di Stato 5 giugno 1952, n. 123, si era ammesso il ricorso straordinario nelle materie attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del carattere generale del rimedio e della sua origine di strumento di difesa di quanti sono incisi dall'attività amministrativa. Il che è venuto meno a seguito dell'entrata in vigore del c.p.a. (art. 7, comma 8; si veda il paragrafo 6).

Qualora l'amministrazione non abbia osservato nella comunicazione del provvedimento soggetto a ricorso gerarchico il disposto dell'ultimo comma dell'art. 1 del d.P.R. n. 1199/1971 - secondo cui "la comunicazione degli atti soggetti a ricorso...deve recare l'indicazione del termine e dell'organo cui il ricorso deve essere presentato" - va concessa al ricorrente in sede straordinaria la rimessione in termini per la presentazione del ricorso gerarchico^{64[64]}. Ciò in applicazione dell'art. 13, lett. a), del medesimo d.P.R., il quale consente al Consiglio di Stato, "se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto", di assegnare "un breve termine per presentare all'organo competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile, contro atti non definitivi".

Con il ricorso straordinario si possono dedurre solo vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) dell'atto impugnato e non motivi che riguardano il merito amministrativo; motivi, questi ultimi, invece deducibili in sede di ricorso gerarchico^{65[65]}.

8. Segue: c) carattere impugnatorio del rimedio, inammissibilità dello stesso in caso di azioni di mero accertamento e di condanna, di accesso, nonché nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo è destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali.

Al carattere impugnatorio del rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica consegue l'inammissibilità di un'azione di mero accertamento e della richiesta di pronunce

comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica".

^{64[64]} Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 1983, n. 1101, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{65[65]} Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 1994, n. 1115, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1279.

dichiarative di pretese patrimoniali^{66[66]}; oltre che delle azioni previste dal c.p.a. in tema di rito per l'accesso agli atti amministrativi (art. 116), avverso il silenzio (inadempimento) della pubblica amministrazione (art. 117) e per conseguire il risarcimento del danno (art. 30)^{67[67]}.

Non è possibile, quindi, esercitare azioni diverse da quella di annullamento e, in particolare, azioni di adempimento nei confronti dell'amministrazione o di condanna ad un “*facere*” specifico, poiché il ricorso straordinario è un rimedio di ordine generale alternativo all'ordinaria azione di annullamento davanti al giudice amministrativo e mira a offrire una tutela che si esplicita in una decisione costitutiva di annullamento^{68[68]}.

Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ammesso l'impugnazione del silenzio-rifiuto dell'amministrazione mediante lo strumento del ricorso straordinario, pur in assenza di una specifica determinazione esplicita dell'autorità amministrativa e, in particolare, di un atto amministrativo definitivo^{69[69]}. Puntualizzando però che non è ammessa la contestazione di meri comportamenti della pubblica amministrazione in assenza dell'avvio della procedura per la formazione del silenzio-rifiuto, di cui all'art. 25 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3^{70[70]}.

Quanto alle modalità di formazione del silenzio-inadempimento al fine della proposizione del ricorso straordinario, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, per la formazione del silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione, da ritenere impugnabile con tale rimedio, non occorra che la diffida a provvedere sia notificata mediante ufficiale giudiziario, potendosi utilizzare altre forme idonee di comunicazione^{71[71]}.

E' stato escluso il ricorso straordinario in materia di accesso, ossia avverso il diniego di esibizione di atti e documenti amministrativi, atteso: a) il carattere d'urgenza del ricorso per l'accesso (che mal si concilierebbe sia con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario che con la mancanza di termini prefissati al Consiglio di Stato e al Capo dello Stato per la definizione delle controversie); b) il potere del giudice di ordinare all'amministrazione un *facere*, consistente nell'esibizione degli atti; potere che non può ritenersi consentito in sede di ordinario giudizio annullatorio quale si configura quello a seguito di ricorso straordinario^{72[72]}.

^{66[66]} Cons. Stato, sez. III: 21 gennaio 2003, n. 466/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2664; 6 giugno 1992, n. 1932/91, in *Cons. Stato*, 1994, I, 109.

^{67[67]} Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 4648, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, 5, 1381.

^{68[68]} Cons. Stato, sez. III, 15 ottobre 2010, n. 4609, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010, 10, 2247.

^{69[69]} Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 1 luglio 2002, n. 512/02, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1847; Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 1 luglio 2002, n. 511/02, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 22 aprile 2002, n. 502, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2065; dopo le citate commissioni speciali, in senso conforme, Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2007, n. 1040/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{70[70]} Cons. Stato, sez. II, 24 maggio 1995, n. 2933/1994, in *Cons. Stato*, 1997, I, 606.

^{71[71]} Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 1 luglio 2002, n. 512/02, *cit.*; Cons. Stato, comm. spec. pubbl. imp., 1 luglio 2002, n. 511/02, *cit.*

^{72[72]} Cons. Stato: sez. II, 26 settembre 2011, n. 4013, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, 9, 2907; sez. III, 16 dicembre 2003, n. 746, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'indirizzo maggioritario del Consiglio di Stato – ancora prima dell'entrata in vigore del codice – aveva, inoltre, escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario nei casi in cui il giudice amministrativo fosse destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali volte a una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare vita a competenze definite "funzionali", quindi non suscettibili di alternative, che ne avrebbero frustrato le finalità acceleratorie. Ad esempio, per il giudice amministrativo, oltre all'accesso, la materia elettorale; per il giudice ordinario, l'opposizione a sanzioni amministrative^{73[73]}.

9. Segue: d) atti impugnabili.

Sono impugnabili gli atti amministrativi, ossia quelli espressione di esercizio di una potestà amministrativa, comunque imputabili a una pubblica amministrazione o anche a un soggetto privato alla stessa equiparato (ad esempio, un concessionario di lavori pubblici o una società mista gestrice di un servizio pubblico allorquando, assunta per legge la funzione di stazione appaltante, emanano atti al fine di individuare il soggetto con il quale stipulare un contratto di appalto).

Gli atti amministrativi possono essere espressione di un potere di tipo degradatorio (atti autoritativi, che incidono su posizioni di interesse legittimo), oppure di attività dovute in adempimento di obblighi dell'amministrazione (atti paritetici, che incidono su posizioni di diritto soggettivo e sempreché sussista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Come qualsiasi atto amministrativo sono impugnabili i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, trattandosi pur sempre di pubbliche amministrazioni che adottano atti amministrativi nell'esercizio di un potere diretto alla cura dell'interesse pubblico di cui sono titolari. Ad eccezione, però, dei provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture connessi con gli atti delle procedure di affidamento in tema di pubblici appalti (art. 120, comma 1, del c.p.a.; si veda il paragrafo 12).

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è anche ammesso avverso gli atti regionali, esclusi però gli atti amministrativi della Regione Siciliana, avverso i quali è espressamente previsto (dall'art. 23 del relativo Statuto) il ricorso straordinario al Presidente della Regione^{74[74]}.

Non sono impugnabili con ricorso straordinario poiché non hanno natura di atti amministrativi:

- a) gli atti di esecuzione dei contratti^{75[75]};
- b) gli atti costitutivi e gli statuti di enti privati^{76[76]};
- c) gli atti di esecuzione di sentenze penali e gli atti giurisdizionali^{77[77]};

^{73[73]} Cons. Stato, ad. gen., 10 gennaio 1999, n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2160.

^{74[74]} Corte cost. 25 febbraio 1975, n. 31, in *Le Regioni*, 1975, 723, e 31 dicembre 1986, n. 298, *ivi*, 1987, 510; Cons. Stato, comm. spec., 29 maggio 1998, n. 988/97, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1483.

^{75[75]} Cons. Stato, sez. I, 27 ottobre 1999, n. 652, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{76[76]} Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3892, in *Foro it.*, 2004, I, 3435.

d) gli atti degli ordinamenti sportivi^{78[78]}.

10. Segue: e) in particolare, gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione e la fine della concorrenza tra ricorso al giudice ordinario e ricorso straordinario nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Non sono impugnabili, invece, gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione.

L'adunanza generale del Consiglio di Stato, con il parere 10 gennaio 1999, n. 9^{79[79]}, sul presupposto della natura amministrativa degli atti di gestione del rapporto di lavoro adottati dalle pubbliche amministrazioni in seguito alla così detta "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, ne aveva affermato l'impugnabilità con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Siffatta possibilità è ora venuta meno per effetto dell'art. 7, comma 8, del c.p.a., con il quale l'ambito di applicazione del ricorso straordinario è stato circoscritto alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (si rimanda al paragrafo 6).

Prima del codice l'utilizzabilità del ricorso straordinario era stata ritenuta non alternativa, ma concorrente con l'azione innanzi al giudice ordinario. A seguito del citato parere dell'adunanza generale del Consiglio di Stato n. 9/1999, nella materia del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, si era venuta a creare una divaricazione tra la giurisdizione del giudice amministrativo e la competenza decisoria del Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario.

Il che non riguardava l'impugnativa di atti relativi al personale così detto non contrattualizzato, in quanto le controversie riguardanti i rapporti di lavoro di cui all'art. 2, commi 4 e 5, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 restavano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e quindi rispetto a esse permaneva il regime dell'alternatività fra ricorso giurisdizionale e straordinario; né l'impugnazione di atti relativi alle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che restavano anch'esse devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Con il citato parere n. 9/1999 l'adunanza generale del Consiglio di Stato aveva ritenuto che:

a) "la natura solo soggettivamente amministrativa di un atto non ne preclude l'impugnazione mediante il ricorso straordinario";

^{77[77]} Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2002, n. 1414/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 810. È stato ritenuto inammissibile il ricorso straordinario proposto per l'annullamento di un atto di esecuzione di una sentenza penale di condanna divenuta definitiva (nella specie: demolizione di opere edilizie abusive), trattandosi di provvedimento che non è né oggettivamente, né soggettivamente qualificabile come atto amministrativo.

^{78[78]} Cons. Stato, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2995/07, in *Giurisd. Amm.*, 2007, I, 1778. I provvedimenti adottati dagli ordinamenti sportivi nei confronti dei propri tesserati, se aventi rilevanza esclusivamente interna all'ordinamento settoriale, non sono suscettibili di ricorso straordinario: il principio è stato affermato in relazione ai provvedimenti adottati sulle istanze di svincolo presentate dagli atleti tesserati.

^{79[79]} In *Foro amm.*, 1999, 2160.

b) “Ai fini della impugnabilità in sede straordinaria, fermo restando il requisito della definitività, solo conta che l'atto della P.A., indipendentemente dal suo regime giuridico formale, risulti direttamente ed immediatamente finalizzato alla cura di un interesse pubblico specifico”;

c) “...se non esistono preclusioni, allora vale la regola consolidata secondo la quale il ricorso straordinario è un rimedio amministrativo di carattere generale, il che ne comporta l'esperibilità in tutti i casi in cui ciò non sia escluso dalla legge...o in cui il rimedio sia incompatibile con il sistema”;

d) “...il ricorso straordinario può essere proposto anche nelle materie che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario”;

e) nei casi in cui “è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario, la lesione del diritto risulta spesso inferta da un atto amministrativo, come tale impugnabile con il ricorso straordinario: detto ricorso infatti è esperibile a tutela non solo di interessi legittimi ma anche di diritti”;

f) “...il ricorso straordinario per l'annullamento dell'atto e l'azione civile per l'accertamento del diritto sono rimedi *concorrenti e non alternativi*”, ferma restando la possibilità per il giudice ordinario di disapplicare l'eventuale decisione del ricorso e ferma restando l'improcedibilità del ricorso stesso ove previamente si formi il giudicato in sede civile...”;

g) “...diverso invece è il caso in cui il giudice ordinario o amministrativo siano titolari di competenza funzionale e inderogabile (ad es. per il GA materia elettorale, accesso; per il GO opposizione a sanzioni amministrative): per giurisprudenza consolidata, in tal caso la devoluzione della materia ad un determinato giudice con carattere di esclusività preclude la proponibilità del ricorso straordinario”;

h) la devoluzione al giudice del lavoro della materia del pubblico impiego contrattualizzato “(salva la condizione di procedibilità del previo esperimento di procedure di conciliazione) non sembra avere alcun carattere di specialità, nel senso anzidetto”, così che in siffatta materia “riprende vigore...il consolidato principio della concorrenza fra il ricorso al GO e il ricorso straordinario...”.

L'adunanza generale del Consiglio di Stato, con il citato parere n. 9/1999, aveva sviluppato ulteriormente alcune affermazioni contenute in propri risalenti pareri, secondo cui:

- la decisione del Capo dello Stato su un ricorso straordinario non pregiudica “l'eventualità che sulla contestazione sia in prosieguo riconosciuta la competenza dell'autorità giudiziaria, che non è vincolata dalla pronuncia in sede amministrativa” (15 aprile 1937, n. 81 e 15 aprile 1957, n. 81);

- proprio perché il giudice ordinario (o speciale) può decidere la lite su cui ha giurisdizione, la decisione del capo dello Stato, quando decide sulla questione, non è impugnabile innanzi al giudice amministrativo neppure per gravi vizi procedimentali (19 novembre 1940, n. 527).

Ne consegue che, malgrado la così detta privatizzazione del pubblico impiego, attuata con i d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387, e la devoluzione al giudice del lavoro di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (devoluzione non avente carattere di specialità), si verificava la concorrenza fra ricorso al giudice ordinario e ricorso straordinario; salvo ipotesi particolari, quali la materia dei comportamenti antisindacali della pubblica amministrazione.

L'indirizzo espresso dall'adunanza generale era stato successivamente ribadito dal Consiglio di Stato in diverse occasioni^{80[80]}.

Siffatto orientamento è stato superato dal disposto dell'art. 7, comma 8, del c.p.a., che ha comportato la fine della concorrenza tra ricorso al giudice ordinario e ricorso straordinario (si rimanda al paragrafo 6).

11. Segue: f) in particolare, non ammissibilità di una domanda risarcitoria in sede di ricorso straordinario.

L'orientamento espresso dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato ritiene inammissibile l'azione diretta a conseguire il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, esercitata in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Ciò a causa della struttura impugnatoria del rimedio giustiziale, desunta dall'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971, secondo cui il ricorso straordinario è ammesso “contro atti amministrativi definitivi” e per soli “motivi di legittimità”^{81[81]}.

Un orientamento contrario è rimasto minoritario e isolato^{82[82]}.

Ne consegue che l'azione di annullamento, esperibile in sede straordinaria, dovrà essere eventualmente seguita da un'azione risarcitoria per il danno cagionato dal medesimo provvedimento, da proporre innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 30 del c.p.a.. Il che reintroduce, solo per questo tipo di gravame, il criterio del così detto “doppio binario” (prima

^{80[80]} Tra le tante: sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4041; sez. V, 20 agosto 2004, n. 16471; sez. I, 29 ottobre 2003, n. 3218; sez. II, 21 maggio 2003, n. 206; sez. III, 18 marzo 2003, n. 3298; sez. II, 12 marzo 2003, n. 2759; sez. I, 20 febbraio 2002, n. 117; comm. spec. pubbl. imp., 5 febbraio 2001, n. 471. Tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{81[81]} Tra le tante, Cons. Stato: sez. III, 10 marzo 2010, n. 3255, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010, 1701; sez. I, 6 dicembre 2006, n. 3994, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. III, 5 febbraio 2002, n. 1784, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{82[82]} Cons. Stato, sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036/2002, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cons. giust. amm. reg. sic., sez. riunite, 19 febbraio 2008, n. 409/07, in *www.giustizia-amministrativa.it*. 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)”. In dottrina, a favore dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria anche con il rimedio del ricorso straordinario, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 479.

annullamento in sede straordinaria e poi risarcimento in sede giurisdizionale), del tutto espunto dal legislatore (con la l. n. 205/2000) in omaggio alle invocate esigenze di concentrazione, speditezza e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori^{83[83]}.

Va comunque rilevato che, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del c.p.a., la domanda risarcitoria per lesioni di interessi legittimi può essere direttamente proposta (nel termine di decadenza di centoventi giorni) a prescindere dall'impugnativa del provvedimento lesivo.

Il c.p.a. ha optato, in via generale, per un regime di autonomia per così dire "ridotta" dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento, sottoponendo la proponibilità della prima al rispetto di un termine decadenziale di centoventi giorni, ed attribuendo comunque rilevanza alla mancata impugnativa, come pure al mancato invito all'autotutela ai fini della determinazione del danno, mediante applicazione di un meccanismo simile a quello previsto dall'art. 1227 del (codice civile) c.c.. Dispone, infatti, l'art. 30, comma 3, del c.p.a. che "La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Con riguardo al rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (23 marzo 2011, n. 3^{84[84]}) ha affermato che, con la nuova disciplina posta dall'art. 30 del codice, "Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento". Così che il mancato esperimento del ricorso straordinario (come del ricorso giurisdizionale) diviene oggetto di valutazione da parte del giudice, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del c.p.a.. La citata decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, infatti, richiamando l'art. 1227 del c.c., afferma la rilevanza, ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento: tra cui rientra, senz'altro, anche il ricorso straordinario.

^{83[83]} C. Benetazzo, *op. cit.*, 43.

^{84[84]} In *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2011, 826.

12. Segue: g) non esperibilità nel contenzioso sui pubblici appalti, nel contenzioso elettorale e nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano.

Ai sensi dell'art. 120, comma 1, del c.p.a., “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 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 norma, che esclude la proponibilità del ricorso straordinario nel contenzioso sui pubblici appalti, era stata inserita nell'art. 245, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 163 (“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”) per effetto della sostituzione operata dall'art. 8, comma 1, lett. b), del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (dal titolo “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”). L'esclusione della proponibilità del rimedio straordinario, quindi, non decorre dal 16 settembre 2010 (data di entrata in vigore del codice) ma da quella precedente del 27 aprile 2010, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del d.lgs. n. 53/2010, aveva evidenziato che la scelta di escludere il ricorso straordinario è “coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti”^{85[85]}. Le esigenze di una tutela assicurata in tempi rapidi (proprie di tale rito) non sarebbero, infatti, compatibili con la possibilità, per l'interessato, di attivare un contenzioso dopo centoventi giorni dall'emanazione dei provvedimenti impugnati; con ulteriore allungamento dei tempi nell'ipotesi di istanza di trasposizione proposta dall'Amministrazione appaltante o dai controinteressati.

Relativamente al contenzioso elettorale, l'art. 128, comma 1, del codice, dal titolo “Inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”, prevede che “Nella materia di cui al presente Titolo non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”. Il titolo è il VI, rubricato “Contenzioso sulle operazioni elettorali” e si tratta delle “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 (art. 126 del c.p.a.)”.

Anche qui la *ratio* dell'esclusione consegue alla circostanza per cui la materia è disciplinata da regole che mirano a rendere più celere la definizione del giudizio. Nel giudizio elettorale, infatti, sono previsti un termine breve per la proposizione del ricorso giurisdizionale, la fissazione

^{85[85]} Così, testualmente, Cons. Stato, commissione speciale, 1° febbraio 2010, n. 368, in www.lexitalia.it, n. 2/2010.

dell'udienza di trattazione in via d'urgenza, il contraddittorio da instaurarsi entro termini ristretti, nonché termini brevi per la formazione del dispositivo e il deposito della sentenza.^{86[86]}

La norma ribadisce un orientamento giurisprudenziale già espresso dal Consiglio di Stato^{87[87]}.

Il ricorso straordinario non è ammesso nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano. Ciò ai sensi dell'art. 7, comma 3, del d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, dal titolo "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".

13. Segue: h) non ammissibilità allorquando sono previsti rimedi giurisdizionali innanzi a giudici speciali e in caso di competenza derogatoria.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non si poteva proporre quando la controversia investe situazioni giuridiche soggettive a tutela delle quali è prevista l'esperibilità di rimedi giurisdizionali innanzi a giudici speciali. Il che avveniva:

- nella materia pensionistica o nella responsabilità per danno erariale, sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti^{88[88]};

- nelle controversie attribuite alle Commissioni tributarie e in quelle relative a materie devolute dalla legge al Tribunale superiore delle acque pubbliche^{89[89]};

- in caso di controversia devoluta ad un collegio arbitrale, in considerazione dell'efficacia preclusiva propria della clausola compromissoria^{90[90]};

- in presenza di norme sulla giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo derogatorie rispetto ai principi generali e ritenute perciò attributive di competenze speciali o riservate^{91[91]}.

Il tutto non ha più ragione di essere ai sensi dell'art. 7, comma 8, del c.p.a., secondo cui "Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa" (si rimanda al paragrafo 6).

^{86[86]} Si veda il commento di G. Pellegrino all'art. 128 del codice, in A. Quaranta e V. Lopilato, *Il Processo amministrativo*, Giuffrè, 2011, 1048.

^{87[87]} Cons. Stato, sez. I, 21 ottobre 2009, n. 3244, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il parere richiama "il principio consolidato che il ricorso in materia elettorale non può essere svolto con le forme del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, giacché è autonomamente regolato da un procedimento giurisdizionale speciale, caratterizzato da termini accelerati e da possibile decisione di merito, rimesso alla esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, I, 30 marzo 1979, n. 702; I, 25 maggio 1979, n. 893/77; I, 4 novembre 1998, n. 839/94; I, 4 febbraio 2004, n. 5482/03; Ad. plen., 24 novembre 2005, n. 10): specialità recentemente ribadita per le elezioni al Parlamento europeo con riguardo al detto art. 43 (Cons. Stato, V, 20 maggio 2009, n. 3113)".

^{88[88]} Cons. Stato: sez. I, 18 gennaio 2011, n. 4427/2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. III, 23 giugno 1992, n. 1883, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1060; Corte conti, sez. cont., 21 maggio 1981, n. 1161, in *Riv. corte conti*, 1982, I, 26.

^{89[89]} Cons. Stato, sez. I, 24 novembre 1999, n. 929, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{90[90]} Cons. Stato, comm. spec., 7 dicembre 1998, n. 404, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1075.

^{91[91]} Cons. Stato: sez. III, 23 gennaio 2007, n. 2634/2006, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. I, 24 novembre 1999, n. 929/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1093.

14. Presentazione del ricorso, termini e motivi.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica 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 (art. 9, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971).

Nello stesso termine il ricorso deve essere notificato (“nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali”), a pena di inammissibilità, ad almeno uno dei controinteressati (art. 9, comma secondo, del d.P.R. n. 1199/1971, i quali – ai sensi del comma quarto dello stesso articolo – potranno presentare deduzioni e memorie); e ciò, a differenza di quanto previsto per il ricorso gerarchico, per il quale la mancata notifica non è sanzionata con l’inammissibilità. Inoltre, il medesimo art. 9, al comma quarto, riconosce al controinteressato (nel “termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso”) la possibilità di proporre ricorso incidentale, avvalendosi di quello stesso atto processuale con cui può essere ampliato il *thema decidendum* dinanzi al giudice amministrativo.

La nozione di controinteressato è quella propria del processo innanzi al giudice amministrativo, alla quale si rimanda.

Nel medesimo termine il ricorso deve essere poi 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 (art. 9, comma secondo, del d.P.R. n. 1199/1971).

E' quindi necessario il deposito perché il rimedio si consideri proposto, non essendo sufficiente la sua notificazione. Insieme al ricorso vanno depositati i documenti posti a fondamento dello stesso.

L'organo che ha ricevuto il ricorso lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce (art. 9, comma terzo, del d.P.R. n. 1199/1971).

Quando il ricorso sia stato notificato ad alcuni soltanto dei controinteressati, il Ministero ordina l'integrazione del contraddittorio, 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 (art. 9, comma quinto, del d.P.R. n. 1199/1971).

La pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, se non è amministrazione statale, è equiparata ai controinteressati al fine dell'esercizio del potere di chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale (art. 10, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971 e sentenza della

Corte costituzionale 29 luglio 1982, n. 148^{92[92]}). Tuttavia, essa non è considerata soggetto controinteressato al fine della necessaria notifica del ricorso ai controinteressati (art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971). Così che è ammissibile il ricorso che non sia stato notificato alla pubblica amministrazione non statale autrice del provvedimento gravato^{93[93]}.

Nelle materie di cui all'art. 119 del c.p.a., nella misura in cui è ammesso anche il ricorso straordinario, non si applica il regime dei termini dimezzati, che riguarda solo i termini processuali.

Essendo il ricorso straordinario un rimedio giuridico, esso deve specificare sia l'atto impugnato, sia i vizi dedotti. Peraltro, le caratteristiche storiche del rimedio e la circostanza che il ricorrente, di solito, è privo di assistenza di un legale nella redazione del ricorso, hanno indotto il Consiglio di Stato ad una maggiore indulgenza nell'interpretare l'onere della specificità dei motivi, rispetto a un ricorso giurisdizionale^{94[94]}.

Se il ricorso straordinario è stato preceduto da ricorso gerarchico (necessario in relazione agli atti non definitivi, non direttamente impugnabili con ricorso straordinario), si applica anche in sede straordinaria il principio della necessaria corrispondenza delle censure articolate in sede gerarchica e delle successive in sede straordinaria. Così che, in sede di ricorso straordinario, non è possibile modificare l'oggetto del contendere già individuato con il gravame gerarchico^{95[95]}. E' possibile, comunque, far valere vizi propri e autonomi del provvedimento di decisione del ricorso gerarchico.

Pur nel silenzio della normativa è ammesso l'intervento ad *adiuvandum* e ad *opponendum*, così come la proposizione di motivi aggiunti^{96[96]}.

15. La trasposizione della controversia all'esame del Tribunale amministrativo regionale.

L'art. 10, comma primo, primo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971 riconosce ai controinteressati la possibilità di chiedere, mediante opposizione, la così detta trasposizione giurisdizionale del ricorso; ossia che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale^{97[97]}. Ciò nel termine di sessanta giorni dalla

^{92[92]} In *Giust. civ.*, 1982, I, 2273.

^{93[93]} Cons. Stato, ad. gen., 3 luglio 1997, n. 93, in *Cons. Stato*, 1999, I, 311, secondo cui la notificazione del ricorso straordinario non è necessaria al fine di permettere all'autorità emanante l'esercizio del diritto di opzione del trasferimento in sede giurisdizionale di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971.

^{94[94]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2645.

^{95[95]} Cons. Stato: sez. III, 3 luglio 2007, n. 2397/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. IV, 20 aprile 2006, n. 2234, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1154.

^{96[96]} I provvedimenti adottati in pendenza di ricorso amministrativo e connessi all'oggetto dello stesso sono impugnabili mediante la proposizione di motivi aggiunti ai sensi dell'art. 21 della l. n. 1034/1971, così come modificato dall'art. 1 della l. n. 205/2000, purché essi non costituiscano domande nuove, bensì uno sviluppo dell'istanza originaria (Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2002, n. 1699, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La possibilità di presentazione dei motivi aggiunti al ricorso straordinario e le relative modalità hanno formato oggetto di rielaborazione ad opera di una commissione speciale (Cons. Stato, comm. spec., 29 febbraio 2000, n. 201/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2805).

^{97[97]} Sulla trasposizione si veda il commento di G. Pellegrino all'art. 48 del codice, in A. Quaranta e V. Lopilato, *Il Processo amministrativo*, Giuffrè, 2011, 463.

notificazione del ricorso e “con atto notificato al ricorrente e all’organo che ha emanato l’atto impugnato”.

La *ratio* dell’istituto è quella di garantire ai soggetti coinvolti nel procedimento che consegue alla proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di scegliere la sede che ritengono più idonea per la trattazione della controversia.

In tal caso, il ricorrente, qualora intenda insistere nel ricorso, a pena di inammissibilità deve depositare nella segreteria del Tribunale amministrativo regionale competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell’atto di opposizione, l’atto di costituzione in giudizio, dandone avviso, nel medesimo termine, mediante notificazione all’organo che ha emanato l’atto impugnato e ai controinteressati (art. 10, comma primo, secondo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971)^{98[98]}.

Una volta trasposto, il giudizio segue in sede giurisdizionale (art. 10, comma primo, secondo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971). Va sottolineato che (alla fine del secondo periodo del comma primo) viene testualmente detto che “il giudizio segue in sede giurisdizionale”, non limitandosi a parlare di procedimento; la sede giurisdizionale, infatti, costituisce prosecuzione di un’unica fase processuale (iniziata in via straordinaria).

L’opposizione è atto endoprocedimentale necessario ma non sufficiente a determinare l’effetto della traslazione dell’impugnativa innanzi al giudice amministrativo, occorrendo ancora, a tal fine, che lo stesso originario ricorrente, tempestivamente e ritualmente, si costituisca innanzi a quel giudice. L’instaurazione del giudizio, per trasposizione di iniziale ricorso straordinario, si realizza con una sequenza complessa scandita dai due atti: di opposizione (al ricorso straordinario) e di trasposizione (del ricorso straordinario nella sede processuale).

I controinteressati, per quanto il comma terzo dell’art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971 limiti ai soli “vizi di forma o di procedimento” l’impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato della decisione finale, possono far valere anche motivi di carattere sostanziale nell’ipotesi in cui siano stati pretermessi (ossia non abbiano ricevuto la notifica del ricorso) e non abbiano così potuto richiedere la trasposizione in sede giurisdizionale (citato art. 10, comma primo)^{99[99]}. Il controinteressato che non ha ricevuto la notifica del ricorso può, quindi, insorgere senza limiti nella sede giurisdizionale contro il decreto decisorio del ricorso straordinario.

La facoltà di scelta di cui all’art. 10, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971, nonché la preclusione dell’impugnazione contro la decisione di accoglimento del ricorso straordinario, per effetto del mancato esercizio della medesima facoltà, di cui al successivo comma terzo, riguarda

^{98[98]} Cons. Stato: sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926 e sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2858, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{99[99]} Secondo C. Benetazzo, *op. cit.*, 9, “sembrerebbe, così, garantita, in modo analogo all’opposizione di terzo nel giudizio amministrativo, l’effettività del principio secondo il quale la decisione della lite non può arrecare diretto pregiudizio a chi non si è potuto difendere nel processo (art. 24 Cost.)”.

non solo i controinteressati ma anche l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario^{100[100]}. Così che anche per tali amministrazioni l'omessa opposizione comporta la riduzione della possibile successiva impugnazione davanti al giudice amministrativo ai soli "vizi di forma o di procedimento" inficianti la decisione sul ricorso straordinario^{101[101]}.

Le amministrazioni non statali non necessariamente devono essere titolari di una situazione giuridica, opposta a quella del ricorrente, diretta alla conservazione dell'atto impugnato – ai controinteressati, infatti, tali enti sono solo equiparati ai fini della legittimazione alla proposizione dell'opposizione – essendo sufficiente che tali soggetti siano comunque portatori di una situazione giuridica qualificata di interesse in relazione all'atto amministrativo impugnato^{102[102]}.

La trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario costituisce (nella forma e nella sostanza) una riassunzione dell'originario ricorso straordinario, rispetto al quale l'atto depositato presso il giudice amministrativo non può contenere motivi diversi. Allo scopo è necessario che l'originario ricorrente depositi, e non solo notifichi, l'atto di riassunzione presso la segreteria del Tribunale amministrativo regionale competente entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione.

L'art. 48, comma 1, del c.p.a., disciplina il "giudizio" conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario in seguito all'opposizione di parte, qualificando negli stessi termini (giudizio) la fase processuale del ricorso innanzi al Tribunale amministrativo e del ricorso straordinario, e il successivo comma 2, prevedendo – dopo la trasposizione – la perdita di efficacia delle misure cautelari eventualmente rese in sede di ricorso straordinario (scaduto il sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio di cui all'art. 48, comma 1), ne detta una disciplina analoga a quella prevista con riguardo alle misure cautelari nel processo amministrativo.

^{100[100]} A seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 10, commi primo e ultimo, del d.P.R. n. 1199/1971, da parte di Corte Cost. 29 luglio 1982, n. 148, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2273.

^{101[101]} Il "dies a quo" del termine decadenziale per l'esercizio dell'opzione di trasferimento in sede giurisdizionale è quello del deposito, quando il ricorso è depositato direttamente presso l'autorità emanante (mediante consegna diretta o spedizione per raccomandata). Nel caso in cui è il Ministero istruttore e referente a comunicare il ricorso all'autorità emanante, il "dies a quo" corrisponde con la comunicazione, la quale, intercorrendo tra due soggetti pubblici, sarà certificabile facilmente (Cons. Stato, ad. gen., 3 luglio 1997, n. 93, in *Cons. Stato*, 1999, I, 311).

^{102[102]} T.A.R. Veneto, sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538, in *Foro amm. – TAR.*, 2012, 1514, con commento di G. Bottino, *La legittimazione del Comune a proporre opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in materia di approvazione degli strumenti urbanistici generali, in ibidem*, 2012, 1517. Secondo il T.A.R. Veneto sussiste la legittimazione del Comune a proporre opposizione, nei confronti del ricorso straordinario presentato da soggetti privati avverso la deliberazione con la quale la Regione ha approvato – con modifiche d'ufficio – la variante al piano regolatore generale del medesimo Comune, poiché il Comune, in quanto portatore di una situazione giuridica qualificata di interesse in relazione all'atto amministrativo impugnato, è comunque qualificabile alla stregua di "controinteressato". In senso critico alla citata sentenza del T.A.R. Veneto n. 1538/2011, S. Morelli, *L'opposizione al ricorso straordinario al Capo dello Stato nel quadro attuale dei rapporti con il ricorso giurisdizionale, cit.*, 355. Secondo l'autrice l'opposizione proposta nella specie dal Comune si sarebbe dovuta dichiarare inammissibile, siccome presentata da un soggetto cointeressato e non controinteressato.

Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al Tribunale amministrativo regionale (art. 48, comma 2, secondo periodo, del c.p.a.).

Qualora l'opposizione sia inammissibile, il Tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria (art. 48, comma 3, del c.p.a.). Mentre, qualora il collegio giudicante riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria, deve disporre la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare (art. 10, comma secondo, del d.P.R. n. 1199/1999).

Le norme attengono a due profili diversi; riferendosi la seconda all'inammissibilità per materia del ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale, la prima all'inammissibilità dell'atto di opposizione.

La giurisprudenza ha affermato che:

a) l'atto di trasposizione non sana i vizi originari del ricorso straordinario^{103[103]};

b) la riattivazione del procedimento giustiziale amministrativo, mediante la rimessione degli atti alla sede straordinaria, ha luogo allorché l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale derivi dall'irritualità dell'atto di opposizione proposto ai sensi dell'art. 10, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971 (ad esempio, per tardività o per difetto di elementi essenziali o di notifica o di giurisdizione del giudice amministrativo), con esclusione di ogni altra causa, come quelle relative al ricorso straordinario o ai vizi dell'atto di riassunzione^{104[104]};

c) il termine di sessanta giorni dalla notifica del ricorso per chiedere la trasposizione e quello di sessanta giorni per il ricorrente per riassumere innanzi al giudice amministrativo, attenendo al ricorso giurisdizionale e non a quello straordinario, hanno carattere processuale e, quindi, restano sospesi nel periodo feriale^{105[105]}.

In ipotesi di accertata tardività del ricorso straordinario di cui l'impugnativa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale costituisce trasposizione, la giurisprudenza, in un caso, ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto^{106[106]}, mentre, in un altro, ha affermato che non sia possibile dedurre in sede giurisdizionale profili di tardività relativi alla proposizione del rimedio giustiziale, trattandosi di aspetti che avrebbero – se del caso – dovuto essere dedotti in sede di controricorso nella medesima sede giustiziale^{107[107]}.

^{103[103]} Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1194, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{104[104]} Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2858 e 19 dicembre 2003, n. 8354, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Allorquando il ricorso straordinario era consentito anche in materie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, il giudice amministrativo, investito a seguito di trasposizione del ricorso straordinario, se dichiarava il proprio difetto di giurisdizione, doveva rimettere gli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare. Ora si veda il disposto dell'art. 7, comma 8, del c.p.a. e quanto detto al paragrafo 6.

^{105[105]} Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. giust. amm. reg. sic., 25 marzo 1999, n. 131, in *Cons. Stato*, 1999, I, 519.

^{106[106]} Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2858, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{107[107]} Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 5248, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2010.

Da ultimo, inoltre, è stato ritenuto che il tradizionale canone di distinzione (e di alternatività) fra la proposizione del ricorso straordinario e la proposizione del rimedio in sede giurisdizionale postula che, a seguito della trasposizione, i soli motivi sostanziali dedotti nella sede giustiziale debbano essere trasfusi nella sede giurisdizionale, mentre, invece, per quanto concerne le questioni preliminari della fase giustiziale, esse risultino assorbite dalla richiesta di trasposizione e la loro riproponibilità nella sede giurisdizionale resti preclusa dal richiamato canone di distinzione strutturale fra i due rimedi^{108[108]}

Non è comunque consentita la restituzione alla sede straordinaria se:

- il ricorso giurisdizionale è inammissibile per vizi dell'atto di trasposizione effettuato dal ricorrente;
- il ricorso straordinario è a sua volta inammissibile.

16. Il contraddittorio e l'accesso.

Il procedimento per ricorso straordinario è scritto e a contraddittorio imperfetto, in quanto:

- 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;
- la vigente normativa non consente che la parte ricorrente, o il difensore della parte stessa, siano sentiti personalmente, poiché per le adunanze delle sezioni consultive del Consiglio di Stato valgono le disposizioni dell'art. 49, comma 1, del r.d. 21 aprile 1942, n. 444, secondo cui "gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti";
- non è previsto che la data dell'adunanza sia comunicata alle parti, che non possono parteciparvi;
- l'adunanza di decisione, sia della domanda cautelare, che del merito, non è pubblica e non consente la partecipazione delle parti e loro difensori^{109[109]}.

Il ricorso al diritto di accesso strumentalmente diretto a realizzare il contraddittorio ha costituito l'innovazione "pretoria" (Cons. Stato, commissione speciale, 28 gennaio 1998, n. 1023/1997^{110[110]}) che ha consentito di assicurare la parità delle armi tra le parti, coniugandola con le caratteristiche dell'istruttoria amministrativa.

Al riguardo il Consiglio di Stato, con il parere della commissione speciale 28 aprile 2009, n. 920^{111[111]}, ha richiamato la prassi consolidata a seguito del citato parere della commissione

^{108[108]} Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 5248, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2010.

^{109[109]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2667.

^{110[110]} In *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{111[111]} In *www.giustizia-amministrativa.it*.

speciale 28 gennaio 1998, n. 1023/1997 e del conseguente comportamento delle sezioni consultive^{112[112]}, secondo cui deve essere garantita al ricorrente la conoscenza 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 al Consiglio di Stato, il procedimento deve essere sospeso, in attesa che l’Amministrazione definisca le richieste del ricorrente.

Le sezioni consultive del Consiglio di Stato 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 e ai controinteressati notificati, assegnando a essi un termine congruo per la presentazione di eventuali domande d’accesso e 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 al Consiglio di Stato, corredata dalla documentazione da essi prodotta, avvertendo le parti che avranno facoltà di trasmettere eventuali ulteriori sintetici chiarimenti direttamente all’amministrazione stessa e al Consiglio di Stato entro un ulteriore termine;

c) venga puntualmente osservata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993^{113[113]}, 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 d.P.R. 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 del 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^{114[114]}.

Successivamente, il Consiglio di Stato, con il parere delle sezioni riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 4648/2010^{115[115]}, ha ulteriormente dettagliato il quadro d’insieme della procedura di accesso agli atti nel procedimento istruttorio sul ricorso straordinario, affermando che:

^{112[112]} Sez. III, 3 aprile 2007, n. 4907/2006, 16 maggio 2006, n. 1614/2006 e 24 gennaio 2006, n. 538/2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{113[113]} Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 29 luglio 1993, n. 176.

^{114[114]} Cons. Stato, comm. spec., 28 aprile 2009, n. 920, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{115[115]} In *Giurisdizione amministrativa*, 2012, anteprima, 44. Il parere è commentato da S. Morelli, *Accesso agli atti e implementazione del contraddittorio nella fase istruttoria del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urbanistica*

- l'accesso deve essere concesso solo alle parti (compresa quella pubblica) del procedimento, senza che ad esse spetti di provare in modo concreto e attuale l'interesse all'accesso, avente natura strumentale alla realizzazione del contraddittorio;

- l'accesso agli atti va concesso solo alla parte che effettivamente lo richieda, senza che il diritto assuma carattere officioso;

- 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 della Cost.) che al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo (art. 1, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241);

- in ogni caso, l'amministrazione deve comunicare il momento conclusivo dell'attività istruttoria e i relativi esiti (ossia la relazione *ex art. 11, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971*) 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;

- i documenti acquisiti e gli eventuali atti defensionali che siano stati già depositati dalle altre parti, purché anteriormente all'esito dell'istruttoria, rimarranno conoscibili a mezzo di apposita istanza di accesso, sempre che sia stata formulata in qualsiasi momento durante l'istruttoria e senza che per la sua formulazione occorran forme particolari o sacramentali;

- l'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. n. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività. Per economia dei mezzi, infatti, il contraddittorio tra le parti si deve necessariamente concludere 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;

- con la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per il parere, si realizza una preclusione istruttoria, del tutto simile a quella che nel processo deriva dalla spedizione della causa a sentenza;

- 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 e un ulteriore termine per le controrepliche, poiché le cadenze normativamente previste per l'istruttoria non lo permetterebbero;

- possibilità per il Consiglio di Stato di restituire gli atti all'amministrazione per permettere l'esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) qualora 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. Il che 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;

- non sono ammesse ulteriori istanze di accesso, successive alla definizione dell'istruttoria, non potendosi concedere termini ulteriori, né proroghe di quello già assegnato;

- relativamente al termine da assegnare a tutte le parti per la 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 art. 9 e 10 del d.P.R. n. 1199/1971 dura massimo centoottanta giorni - deve essere conclusa in centocinquanta giorni, per tenere conto dei trenta giorni del termine successivo all'accesso delle parti alla documentazione;

- 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.

Con particolare riguardo agli atti del fascicolo inerente il ricorso straordinario pendente in Consiglio di Stato, in ragione del carattere paragiurisdizionale che connota la relativa procedura e l'istruttoria, si è affermato che essi devono ritenersi ormai pienamente pubblici e accessibili per l'interessato con semplice istanza di copie presso la segreteria della sezione competente^{116[116]}. Il che non è perfettamente in linea con quanto ritenuto dal Consiglio di Stato con il citato parere delle sezioni riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 4648/2010^{117[117]}.

17. L'istruttoria.

L'istruttoria è condotta sempre dall'amministrazione statale, e in particolare dal "Ministero competente" (art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971), anche quando siano impugnati atti di enti pubblici

^{116[116]} Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 25, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{117[117]} In *Giurisprudenza amministrativa*, 2012, anteprima, 44.

non statali, o di enti pubblici statali diversi dallo Stato. Il che comporta non pochi problemi di ordine pratico e temporale, in quanto la relazione ministeriale dovrà necessariamente essere predisposta tenendo conto (e sulla base) di quella preparata dalla diversa amministrazione che ha emanato l'atto impugnato.

L'art. 11, commi primo e secondo, del d.P.R. n. 1199/1971 prevede che "Entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 9, quarto comma" (di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso), "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" e che, "Trascorso il detto termine, il ricorrente può 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 presso il Consiglio di Stato".

Ciò comporta che, in caso di inerzia o di ritardi istruttori, il ricorrente può depositare direttamente copia del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica presso il Consiglio di Stato, il quale, ex art. 13, comma 1, primo periodo, del citato d.P.R., in ogni caso "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".

I ricorsi con i quali si impugnano atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero devono essere presentati alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che ne cura la relativa istruttoria (art. 11, comma terzo, del d.P.R. n. 1199/1971).

Un primo problema nella fase dell'istruttoria conseguente alla proposizione del ricorso straordinario, di competenza dei Ministeri interessati, è dato dal rispetto dei termini, finalizzati a esigenze di buona amministrazione, di certezza delle situazioni giuridiche e di correttezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione; il che costituisce garanzia e salvaguardia dell'effettività dei rimedi giustiziali.

Di rilievo, al riguardo, la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993^{118[118]}, dal titolo "Rispetto dei termini per l'istruzione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica".

La direttiva tende a risolvere le problematiche conseguenti a ritardi nell'istruzione dei ricorsi straordinari e considera che la fase istruttoria dei procedimenti in questione è soggetta all'obbligo

^{118[118]} Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 29 luglio 1993, n. 176.

generale di conclusione in un dato termine (art. 2 della l. n. 241/1990), che può riferirsi anche a fasi endoprocedimentali, e che il termine per l'istruzione dei ricorsi straordinari è stabilito dall'art. 11, in relazione all'art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971.

Di seguito si riporta il testo della direttiva:

<<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 novembre 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.

2. Nell'ipotesi in cui dopo la scadenza del termine di cui al citato art. 11, comma secondo, 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.

3. I Ministeri competenti daranno in ogni caso comunicazione ai ricorrenti, nella ricevuta rilasciata ai sensi dell'art. 9, comma secondo, del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, o successivamente, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, del nominativo del responsabile dell'istruzione del ricorso presentato e del termine entro cui l'istruzione sarà presumibilmente completata.

4. Allo scopo di individuare eventuali iniziative occorrenti ad assicurare un omogeneo ed equilibrato sistema procedimentale per l'attuazione dei principi 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:

a) gli attuali tempi di definizione delle istruttorie inerenti a ricorsi straordinari;

b) le misure di razionalizzazione organizzativa adottate per rendere i tempi conformi a quelli previsti dalla norma;

c) i nominativi dei preposti alle unità organizzative responsabili del procedimento in questione; a questa Presidenza verranno comunicate le successive variazioni di detti nominativi;

d) le sanzioni adottate nei confronti dei responsabili dei procedimenti per i ritardi riscontrati>>.

La giurisprudenza ha sottolineato che la violazione da parte del Ministero competente dell'obbligo di istruire e trasmettere al Consiglio di Stato il ricorso straordinario entro centoventi giorni dalla scadenza del termine indicato dall'art. 9, comma quarto, del d.P.R. n. 1199/1971, così come in genere l'inottemperanza dell'amministrazione alle richieste istruttorie del Consiglio di

Stato, è valutabile anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 116 del c.p.c.^{119[119]}; oltre a potere dare luogo a responsabilità di ordine disciplinare, amministrativo e penale, a carico dei funzionari, in caso di ritardo^{120[120]}. Si vedano ora anche le disposizioni di cui all'art. 2, commi da 9 a 9-quinquies, della l. n. 241/1990, come introdotti dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (dal titolo "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo"), convertito, con modificazioni, dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, in ambito di conclusione del procedimento.

Ai sensi dell'art. 49, comma primo, del r.d. n. 444/1942 ("Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato"), inserito nel titolo IV riguardante gli "Affari consultivi", "Gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti". Il successivo comma aggiunge poi che "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".

L'istruttoria sul ricorso straordinario spetta all'amministrazione competente.

Il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. n. 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, è in parte diverso dal modulo processuale.

Ai sensi dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971, rientra nei poteri del Consiglio di Stato di "richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni". Si prevedono, quindi, tre mezzi di prova: i documenti, i chiarimenti, le verificazioni. Non è ammessa, invece, la prova testimoniale^{121[121]}.

In ordine ai mezzi di prova e alle modalità di assunzione vale l'elaborazione giurisprudenziale formatasi per il processo amministrativo.

18. Il procedimento: eccezione di costituzionalità; pregiudiziali comunitarie; sospensione dei termini nel periodo feriale; sospensione del giudizio.

Ai sensi dell'art. 13, comma primo, terzo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971 - inserito dall'art. 69, comma 1, della l. n. 69/2009 - il Consiglio di Stato, "Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non

^{119[119]} Cons. Stato, sez. I, 6 giugno 2001, n. 1317, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2415. L'art. 116, comma secondo, del c.p.c. prevede che "Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo".

^{120[120]} Cons. Stato, sez. III, 23 ottobre 2001, n. 894/01, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1839.

^{121[121]} Cons. Stato, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 4682/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1502.

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, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati”.

La proposizione di motivi di illegittimità costituzionale nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la conseguente possibilità attribuita al Consiglio di Stato di rimettere alla Corte costituzionale, in presenza dei previsti requisiti di rilevanza e di non manifesta infondatezza, sospendendo il relativo giudizio, seguono le medesime regole proprie del giudizio innanzi al Tribunale amministrativo regionale e al Consiglio di Stato in sede di appello.

La l. n. 69/2009 ha superato le problematiche conseguenti alla sentenza della Corte costituzionale 21 luglio 2004, n. 254^{122[122]}, che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della l. 29 gennaio 1994, n. 87, sollevata dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario; ciò sul presupposto che la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale, la cui natura amministrativa era evidenziata dal fatto che l'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971 prevedeva che, ove il ministro competente intenda proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, doveva sottoporre la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri (provvedimento, quest'ultimo, evidentemente non giurisdizionale, per la natura dell'organo da cui promana). Mentre non rilevava, secondo la Corte, il riconoscimento di tale natura (giurisdizionale) da parte della Corte di Giustizia CE^{123[123]}, perché operato ad altri fini e sulla base di norme diverse da quelle che vengono in rilievo nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

La riforma del 2009, che ha attribuito alle sezioni consultive del Consiglio di Stato il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di ricorso straordinario, potrebbe sollevare dubbi di costituzionalità con riguardo alla scelta di effettuare tale riconoscimento con legge ordinaria (art. 69 della l. n. 69/2009) in contrasto con l'art. 137, comma 1, della Cost., che pone una riserva di legge costituzionale su condizioni, forme, termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia^{124[124]}.

Tali dubbi sono rimuovibili ritenendosi che, una volta qualificata (ribadita e rafforzata) ulteriormente da parte della legge la natura giurisdizionale del Consiglio di Stato nel procedimento di decisione del ricorso straordinario, che assume caratteri di giudizio, il medesimo organo sia

^{122[122]} In *Foro amm. CDS*, 2004, 2460.

^{123[123]} Sez. V, 16 ottobre 1997, procedimenti riuniti C-69/96 e C-79/96, in *Foro Amm.*, 1997, 2610.

^{124[124]} Ai sensi dell'art. 137, comma 1, della Cost., “Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte”.

necessariamente qualificabile come giudice *a quo* ai fini del sollevamento della questione di costituzionalità^{125[125]}.

La Corte di giustizia CE^{126[126]} ha affermato che il Consiglio di Stato, quando è chiamato ad esprimere parere in sede di ricorso straordinario, è effettivamente legittimato a sollevare questioni di pregiudiziale comunitaria, dal momento che, anche in questa sede, costituisce una “giurisdizione” ai sensi dell’art. 177 del Trattato della Comunità Europea, ora art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE). Di qui la possibilità di rimettere alla Corte di giustizia dell’Unione europea, ai sensi dell’art. 267 (ex art. 234) del TFUE, questioni sull’interpretazione dei trattati e sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione^{127[127]}.

La sospensione dei termini nel periodo feriale (dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno), prevista dall’art. 1 della l. 7 ottobre 1969, n. 742, non si applica al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica siccome riferibile soltanto ai termini processuali^{128[128]}.

La sospensione del giudizio disciplinata dall’art. 295 del c.p.c. - secondo cui “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” - in quanto espressione dell’esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti fra giudicati – e in tale senso immanente nel sistema della giustizia amministrativa comprensivo del rimedio del ricorso straordinario – trova logica applicazione anche nel caso di pendenza di controversia promossa con

^{125[125]} Rileva A. Auletta (*Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, cit., 2) che, se il combinato disposto dell’art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e dell’art. 23 della l. n. 87/1953 impone che l’incidente di costituzionalità sia sollevato “nel corso di un giudizio innanzi all’autorità giurisdizionale” e che la questione debba essere ritenuta “dal giudice” non manifestamente infondata, la Corte costituzionale (15 giugno 1966, n. 83, in *Giur. cost.*, 1966, 1074) ha costantemente (e fin dagli anni sessanta) precisato: che per “autorità giudiziaria” si deve intendere “l’organo che, pur estraneo all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibito a compiti di diversa natura, sia tuttavia investito, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione di legge”; e che il “giudizio” va identificato con “il procedimento che, indipendentemente dalla natura e dalle relative modalità di svolgimento, si compie alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale”.

^{126[126]} Sez. V, 16 ottobre 1997, procedimenti riuniti C-69/96 e C-79/96, in *Foro Amm.*, 1997, 2610.

^{127[127]} Ai sensi dell’art. 267 del TFUE “La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull’interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

^{128[128]} Cons. Stato: sez. III, 21 aprile 2009, n. 714, in *Foro amm. CDS*, 2009, 4, 1095; sez. II, 24 agosto 2007, n. 3047, in *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2301; sez. II, 8 aprile 1975, n. 2508, in *Riv. amm. R. It.*, 1978, 395.

ricorso straordinario avente contenuto pregiudiziale^{129[129]}. Sebbene l'art. 295 del c.p.c. preveda testualmente la sospensione del processo pregiudicato nel caso in cui altro giudice debba risolvere una controversia pregiudiziale, la giurisprudenza era univocamente orientata nell'estendere tale previsione anche all'ipotesi in cui la controversia pregiudiziale fosse pendente per l'effetto della proposizione di un ricorso straordinario.

L'utilizzo dell'art. 295 del c.p.c. è anche ammesso, all'inverso, ossia nel procedimento relativo al ricorso straordinario nel caso in cui la pregiudizialità riguarda una causa pendente innanzi al giudice amministrativo^{130[130]}.

19. Il parere del Consiglio di Stato.

Ai sensi dell'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>>.

La norma, con riguardo alla possibilità di deferimento all'adunanza generale del Consiglio di Stato, trova precedente nell'art. 47 del r.d. n. 444/1942 ("Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato") con espresso riferimento al caso in cui la questione abbia carattere di interesse generale o di massima.

Il parere reso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario si basa esclusivamente sull'applicazione delle norme di legge. Con la l. n. 69/2009 il parere è diventato, da parzialmente vincolante, totalmente vincolante, perché in nessun caso il Governo può discostarsi.

Il Consiglio di Stato quando esprime un parere nell'ambito della decisione di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non opera quale organo consultivo dell'amministrazione nel suo complesso, bensì quale organo ausiliario del Governo in una peculiare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà; mediante la quale la funzione consultiva concorre

^{129[129]} Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2290 e 30 giugno 2003, n. 3896, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{130[130]} Ad esempio, nel caso di atti connessi, di cui quello presupposto impugnato in altra sede (Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2004, n. 2708/02, in www.giustizia-amministrativa.it).

con quella giurisdizionale ad attuare il precetto costituzionale della giustizia nell'amministrazione^{131[131]}.

Il che si evince dal riconoscimento costituzionale della funzione consultiva del Consiglio di Stato, qualificato, dall'art. 100, comma primo, della Cost., come "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione".

Attualmente le sezioni consultive del Consiglio di Stato competenti alla decisione dei ricorsi straordinari sono due: la prima e la seconda.

20. La 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.

Considerato che all'amministrazione non è consentito discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Stato, avente carattere vincolante [art. 14, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971, come modificato dall'art. 69, comma 2, lett. a), della l. n. 69/2009], il decreto finale di decisione del ricorso straordinario ha una valenza meramente dichiarativa^{132[132]}.

Il decreto del Presidente della Repubblica di decisione ha i requisiti formali prescritti per il d.P.R. e, come contenuto, il parere del Consiglio di Stato, sotto forma di menzione in premessa, e di riproduzione del suo contenuto (ovvero rinvio per *relationem* ad esso). Così che il contenuto sostanziale del d.P.R. è dato dal parere del Consiglio di Stato.

In ogni caso l'amministrazione è tenuta a comunicare al ricorrente, unitamente al d.P.R., anche il testo del parere del Consiglio di Stato; che nella sostanza costituisce la vera decisione del parere^{133[133]}.

A meno che il Consiglio di Stato ritenga di disporre istruttoria o di ordinare l'integrazione del contraddittorio - in tal caso demandandola al Ministero competente - o di sospendere l'espressione del parere rimettendo una questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale o di pregiudiziale comunitaria alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 del TFUE, e quindi sempre che l'istruttoria sia completa e il contraddittorio regolare, il parere può essere del seguente contenuto (art. 13 del d.P.R. n. 1199/1999):

<<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;

^{131[131]} Cons. Stato, sez. I, 28 giugno 2000, n. 576, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{132[132]} Si veda il commento di V. Lopilato all'art. 112 del codice, in A. Quaranta e V. Lopilato, *Il Processo amministrativo*, cit., 887.

^{133[133]} Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 1976, n. 512/74, in *Cons. Stato*, 1979, I, 454.

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 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>>.

La decisione, quindi, può essere di vario contenuto: il ricorso straordinario può essere accolto, respinto o vi può essere la dichiarazione di inammissibilità, ove si riconosca che il ricorso non poteva essere proposto, ad esempio perché l'atto impugnato non era definitivo (ed era quindi ammesso un ricorso gerarchico), salva la facoltà dell'assegnazione di un breve termine per presentare all'organo competente il ricorso amministrativo, se si accerta l'esistenza di un errore ritenuto scusabile.

Nel caso in cui il ricorso venga accolto, l'atto è annullato; l'annullamento avrà effetto esclusivamente tra le parti, salvo che non si tratti di un atto avente natura normativa (quale un regolamento), nel quale l'efficacia dell'annullamento opera *erga omnes*.

Nel caso in cui venga riconosciuto fondato soltanto un motivo di competenza l'affare viene rimesso all'organo competente.

Se i vizi dedotti sono ritenuti infondati, il ricorso viene respinto.

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 dall'emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati. Nel caso di omissione da parte dell'amministrazione, può provvedervi la parte interessata, ma le spese sono a carico dell'amministrazione stessa (art. 14, commi secondo e terzo, del d.P.R. n. 1199/1971).

Quanto al contenuto delle decisioni in rito esso può essere il più vario e non presenta peculiarità rispetto ai modelli tipici della sentenza che pronuncia su di un ricorso giurisdizionale.

Il ricorso se tardivo va dichiarato irricevibile.

Va dichiarato inammissibile il ricorso straordinario:

a) mancante della sottoscrizione del ricorrente in quanto, difettando nel ricorso stesso l'elemento essenziale e necessario dell'autenticità, si rende inammissibile il giudizio^{134[134]};

^{134[134]} Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 1982, n. 36, in www.giustizia-amministrativa.it.

b) non notificato (“nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali”, ex art. 9, comma secondo, del d.P.R. n. 1199/1971) all’unico soggetto controinteressato, o almeno ad uno dei vari controinteressati;

c) non notificato, con le modalità e nei termini fissati dal competente Ministero, a tutti i controinteressati espressamente individuati in una precedente pronuncia interlocutoria che aveva disposto l’integrazione del contraddittorio ai sensi dell’art. 13, lett. b), del d.P.R. n. 1199/1971^{135[135]},

d) proposto da soggetto carente di legittimazione attiva;

e) presentato da soggetto originariamente carente di interesse;

f) proposto al Presidente della Repubblica invece che al Presidente della Regione Siciliana, o viceversa, salva l’eventuale concessione di rimessione in termini in caso di errore scusabile^{136[136]}.

Il ricorso va dichiarato improcedibile:

a) in caso di carenza sopravvenuta di interesse;

b) di rinuncia al gravame;

c) a seguito della proposizione dell’istanza di trasposizione.

21. La tutela cautelare.

L’art. 3, comma 4, della l. n. 205/2000 ha previsto per la prima volta la tutela cautelare nel ricorso straordinario. La norma così dispone: “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 era stata già riconosciuta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in sede consultiva. Si deve, infatti, a quest’ultimo la configurazione concreta dell’istituto cautelare nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con l’attribuzione della competenza a decidere al ministro competente, previo parere conforme del Consiglio di Stato (commissione speciale, 3 maggio 1991, n. 16^{137[137]}).

Ai sensi dell’art. 48, comma 2, del c.p.a., “Le pronunce sull’istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di

^{135[135]} Cons. Stato, sez. III, 6 aprile 1982, n. 501, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{136[136]} Cons. Stato, sez. I, 31 ottobre 2001, n. 908/01, in *Cons. Stato*, 2002, I, 704.

^{137[137]} In *Dir. proc. amm.*, 1993, 533.

deposito dell'atto di costituzione in giudizio previsto dal comma 1. Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al tribunale amministrativo regionale”.

Ciò vuol dire che, qualora venga chiesta la trasposizione e il ricorrente si costituisca innanzi al Tribunale amministrativo regionale, l'eventuale pronuncia cautelare resa in sede straordinaria perde efficacia automaticamente decorsi sessanta giorni dal deposito dell'atto di costituzione da parte del ricorrente.

L'istanza cautelare, proposta ai sensi dell'art. 3, comma 4, della l. n. 205/2000 nell'ambito del ricorso straordinario, non è soggetta ai termini e alle scansioni procedurali che la legge detta ai fini dell'adozione da parte del Consiglio di Stato del parere di merito. Infatti, non è necessario attendere l'espletamento, da parte del ricorrente, della procedura di deposito diretto prevista dall'art. 11 del d.P.R. n. 1199/1971 e il potere cautelare attribuito al Consiglio di Stato in sede consultiva non può rimanere condizionato dall'eventuale perdurante inerzia istruttoria dell'amministrazione^{138[138]}.

Il procedimento cautelare si articola in tre fasi: istanza di parte e relazione ministeriale; parere del Consiglio di Stato; decreto ministeriale.

Mancando una disciplina legale del procedimento di sospensione cautelare in sede straordinaria, alcune regole sono state poste in via giurisprudenziale dal Consiglio di Stato, con il parere della commissione speciale 28 aprile 2009, n. 920^{139[139]}, col quale si è affermato che:

- l'atto del Ministero deve essere “conforme” al parere (che ha carattere vincolante); così che basta che l'atto stesso venga semplicemente giustificato con riferimento al parere, senza necessità di alcuna motivazione in senso tecnico;

- in sede consultiva la domanda cautelare dà 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;

- alla fase cautelare è applicabile il principio, ripetutamente affermato dagli art. 11-14 del d.P.R. n. 1199/1971, secondo cui 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

^{138[138]} Cons. Stato, sez. I, 12 dicembre 2001, n. 1107, in *Cons. Stato*, 2002, I, 199, secondo cui il Consiglio di Stato deve ritenersi investito dei poteri cautelari per l'effetto del deposito all'ufficio ricorsi (da parte del ricorrente) di una copia del gravame, con la prova della regolare presentazione dello stesso all'autorità competente in uno dei modi previsti dall'art. 9 del d.P.R. n. 1199/1971, nonché con la prova della previa notifica ad almeno uno dei controinteressati, se necessaria.

^{139[139]} In www.giustizia-amministrativa.it.

agli adempimenti e ai termini del subprocedimento cautelare, in origine non previsto, deve ritenersi logicamente estensibile anche a tale subprocedimento;

- 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, e ai soli fini della deliberazione sulla sospensiva – non solo dal Ministero ma anche dal ricorrente; ciò in quanto l'urgenza di definire la domanda cautelare è manifestamente incompatibile con la procedura prevista in via generale dall'art. 11 del d.P.R. 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 e al deposito presso il Ministero competente;

- 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 referente è tenuta a conformarsi per il resto al parere del Consiglio di Stato).

Un secondo problema concreto conseguente consiste nel rendere compatibile l'urgenza di provvedere con la tutela dell'amministrazione e dei controinteressati. Al riguardo il Consiglio di Stato, sempre con il citato parere della commissione speciale n. 920/2009, ha dettato i passi da seguire:

- 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 è assistita dai prescritti requisiti del *periculum in mora* e del danno grave e irreparabile. In caso negativo la domanda è 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 o una qualsiasi delle parti non ne chieda il riesame entro il termine di sessanta giorni (in analogia all'identico termine previsto dall'art. 9, comma quarto, del d.P.R. 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 centoventi 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^{140[140]};

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 (ossia 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.

Secondo la formulazione testuale dell'art. 3, comma 4, della l. n. 205/2000, l'unico tipo di misura cautelare ammessa è la sospensione dell'atto impugnato. Resta aperto il problema dell'emanazione di altre misure cautelari provvisorie atipiche, ammesse in sede giurisdizionale (art. 55 del c.p.a.). Il dato normativo sembra nel senso della tipicità della tutela cautelare in sede straordinaria, ossia della limitazione alla sospensione del provvedimento impugnato^{141[141]}.

La dizione testuale di cui all'art. 3, comma 4, della l. n. 205/2000 esclude anche la tutela cautelare *ante causam*.

^{140[140]} Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 29 luglio 1993, n. 176.

^{141[141]} R De Nictolis, *op. cit.*, 2674.

Il decreto ministeriale che pronuncia sulla domanda cautelare segue lo stesso regime delle impugnazioni previsto per il decreto decisorio del ricorso straordinario, essendo sindacabile con ricorso al Tribunale amministrativo regionale nei medesimi limiti in cui è sindacabile il decreto del Presidente della Repubblica^{142[142]}.

22. I rimedi avverso la decisione del ricorso straordinario e il parere del Consiglio di Stato:

a) l'impugnazione del decreto di decisione del ricorso.

I margini per impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisorio di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sono estremamente ristretti. Se è vero che il decreto decisorio è formalmente un atto amministrativo e come tale è impugnabile in sede giurisdizionale, nondimeno la disciplina del ricorso straordinario pone precise limitazioni in coerenza con la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. Tali limitazioni sono costituzionalmente legittime perché a tutte le parti (eccettuata l'amministrazione statale) è data la possibilità di optare fra la sede giurisdizionale e quella straordinaria. Il ricorrente esercita tale opzione nel momento stesso in cui propone il ricorso; le controparti la esercitano nel momento in cui decidono se avvalersi o meno della facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario nella sede giurisdizionale; qualora non la richiedano, si autovincolano ad accettare la decisione^{143[143]}.

Il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario è impugnabile innanzi al giudice amministrativo solo per vizi attinenti alla forma e al procedimento intervenuti successivamente all'emissione del parere del Consiglio di Stato e non per quelli inerenti alla procedura e al contenuto del parere^{144[144]}. Il che rappresenta conseguenza del principio di alternatività ed evita che l'impugnazione in sede giurisdizionale porti a un riesame del giudizio espresso in sede consultiva, con la sovrapposizione della decisione giurisdizionale a quella del ricorso straordinario.

E' impedita, quindi, la valutazione di contestazioni che comportino un qualsiasi riesame del giudizio formulato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Ciò ai sensi dell'art. 10, comma terzo, del d.P.R. n. 1199/1971, secondo cui "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

^{142[142]} T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 maggio 2007, n. 465, in *Giurisd. Amm.*, 2007, II, 1080.

^{143[143]} Cons. Stato: sez. III, 10 marzo 2012, n. 1363, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ad. plen., 10 giugno 1980, n. 22, in *Foro it.*, 1980, III, 385.

^{144[144]} Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4324 e sez. VI, 27 agosto 2010, n. 5985, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo”.

Qualora fosse ammissibile il controllo di legittimità del decreto presidenziale decisorio del ricorso straordinario, ne conseguirebbe una duplicazione di giudizio, una violazione dei termini di decadenza e la nullificazione del principio dell’alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale^{145[145]}.

Tuttavia, il controinteressato cui non sia stato notificato il ricorso straordinario può impugnare la decisione di tale ricorso per qualsiasi vizio, e non solo per vizi di forma o del procedimento, dato che quest’ultima limitazione è normativamente prevista, dall’art. 10, comma primo, del d.P.R. n. 1199/1971, solo per il controinteressato a cui il ricorso sia stato notificato^{146[146]}.

L’impugnazione del decreto di decisione del ricorso straordinario innanzi al giudice amministrativo (di primo grado) presuppone che sulla controversia vi sia la giurisdizione del medesimo giudice. Mentre, se sulla controversia ha giurisdizione il giudice ordinario, i vizi di forma e procedura vanno dedotti con ricorso a quest’ultimo. L’evenienza non si verifica più per effetto dell’art. 7, comma 8, del c.p.a., che consente il ricorso straordinario unicamente nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (si rimanda al paragrafo 6).

E’ possibile per le parti ricorrere, avverso la decisione sul ricorso straordinario, in Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 111 della Cost.^{147[147]}. Ciò per effetto dell’art. 7, comma 8, del c.p.a.. Conseguisce che la decisione di un ricorso straordinario, adottata in violazione dei limiti di giurisdizione, è ricorribile in Cassazione per motivi di giurisdizione al pari delle sentenze del Consiglio di Stato, alle quali è equiparato in regime di alternatività il parere decisorio del Consiglio di Stato reso in sede di ricorso straordinario^{148[148]}.

La soluzione è evidenziata da Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065^{149[149]}, per la quale gli effetti della decisione straordinaria, assolutamente “intangibile”, sono del tutto “equiparati” a quelli della sentenza del Consiglio di Stato.

23. Segue: b) la richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato.

L’istituto del riesame del parere reso dal Consiglio di Stato su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non è contemplato dalla disciplina contenuta nel d.P.R. n. 1199/1971 e, in quanto

^{145[145]} Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9399, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{146[146]} Cons. Stato, ad. plen., 27 giugno 2006, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{147[147]} Secondo cui “Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

^{148[148]} A favore della ricorribilità in Cassazione per motivi di giurisdizione, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 500 e L. Maruotti, *op. cit.*, 483 e 484.

^{149[149]} In *Foro it.*, 2011, 3, I, 742.

suscettibile di protrarre, senza alcuna regola, la definizione del ricorso, si pone in contrasto con i principi di buon andamento dell'amministrazione e di certezza delle situazioni giuridiche^{150[150]}.

La regola, quindi, è quella della normale inammissibilità della richiesta di riesame.

Tuttavia, la regola conosce specifiche eccezioni in alcune limitate ipotesi. Tra queste rientra il caso in cui gli elementi addotti evidenzino la sussistenza di un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, ovvero comportino un'evidente non conformità a legge, specie in caso di “*jus superveniens*”, ovvero, infine, allorché tali elementi appaiano idonei a legittimare l'interessato a richiedere la revocazione dell'emanando decreto decisorio del ricorso straordinario^{151[151]}.

In sintesi, si è affermato che il riesame dei pareri emessi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario è ammissibile solo se la richiesta provenga dalla pubblica amministrazione competente, sia stata formulata prima dell'adozione del decreto presidenziale di decisione e non trovi fondamento in una divergenza interpretativa di norme^{152[152]}.

Il ricorrente non può chiedere il riesame del parere ma solo proporre ricorso per revocazione^{153[153]}.

Il Ministero richiedente il riesame deve porre il ricorrente al corrente della richiesta presentata al Consiglio di Stato e dei motivi di essa, affinché egli possa formulare controdeduzioni al riguardo.

24. Segue: c) la correzione di errore materiale del parere del Consiglio di Stato e del decreto di decisione del ricorso.

La correzione di errore materiale viene nella prassi chiesta dall'amministrazione in relazione al parere del Consiglio di Stato, prima della sua trasfusione nel decreto decisorio^{154[154]}.

Viene ammessa e disposta dalla competente sezione consultiva, senza attivazione del contraddittorio.

Ordinata la correzione, la stessa viene apportata sul parere, prima che sia emesso il decreto decisorio.

Si deve ritenere possibile tale rimedio anche in relazione al decreto di decisione del ricorso, sia per errori materiali “propri” del decreto, sia per errori commessi nel parere e riprodotti nel decreto di decisione. In tal caso l'iniziativa spetta sia all'amministrazione che al ricorrente e va seguito il

^{150[150]} Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2011, n. 4421, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2011, 3, 1022.

^{151[151]} Cons. Stato: sez. II, 18 settembre 2010, n. 1179, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2010, 9, 2010; sez. III, 2 dicembre 2009, n. 2870, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2009, 12, 2956; sez. I, 30 luglio 2009, n. 1982, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2009, 7-8, 1923; sez. I, 16 gennaio 2008, n. 4416, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{152[152]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2693 e seguenti.

^{153[153]} Cons. Stato, sez. I, 16 aprile 2003, n. 1630/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1838.

^{154[154]} Cons. Stato, sez. III, 27 febbraio 2007, n. 3036/2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

medesimo procedimento del ricorso straordinario, ossia: relazione dell'amministrazione; parere del Consiglio di Stato; decreto del Presidente della Repubblica di correzione^{155[155]}.

25. Segue: d) la revocazione.

La revocazione nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è disciplinata dall'art. 15 del d.P.R. n. 1199/1999, che così dispone:

<<I decreti del Presidente della Repubblica che decidono i ricorsi straordinari possono essere impugnati per revocazione nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile.

Nei casi previsti nei numeri 4 e 5 dell'art. 395 del codice di procedura civile il ricorso per revocazione deve essere proposto nel termine di sessanta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa o della pubblicazione del decreto impugnato nei modi stabiliti dai regolamenti particolari delle singole amministrazioni; negli altri casi il termine di sessanta giorni decorre dal giorno della scoperta o dell'accertamento del dolo o della falsità o del recupero dei documenti.

Al ricorso per revocazione sono applicabili, le norme contenute nel presente capo>>.

Pertanto, le decisioni dei ricorsi straordinari possono essere impugate in via straordinaria soltanto per revocazione e non è ammissibile il ricorso straordinario per revocazione che tenda al riesame di una questione già decisa. Ne consegue che la decisione sul ricorso straordinario acquista stabilità assimilabile nella sostanza al giudicato relativo a una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

Non è invece ammissibile un ricorso per revocazione avverso un decreto di decisione di un precedente ricorso straordinario per revocazione^{156[156]}.

La cause di revocazione sono comuni a quelle previste per l'omologo rimedio avverso le sentenze, alla cui trattazione si rinvia.

Con specifico riguardo al procedimento a seguito di ricorso straordinario, vizi dell'istruttoria possono dare corso a un ricorso per revocazione. In particolare, l'omessa trasmissione al Consiglio di Stato, da parte del Ministero referente, di una memoria difensiva prodotta dal controinteressato vizia il parere espresso dal Consiglio stesso per errore di fatto. Si è supposta, infatti, inesistente una memoria risultante positivamente dagli atti di causa. Tale errore di fatto consente la proposizione di un ricorso per revocazione avverso il decreto decisorio^{157[157]}.

Al ricorso per revocazione del decreto di decisione del ricorso straordinario vanno estese le regole elaborate in ordine al contraddittorio nelle impugnazioni giurisdizionali. Così che è

^{155[155]} R. De Nictolis, *op. cit.*, 2695.

^{156[156]} Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 2269/2007.

^{157[157]} Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2002, n. 2428, in *Giur. it.*, 2002, 2410.

sufficiente che il ricorso per revocazione sia depositato all'amministrazione. L'omessa notifica ad almeno un controinteressato non comporta inammissibilità, potendo essere ordinata l'integrazione del contraddittorio^{158[158]}.

26. L'esecuzione della decisione del ricorso straordinario e il giudizio di ottemperanza.

Ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. b) e d), del c.p.a., contenente disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza, "L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:...b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;...d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione"^{159[159]}.

L'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti della decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che era stata risolta in senso negativo prima delle modifiche apportate dall'art. 69 della l. n. 69/2009 e dell'introduzione del c.p.a., ha ora ottenuto il consenso della Corte di Cassazione (sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065^{160[160]} e 7 giugno 2012, n. 9183^{161[161]}) e del Consiglio di Stato (ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18^{162[162]} e sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513^{163[163]}), in considerazione delle modifiche intervenute che hanno rafforzato il carattere giustiziale del ricorso (potere di sollevare la questione di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato in occasione del parere da esprimere; carattere vincolante di tale parere ai fini della decisione del Capo dello Stato).

Nella citate decisioni della Suprema Corte si è osservato che la nuova regolamentazione normativa intesa alla "assimilazione" del rimedio straordinario a quello giurisdizionale, pur nella diversità formale del procedimento e dell'atto conclusivo, non può non assicurare una tutela effettiva del tutto simile, poiché, una volta che si riconoscano poteri decisori, su determinate controversie, formalmente diversi, ma analoghi, rispetto a quelli della giurisdizione, infrangerebbe

^{158[158]} Cons. Stato, comm. spec., 15 luglio 2008, n. 3058/07.

^{159[159]} Sul giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo si veda, da ultimo, A. Cerreto, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'ottemperanza nel ricorso straordinario di interesse i seguenti scritti di P. Quinto: *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in www.giustamm.it, n. 9-2012; *Quale giudice dell'ottemperanza per il ricorso straordinario? (Ordinanza Consiglio di Stato, Sez. III 4/8/2011)*, in *ibidem*; *Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario*, in *ibidem*, n. 6-2012; *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *ibidem*, n. 2-2011.

^{160[160]} In *Foro it.*, 2011, 3, I, 742. La sentenza è commentata da M. Andreis, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 546 e da A. Auletta, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato si pronunciano sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: luci, ombre ed implicazioni "di regime" della compiuta (?) giurisdizionalizzazione del rimedio*, in *La Rivista nel diritto*, 2011, 767. Successivamente, nello stesso senso di Cass., sez. un., n. 2065/2011, si vedano Cass., sez. un.: 28 aprile 2011, n. 9447; 10 marzo 2011, n. 5684; 7 febbraio 2011, nn. da 2818 a 2939.

^{161[161]} In www.lexitalia.it, n. 6/2012.

^{162[162]} In www.giustizia-amministrativa.it e in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1520.

^{163[163]} In *Foro it.*, 2011, 10, III, 530.

la coerenza del sistema una regolamentazione affatto inadeguata alla tutela effettiva dei diritti e tale da condurre, in spregio al dettato degli art. 2 e 3 della Cost., a creare una tutela debole.

Di interesse il contenuto della citata decisione del Cons. Stato, sez. VI, n. 3513/2011, che si riporta di seguito:

<<...la recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha superato le perplessità che si opponevano alla esperibilità del rimedio del ricorso in ottemperanza al fine di ottenere la esecuzione del decreto decisorio del ricorso straordinario.(Cassazione civile, Sezioni Unite, 28 gennaio 2011, n. 2065).

3. . Il Collegio concorda con tale prospettazione e osserva che, come è noto, il ricorso straordinario al Capo dello Stato costituisce un rimedio giustiziale che si colloca in simmetrica alternativa con quello giurisdizionale ancorchè di più ristretta praticabilità quanto al novero delle azioni esperibili

(Consiglio Stato , sez. III, 15 ottobre 2010 , n. 4609).

Di esso negli anni recenti è stata progressivamente esaltata utilità e funzione: dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare la progressiva giurisdizionalizzazione piena del medesimo (anche e soprattutto con riferimento alle garanzie defensionali): il punto più avanzato di tale processo evolutivo è rappresentato dal riconoscimento in sede comunitaria della possibilità di porre questioni pregiudiziali ai sensi dell' art. 267 (ex art. 234) del Trattato Ce (Corte giustizia CE, 16 ottobre 1997, n. 79).

Per altro verso, il Legislatore ha di recente interpolato l'art. 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 espressamente prevedendo ai sensi del modificato articolo 69, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 la possibilità che in sede di ricorso straordinario sia possibile proporre questione di legittimità costituzionale....

Ciò a definitivo superamento delle opposte considerazioni in passato espresse dalla Corte costituzionale,nella decisione 17 dicembre 2004, n. 392 e che costituivano il più rilevante argomento per i sostenitori della tesi della non piena giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario.

4. Non è arbitrario affermare, ad avviso del Collegio, che non è dubitabile che il petitum proposto in sede di ricorso straordinario sia perfettamente equiparabile (e produca lo stesso effetto) ad una "domanda giudiziale". Non ritiene il Collegio necessario immergere su tali aspetti.

Preme rilevare, però, che costituirebbe inammissibile antinomia, ed aporia in grado di mettere in crisi il disegno legislativo duale ed alternativo sinora sommariamente descritto, un principio che negasse la possibilità di esperire il rito dell'ottemperanza per ottenere che l'amministrazione si conformi a detto decisum (così sostanzialmente svalutando la portata del giudizio impugnatorio in

sede di ricorso straordinario qualificandolo “minus” rispetto a quello esperibile innanzi agli organi giurisdizionali della giustizia amministrativa).

Ciò colliderebbe con le disposizioni di legge sinora elencate e peraltro, costituirebbe il presupposto per la erosione e scomparsa dell’istituto, contrariamente alla ribadita permanente operatività del medesimo.

L’effettività del parallelismo e dell’alternatività dei due rimedi impone che – nelle materie e limitatamente alle domande per cui è proponibile ricorso straordinario- tale rimedio appresti un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente. Ed in tale affermazione è compresa la possibilità di esperire il ricorso per l’ottemperanza al fine di ottenere l’esecuzione del decreto presidenziale>>.

Inoltre, con la citata decisione della Corte di Cassazione, sez. un., n. 2065/2011, si è identificata e qualificata la natura giuridica del decreto del Presidente della Repubblica reso a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato, su parere vincolante del Consiglio di Stato, quale provvedimento esecutivo del giudice amministrativo [ex art. 112, comma 2, lett. b), del c.p.a.]. Conseguentemente, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la decisione sul ricorso straordinario resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato si colloca nell’ipotesi prevista alla lett. b) del comma 2 dell’art. 112 del c.p.a. e il ricorso per l’ottemperanza si propone, ai sensi del successivo 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” e non al Tribunale amministrativo regionale. Nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato (con la citata decisione dell’adunanza plenaria n. 18/2012)^{164[164]}.

Avendo il parere vincolante del Consiglio di Stato natura decisoria, è questa decisione che, formalizzata nel decreto del Presidente della Repubblica, costituisce il provvedimento del giudice amministrativo; ed è a quel giudice, il quale ha emesso la decisione, che occorre rivolgersi, ai sensi dell’art. 113, comma 1, del c.p.a., per proporre ricorso di ottemperanza^{165[165]}. In questo modo il giudizio di ottemperanza - in caso di violazione, inadempimento o elusione della decisione del Presidente della Repubblica - diventa prosecuzione del giudizio instaurato con il ricorso straordinario; ed è naturale che lo sia in unico grado innanzi allo stesso organo (il Consiglio di Stato) che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta.

La piena operatività del ricorso di ottemperanza comporta la sua ammissibilità a prescindere dall’epoca di proposizione del ricorso straordinario e di instaurazione del giudizio di ottemperanza.

^{164[164]} In senso contrario, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, 1001, secondo cui l’ottemperanza alla decisione sul ricorso straordinario deve farsi rientrare nell’ipotesi di cui alla lett. d) dell’art. 112, comma 2, del c.p.a., potendosi qualificare tale decisione alla stregua di un provvedimento formalmente amministrativo, quantunque (per molti aspetti) equiparato ad una sentenza.

^{165[165]} P. Quinto, *L’onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, cit., 3.

Il che vuol dire applicabilità retroattiva della riforma e delle connesse implicazioni in ordine ai rimedi esecutivi attivabili.

Risulta, pertanto, superato il precedente orientamento consolidato della Corte di Cassazione, la quale negava l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza con riferimento alla decisione emessa in sede di ricorso straordinario, osservando che la contrapposta soluzione, per quanto risultasse "ispirata al lodevole proposito di rafforzare le garanzie del cittadino di fronte all'azione della pubblica Amministrazione", non trovava alcun fondamento normativo, non potendosi ritenere che "l'atto del quale si domanda l'esecuzione abbia natura giurisdizionale" (Cass, sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978^{166[166]}). Le sezioni unite avevano precisato che requisito indefettibile dei procedimenti giurisdizionali, anche alla stregua di quanto stabilito dall'art. 111 della Cost., è che il "procedimento si svolga davanti ad un giudice terzo ed imparziale"; e, secondo la disciplina all'epoca vigente, protagonista anche ai fini decisori era una autorità amministrativa a fronte della non vincolatività, in termini assoluti, del parere del Consiglio di Stato, e della possibilità di delibare in contrasto con quel parere una soluzione della controversia con criteri diversi "dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto".

Dall'accoglimento della tesi precedente discendevano, come è noto, inconvenienti di non poco conto, tali da minare l'effettività della tutela conseguita. Il ricorrente vittorioso in sede di ricorso straordinario, non potendo proporre ricorso per l'ottemperanza, avrebbe dovuto, o ricorrere avverso il silenzio, o impugnare gli atti violativi o elusivi del decreto presidenziale. Sennonché, qualora si fosse trattato di controversie su diritti soggettivi in materie non devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (il che era possibile fino all'introduzione dell'art. 7, comma 8, del c.p.a.), la tutela avverso il silenzio non era attivabile, essendo il giudice amministrativo sfornito della giurisdizione sulla questione sostanziale sottostante; peraltro, anche quando l'amministrazione avesse adottato atti elusivi o violativi del decreto decisorio, la tutela (di annullamento, come se un annullamento non fosse già intervenuto) attingibile dal privato si rivelava piuttosto effimera e defaticante. Così che il ricorrente (vittorioso in sede straordinaria) tornava al punto di partenza, dovendo percorrere il tortuoso itinerario dei due gradi di giudizio per ottenere una decisione

^{166[166]} In *Foro it.*, 2002, I, 2447; sentenza alla quale la successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato si era adeguata. Solo negli anni 2000 e 2001 il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2649; sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 805; sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2501) aveva contraddetto l'indirizzo negatorio, affermando l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza. Già, nel medesimo senso di Cass. n. 15978/2001, Cass., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Foro it.*, 1953, I, 1577, con la quale la Cassazione aveva annullato una sentenza del Consiglio di Stato che si era pronunciato nel senso dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del decreto decisorio emesso in sede di ricorso straordinario. A tale orientamento si era, successivamente, conformata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 9 luglio 1954, in *Cons. Stato*, 1954, I, 704; 9 novembre 1957, *ivi*, 1957, I, 1401; e, più recentemente, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 1640; Cons. giust. amm. reg. sic., 7 novembre 2002, n. 604, *ivi*, 2002, 3021; sez. V, 29 gennaio 2003, n. 456, in *Cons. Stato*, 2003, I, 125; sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5501, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 2629).

conforme a quella contenuta nel decreto presidenziale: solo a quel punto avrebbe potuto attivare il rimedio dell'ottemperanza. Con conseguente lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantito.

L'eventuale accoglimento del ricorso di ottemperanza segue lo schema ordinario tipico utilizzato dal giudice amministrativo: condanna dell'amministrazione intimata a dare piena, compiuta e integrale esecuzione al decreto di decisione del Presidente della Repubblica emesso a seguito del ricorso straordinario entro un dato termine (decorrente generalmente dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione, se antecedente, della decisione); e, in caso di persistente inottemperanza all'obbligo di esecuzione del citato decreto presidenziale, nomina di un commissario *ad acta* al fine della completa e piena soddisfazione dell'interesse conseguente all'esecuzione della decisione e connesso al bene della vita preteso.

Una volta ammesso il giudizio di ottemperanza delle decisioni dei ricorsi straordinari innanzi al giudice amministrativo, risulta superata la problematica inerente la sua proponibilità nelle forme previste per il ricorso straordinario; proponibilità comunque esclusa dalla giurisprudenza^{167[167]}.

27. Considerazioni finali.

In conclusione della trattazione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si può dire che esso costituisce, insieme al ricorso giurisdizionale, uno strumento ulteriore e alternativo alla risoluzione delle controversie attribuite alla giurisdizione del plesso della giustizia amministrativa.

Un antico e storico rimedio, quale il ricorso straordinario, è stato rigenerato dalla l. n. 69/2009 e dal c.p.a. e assume a nuova vita.

Attualmente esso va visto in parallelo con il ricorso innanzi al giudice amministrativo come, entrambi, rimedi esperibili nell'ambito del sistema "giustizia amministrativa" e, quindi, nella giurisdizione di quel giudice. Anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica assicura la "tutela della giustizia nell'amministrazione". Funzione, quest'ultima, attribuita al Consiglio di Stato, assieme a quella di "consulenza giuridico-amministrativa", dall'art. 100, comma primo, della Cost., che va letto in collegamento con l'art. 103, comma primo, della Cost., secondo cui "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"; oltre che con gli art. 24, 111, 113 e 125 della Cost.. Con la conseguenza che il rimedio straordinario diviene ammissibile in caso di lesione di diritti soggettivi solo allorché la materia sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E'

^{167[167]} Cons. Stato, sez. II, 23 gennaio 2012, n. 1165, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1, 168.

il sistema “giustizia amministrativa” che si compone, al proprio interno, di due strumenti di tutela, tra loro perfettamente alternativi: il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo regionale.

Siffatto sistema di giustizia, duale al proprio interno, si conforma a principi di effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, di giusto processo e di ragionevole durata del processo costituzionalmente garantiti, nonché di reciproca esclusività delle giurisdizioni a fronte di medesima azione (art. 24 e 111, commi primo e secondo, della Cost.). Con il codice del processo amministrativo viene attuato il principio dell'unità funzionale della giurisdizione, intesa nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e, quindi, comprensiva delle diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Lo si desume dalla convergenza di varie norme della Costituzione (art. 24, comma primo, 113, commi primo e secondo, e 111, comma primo)^{168[168]}.

Emerge, tuttavia, una non completa coincidenza tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, avendo il primo un campo di intervento più limitato rispetto al secondo (anche con riguardo alle azioni esperibili)^{169[169]}. Oltre all'irrazionalità di un sistema che prevede, per le controversie aventi ad oggetto determinate materie (sensibili), un rito abbreviato se si presenta ricorso giurisdizionale (art. 119 del c.p.a.), mentre nulla cambia se si sceglie la strada del ricorso straordinario (tranne che per il contenzioso sui pubblici appalti in cui il relativo rimedio non è ammesso).

Il relativo procedimento non è del tutto eguale. Alcuni limiti sono insiti nel rimedio straordinario a causa della non completezza del contraddittorio tra le parti e delle modalità di svolgimento dell'istruttoria, attribuita in una prima fase alle autorità ministeriali; ma si tratta di limiti molto attenuati rispetto al passato per effetto dell'intervento incisivo e costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, nella sempre maggiore valorizzazione del carattere “giustiziale” del ricorso straordinario, ha esteso allo stesso criteri e principi propri del processo innanzi al giudice amministrativo.

Risulta, comunque, evidente la tendenziale omologazione del ricorso straordinario al processo innanzi al giudice amministrativo^{170[170]}. Oltre il carattere vincolante del parere reso dal Consiglio

^{168[168]} Si veda Cass., sez. un., ordinanza, 6 marzo 2009, n. 5464, e 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 10, 2639.

^{169[169]} Il ricorso straordinario non è ammesso: contro gli atti amministrativi non definitivi; per azioni di mero accertamento e di condanna; nei casi in cui il giudice amministrativo è destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali; al fine di conseguire la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere; nel contenzioso sui pubblici appalti e in quello elettorale.

^{170[170]} Se è vero che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce un rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale, sebbene di più ristretta latitudine circa le azioni esperibili, la giurisprudenza è andata progressivamente sottolineando la sostanziale equivalenza e l'assimilazione del ricorso straordinario medesimo al ricorso giurisdizionale (Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3224, in www.giustizia-amministrativa.it).

di Stato - unico organo, terzo e imparziale, deputato alla decisione, il quale, sebbene in sede consultiva, ha pur sempre natura di giudice - nel ricorso straordinario è oggi consentito al supremo Consesso della giustizia amministrativa rimettere questioni di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale e domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea - ai sensi dell'art. 267 del TFUE - di pronunciare, in via pregiudiziale, sull'interpretazione dei trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Possibilità quest'ultima ammessa testualmente qualora la questione sia stata "sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri" (citato art. 267).

Con l'ammissibilità della tutela cautelare e del ricorso di ottemperanza si è, poi, attribuita piena e completa effettività al rimedio del ricorso straordinario e alle conseguenti decisioni del Presidente della Repubblica, equiparando la scelta del ricorso straordinario, in punto di utilità sostanziali conseguibili dal ricorrente e di tutela dei controinteressati, all'impugnativa in sede giurisdizionale.

La mancanza di un pieno parallelismo, data la non completa coincidenza del ricorso straordinario con il ricorso giurisdizionale, non sminuisce il primo rispetto al secondo; se i due rimedi fossero perfettamente coincidenti ne deriverebbe l'inutilità del primo. Anzi, i vantaggi conseguenti alla proposizione del ricorso straordinario, laddove consentita - termine più lungo di impugnazione, concreta efficacia, economicità e rapidità, dato anche l'unico grado del procedimento e i tempi ristretti normalmente richiesti per la decisione finale - lo collocano in posizione del tutto equiordinata con il ricorso giurisdizionale all'interno del sistema unitario di giustizia amministrativa; con pari dignità, efficienza ed efficacia. Oltre che al primo posto degli strumenti alternativi, in funzione di deflazione del contenzioso, al ricorso al Tribunale amministrativo regionale.
