



ROMA

CORSO ANNUALE

DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER MAGISTRATO ORDINARIO, TAR, CORTE DEI CONTI 2014/2015

Direttore Scientifico
Roberto Giovagnoli
Consigliere di Stato

AMMINISTRATIVO

Roma, mercoledì 10 giugno 2015
CARTE GEOGRAFICHE

ITA Srl

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - www.itasoi.it e-mail: ita@itasoi.it

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



NATURA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTA DELLA REPUBBLICA

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – sentenza 14 maggio 2014 n. 10414

Pres. ff. Rovelli, Rel. Amoroso – V.G. (Avv. Maggi) c. Comune di Andria (Avv. De Candia) – (dichiara inammissibile il ricorso avverso il decreto del Presidente della Repubblica del 04/10/2012).

1. Giustizia amministrativa – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Decisione – Ricorribilità di essa in Cassazione per motivi di giurisdizione – Ex art. 111, comma 8, Cost. – Possibilità – Sussiste.

2. Giustizia amministrativa – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Natura giuridica – E' sostanzialmente giurisdizionale.

3. Giurisdizione e competenza – Generalità – Giurisdizione – E' un attributo originario del giudice – Sindacato attribuito in materia alle Sezioni Unite – E' generalizzato.

4. Giustizia amministrativa – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Mancata contestazione nel procedimento della giurisdizione adita – Proposizione successiva di un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. – Inammissibilità.

1. La decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, sicché deve necessariamente esserci il sindacato ultimo delle Sezioni Unite della Cassazione, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, comma 8, Cost., in quanto riferibile in un unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato (1).

2. Va riconosciuta natura sostanzialmente giurisdizionale al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed all'atto terminale della relativa procedura. Non ostano a tale riconoscimento le persistenti peculiarità che il rimedio in esame presenterebbe rispetto all'ordinario processo amministrativo, con precipuo riferimento al perimetro delle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell'istruttoria e al novero dei mezzi di prova acquisibili (2).

3. In generale può dirsi che la giurisdizione è un attributo originario del giudice ed è attratta alla garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost., comma 1); il quale è innanzi tutto un giudice fornito di giurisdizione, facoltizzato dall'ordinamento a *jus dicere*. Il corollario di tale garanzia costituzionale è che c'è anche un giudice della giurisdizione che opera il sindacato ultimo sulla sussistenza, o no, della giurisdizione; giudice che è unico e che è individuato nelle Sezioni Unite di questa Corte di cassazione come può desumersi dall'art. 111 Cost., comma 8. Il sindacato sulla giurisdizione è quindi generalizzato – con la sola eccezione della giurisdizione della Corte costituzionale la quale, essa sola, è allo stesso tempo giudice della sua giurisdizione come può desumersi dalla prescritta non impugnabilità delle sue decisioni (art. 137 Cost., comma 3) – ed esprime una garanzia costituzionale che attiene alla precostituzione del giudice naturale.

4. La parte che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che la parte intimata abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm., né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo il regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito (come nella specie) – o esplicito – presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente (3).

(1) Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm

(2) Cfr. Cass., Sez. Unite 6 settembre 2013, n. 20569 e Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cdsap_2013-05-06-1.htm, che, componendo un contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto anch'essa il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell'atto terminale della relativa procedura. Ed ha aggiunto che non ostano a tale riconoscimento le persistenti peculiarità che il rimedio in esame presenterebbe rispetto all'ordinario processo amministrativo, con precipuo riferimento al perimetro delle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell'istruttoria e al novero dei mezzi di prova acquisibili.

Nella motivazione della sentenza in rassegna si ricorda che di questo nuovo corso giurisprudenziale ha tenuto conto anche la Corte costituzionale (sent. n. 265 del 2013, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/ccost_2013-11-13-2.htm), che, espressamente richiamandolo, ha affermato l'ammissibilità, in quanto sollevata nel corso di un procedimento di natura giurisdizionale, della questione incidentale di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – sezioni riunite, chiamato a rendere il parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana.

Si tratta pertanto di un procedimento di natura giurisdizionale, ma con una marcata connotazione di specialità. Siffatte peculiarità – aggiunge l'Adunanza Plenaria – lungi dall'implicare il riconoscimento della natura amministrativa della procedura e dell'atto che la definisce, sono pienamente coerenti con la volontà legislativa di enucleare un rimedio

giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato sul sostanziale assenso delle parti. Anche queste Sezioni Unite – richiamando la giurisprudenza amministrativa – hanno sottolineato la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo ed hanno evocato il canone dell'interpretazione adeguatrice per modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale alla sua riconosciuta natura giurisdizionale non senza ricordare che rimane sempre la discrezionalità del legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto.

(3) Ha osservato la sentenza in rassegna che il codice del processo amministrativo non contiene un'espressa regola della rilevanza della questione di giurisdizione nel procedimento promosso con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica prescrivendo soltanto, all'art. 7, comma 8, che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

Quindi la giurisdizione del giudice amministrativo è un presupposto indefettibile del procedimento promosso con ricorso straordinario. La natura giurisdizionale di questo procedimento implica appunto che vi sia la giurisdizione e che in quel procedimento possa porsi una questione di giurisdizione.

Il ricorrente che attiva il procedimento allega – espressamente o implicitamente – l'indefettibile presupposto della sussistenza della giurisdizione amministrativa; ma ciò può essere contestato dalla parte intimata o controinteressata, che può eccepire il difetto della giurisdizione amministrativa sicché la questione di giurisdizione, in tal caso, può dirsi controversa. Ed a tal fine è approntato il rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione promuovibile sia dalla parte che eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sia dal ricorrente che, stante il dubbio insinuato dalla controparte con la sua eccezione, può egli stesso prendere l'iniziativa di promuovere il regolamento preventivo di giurisdizione per risolvere la questione di giurisdizione che in quel procedimento può dirsi essere controversa.

Deve pertanto ritenersi che la parte che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che la parte intimata abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 **cod. proc. amm.** nè abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo il regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito (come nella specie) – o esplicito – presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica V. G. ricorreva avverso l'Ordinanza Sindacale n. 431 del 5 luglio 2010, notificatagli il 6 luglio 2010, a firma del Sindaco del Comune di Andria e del "Capo Settore Espropriazioni Appalti Contratti Ufficio Casa" del Comune di Andria, con cui si decretava nei confronti dello stesso V., la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica sito in (*omissis*) ai sensi e per gli effetti della L.R. Puglia n. 54 del 1984.

Il V. deduceva violazione e falsa applicazione della cit. L.R. Puglia n. 54 del 1984, art. 19 nonché della L. n. 241 del 1990, art. 3 e dell'art. 24 Cost.. Inoltre lamentava eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà di motivazione. In particolare sosteneva essere incerta ed indeterminata la portata del provvedimento impugnato, avendo il Sindaco indicato, nell'ordinanza sindacale di decadenza, un alloggio diverso da quello a lui assegnato; inoltre dal tenore letterale del provvedimento impugnato non si comprendeva quale fosse l'addebito che gli era stato mosso, se quello di aver ceduto o quello di aver abbandonato l'alloggio assegnatogli.

Deduceva che nel caso di specie non si poteva configurare una cessione di alloggio (non avendo l'Amministrazione comunale di Andria considerato che la persona rinvenuta nell'alloggio in questione era il genero dello stesso ricorrente), nè l'abbandono dell'alloggio (in quanto egli ricorrente e sua moglie, come ogni mattina, anche quella in cui gli Agenti di Polizia Municipale si erano presentati all'alloggio in questione, trovavano presso l'abitazione del genero per prestargli le cure del caso).

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, con parere n. 5197/2001 del 18 gennaio 2012, si è pronunciato per il rigetto del ricorso.

Per l'effetto, con D.P.R. 4 ottobre 2012, comunicato in data 17 dicembre 2012, il ricorso straordinario veniva rigettato.

2. Il ricorrente propone ricorso per cassazione deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. In particolare evidenzia che nella materia dell'edilizia residenziale pubblica occorre distinguere una prima fase avente natura pubblicistica, in quanto caratterizzata dall'esercizio di poteri finalizzati al perseguimento di interessi pubblici ai quali corrispondono posizioni di interesse legittimo dei richiedenti, ed una seconda fase all'interno della quale la posizione del richiedente ha natura di diritto soggettivo.

In questa seconda fase, invero, la Pubblica Amministrazione non è titolare di poteri di supremazia di alcun genere e vede limitato il suo intervento alla verifica del corretto adempimento di obbligazioni civili che gravano sull'assegnatario. La controversia avente ad oggetto la contestazione del provvedimento di decadenza dall'assegnazione dell'alloggio ricade,

dunque, nella giurisdizione del giudice ordinario: il provvedimento di decadenza, infatti, non costituisce espressione di una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato effettuato dall'Autorità amministrativa (nel caso di specie, dal Comune di Andria) ma rappresenta un atto di valutazione del rispetto degli obblighi assunti dall'assegnatario con la stipula del contratto, avvenuta a valle del procedimento amministrativo di assegnazione dell'alloggio.

3. La parte intimata – Comune di Andria – si è costituita tardivamente con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso – con cui il ricorrente deduce l'insussistenza della giurisdizione amministrativa quale presupposto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sostiene sussistere invece la giurisdizione del giudice ordinario in caso di decadenza dall'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica – è inammissibile.

2. Questa Corte (Cass., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464) ha già affermato che la decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo sicché deve necessariamente esserci il sindacato ultimo di queste Sezioni Unite, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111 Cost., comma 8, in quanto riferibile in un unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato.

La peculiarità che la decisione del ricorso straordinario abbia il contenuto del parere vincolante del Consiglio di Stato e solo la forma del decreto del Presidente della Repubblica non è di ostacolo a riferire la decisione stessa al Consiglio di Stato e a riconoscerle lo statuto tipico delle decisioni di quest'ultimo, presidiato dalla garanzia costituzionale dell'art. 111 Cost., comma 8, quanto alla limitata sindacabilità solo per motivi di giurisdizione. Questa Corte ha infatti sottolineato il "nesso organico" e la "compenetrazione istituzionale" di tale decisione con il Consiglio di Stato quale organo di giustizia amministrativa ex art. 103 Cost., comma 1. Ed ha precisato che una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione, depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la "funzione giurisdizionale", la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui prende come contenuto il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost., comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

Questo arresto giurisprudenziale è stato confermato sia da queste stesse Sezioni Unite (Cass., sez. un., 6 settembre 2013 n. 20569) che dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (C. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9) che, componendo un contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto anch'essa il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell'atto terminale della relativa procedura. Ed ha aggiunto che non ostano a tale riconoscimento le persistenti peculiarità che il rimedio in esame presenterebbe rispetto all'ordinario processo amministrativo, con precipuo riferimento al perimetro delle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell'istruttoria e al novero dei mezzi di prova acquisibili.

Di questo nuovo corso giurisprudenziale ha tenuto conto anche la Corte costituzionale (sent. n. 265 del 2013), che, espressamente richiamandolo, ha affermato l'ammissibilità, in quanto sollevata nel corso di un procedimento di natura giurisdizionale, della questione incidentale di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – sezioni riunite, chiamato a rendere il parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana.

Si tratta pertanto di un procedimento di natura giurisdizionale, ma con una marcata connotazione di specialità. Siffatte peculiarità – aggiunge l'Adunanza Plenaria – lungi dall'implicare il riconoscimento della natura amministrativa della procedura e dell'atto che la definisce, sono pienamente coerenti con la volontà legislativa di enucleare un rimedio giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato sul sostanziale assenso delle parti. Anche queste Sezioni Unite – richiamando la giurisprudenza amministrativa – hanno sottolineato la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo ed hanno evocato il canone dell'interpretazione adeguatrice per modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale alla sua riconosciuta natura giurisdizionale non senza ricordare che rimane sempre la discrezionalità del legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto.

La stessa Adunanza Plenaria ha incisivamente affermato che spetta all'azione interpretativa della giurisprudenza e all'eventuale percorso riformatore del legislatore individuare il punto di equilibrio tra l'esigenza di attuazione dei canoni costituzionali ed europei (art. 1 cod. proc. amm.), in materia di effettività della tutela, di garanzia del pieno contraddittorio, di diritto alla prova e di diritto ad un processo equo (art. 6 Cedu), e la preservazione dei profili di specialità che connotano, sul piano ontologico e teleologico, un rito semplificato consensualmente accettato come strumento semplificato di definizione della res litigiosa.

Da ultimo la Corte costituzionale (sent. n. 73 del 2014) – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 7, comma 8, sollevata, in riferimento all'art. 76 Cost. e art. 77 Cost., comma 1, dal Consiglio di Stato, sezione prima, chiamato a rendere il parere in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – ha ulteriormente confermato che si tratta di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche.

3. In questo nuovo contesto giurisprudenziale si pone ora, nella presente controversia, un problema interpretativo riguardante il procedimento in un aspetto non espressamente regolato dalla legge, che quindi chiama in causa l'interpretazione adeguatrice evocata da queste Sezioni Unite – orientata soprattutto dal generale canone del “giusto processo” quale connotato intrinseco dell'esercizio della giurisdizione (art. 111 Cost., comma 1) – e l'azione interpretativa della giurisprudenza evocata dall'Adunanza plenaria.

La questione interpretativa che si pone attiene al regime processuale della questione di giurisdizione nel procedimento – di natura giurisdizionale, si è già ribadito -promosso con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

In generale può dirsi che la giurisdizione è un attributo originario del giudice ed è attratta alla garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost., comma 1); il quale è innanzi tutto un giudice fornito di giurisdizione, facoltizzato dall'ordinamento a *jus dicere*.

Il corollario di tale garanzia costituzionale è che c'è anche un giudice della giurisdizione che opera il sindacato ultimo sulla sussistenza, o no, della giurisdizione; giudice che è unico e che è individuato nelle Sezioni Unite di questa Corte di cassazione come può desumersi dall'art. 111 Cost., comma 8. Il sindacato sulla giurisdizione è quindi generalizzato – con la sola eccezione della giurisdizione della Corte costituzionale la quale, essa sola, è allo stesso tempo giudice della sua giurisdizione come può desumersi dalla prescritta non impugnabilità delle sue decisioni (art. 137 Cost., comma 3) – ed esprime una garanzia costituzionale che attiene alla precostituzione del giudice naturale.

Questa garanzia di fondo a portata generale è soddisfatta dalla necessaria sussistenza del sindacato sulla giurisdizione nel processo, o in un procedimento di cui sia riconosciuta la natura giurisdizionale, ma non implica anche una unicità di modello processuale della emersione della questione di giurisdizione. Nel processo civile la regola è data dall'art. 37 cod. proc. civ.: il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.

E' noto che però questa regola della rilevabilità d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, del difetto di giurisdizione del giudice ordinario è stata fortemente erosa dall'affermata preclusione del possibile giudicato implicito sulla questione stessa. A partire da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883 – che non ha mancato di rilevare, a proposito dell'art. 37 cod. proc. civ., che si tratta di norma che non è più in sintonia con il generale principio di economia processuale e che quindi deve essere interpretata in senso restrittivo e residuale – si ritiene che il giudice possa sì rilevare di ufficio il difetto di giurisdizione, ma solo fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato implicito o esplicito. Si è osservato che se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la potestas iudicandi è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. E in tale pronuncia si è stigmatizzato che le parti che consapevolmente non sollevano l'eccezione di difetto di giurisdizione abbiano evidentemente la riserva mentale di formularla successivamente in base ad un calcolo di convenienza (*secundum eventum litis*), e quindi la loro inerzia ha un fine palesemente dilatorio e non meritevole di tutela.

Pertanto nel giudizio civile ordinario la garanzia del generale sindacato sulla giurisdizione si coniuga con la regola processuale del giudicato implicito per cui in una situazione in cui la parte attrice, promuovendo il giudizio innanzi al giudice ordinario, ne allega la ritenuta sussistenza della giurisdizione e la parte convenuta non contesta la sussistenza di tale presupposto che neppure il giudice adito pone in discussione, passando egli ad esaminare altre questioni senza nulla dire sulla sua (implicitamente ritenuta) giurisdizione, si forma una preclusione processuale – quella del giudicato implicito – per cui la questione di giurisdizione non è più proponibile dalle parti.

4. Nel giudizio amministrativo la regola della rilevabilità della questione di giurisdizione è posta dall'art. 9 cod. proc. amm. con distinto riferimento al primo grado ed al grado di impugnazione, sostanzialmente recependo in dato normativo l'evoluzione giurisprudenziale che c'era stata con riferimento al giudizio civile.

Infatti la disposizione prevede che il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio; invece nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, abbia statuito sulla giurisdizione.

La *ratio* sottesa alla disposizione è in piena sintonia con la giurisprudenza di questa Corte quanto alla parallela regola posta dall'art. 37 cod. proc. civ.: la rilevabilità d'ufficio opera in primo grado; invece nel giudizio di impugnazione vale la preclusione del giudicato esplicito, ma soprattutto quella del giudicato implicito.

Quando in primo grado la questione di giurisdizione non è stata posta nè dalle parti nè dal giudice, in modo implicito o esplicito, essa non può più essere posta successivamente nel giudizio di impugnazione.

In sostanza la regola della ampia ed incondizionata rilevabilità (d'ufficio o su eccezione delle parti) della questione di giurisdizione opera solo nel giudizio di primo grado; nel giudizio di impugnazione invece essa degrada a questione che rimane nel *thema decidendum* solo se e nella misura in cui abbia costituito oggetto di una rituale censura di una parte.

Questo minore rilievo della questione di giurisdizione in ragione del passaggio dal grado iniziale del processo a quello di impugnazione – ora testualmente previsto dall'art. 9 cod. proc. amm. per il giudizio amministrativo – è coerente con il necessario bilanciamento del valore recato dalla giurisdizione (id est: il principio del giudice naturale) con il valore, parimenti di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo. Questa Corte, nella citata pronuncia n. 24883/2008, ha affermato in proposito che nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale

(artt. 25 e 103 Cost.) e della ragionevole durata del processo, si deve tenere conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può (e deve) ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio: L'art. 37 cod. proc. civ., comma 1, nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale ...

In sostanza il principio della piena ed assoluta rilevanza d'ufficio della questione di giurisdizione deve necessariamente essere bilanciato da un meccanismo di preclusione processuale, quale è il giudicato interno, esplicito o (soprattutto) implicito, per cui di tale questione non può più discutersi perchè se ne è già discusso fino a raggiungere un punto fermo o, al contrario, non se ne è mai discusso perchè nessuno, nè le parti nè il giudice, ha dubitato della giurisdizione.

5. Il codice del processo amministrativo non contiene invece un'espressa regola della rilevanza della questione di giurisdizione nel procedimento promosso con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica prescrivendo soltanto, all'art. 7, comma 8, che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Quindi la giurisdizione del giudice amministrativo è un presupposto indefettibile del procedimento promosso con ricorso straordinario. La natura giurisdizionale di questo procedimento implica appunto che vi sia la giurisdizione e che in quel procedimento possa porsi una questione di giurisdizione. Il ricorrente che attiva il procedimento allega – espressamente o implicitamente – l'indefettibile presupposto della sussistenza della giurisdizione amministrativa; ma ciò può essere contestato dalla parte intimata o controinteressata, che può eccepire il difetto della giurisdizione amministrativa sicchè la questione di giurisdizione, in tal caso, può dirsi controversa. Ed a tal fine è approntato il rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione promuovibile sia dalla parte che eccepisca il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sia dal ricorrente che, stante il dubbio insinuato dalla controparte con la sua eccezione, può egli stesso prendere l'iniziativa di promuovere il regolamento preventivo di giurisdizione per risolvere la questione di giurisdizione che in quel procedimento può dirsi essere controversa.

Come anche è possibile che in sede del prescritto parere il Consiglio di Stato si ponga d'ufficio la questione di giurisdizione anche se le parti non abbiano dubitato della giurisdizione del giudice amministrativo e, ove ritenga non sussistere il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, renda un parere per l'inammissibilità del ricorso straordinario. Ma è possibile che la sussistenza del presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo sia nient'affatto controversa laddove risulti affermata dal ricorrente, non contestata dalla parte intimata o controinteressata, e non negata dal Consiglio di Stato che, pur potendo d'ufficio porsi la questione, validi – espressamente o implicitamente – nel parere reso la giurisdizione del giudice amministrativo concordemente ritenuta dalle parti.

Orbene, in questa situazione la regola processuale dell'art. 9 cod. proc. amm., nel suo dato testuale, non si attaglia pienamente alla fattispecie perchè non c'è la distinzione tra un primo grado ed uno di impugnazione che veda inizialmente il pieno dispiegarsi della rilevanza della questione di giurisdizione e successivamente, nel grado di impugnazione, incanalarla nei più ristretti limiti dell'ambito del devolutum. Inoltre c'è la più volte rimarcata "peculiarità" di un rimedio giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato sul sostanziale assenso delle parti, peculiarità che segna la specialità del rimedio rispetto al giudizio amministrativo "ordinario" (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9 del 2013, cit.).

Anche Corte cost. n. 73 del 2014, cit., sottolinea la peculiarità del ricorso straordinario come rimedio giustiziale.

Si tratta infatti di un procedimento che è sì a carattere giurisdizionale, ma che presenta evidenti caratteri di specialità: è in un unico grado perchè non c'è giudizio di impugnazione nell'ordine del giudizio amministrativo; è imperniato sul sostanziale assenso delle parti perchè l'art. 48 cod. proc. amm.

prevede la possibilità per la parte intimata di opporsi alla procedura e di provocare la traslazione della controversia, promossa con il ricorso straordinario, nell'ordinaria sede innanzi al giudice amministrativo; è semplificato perchè l'istruttoria è deformalizzata.

Ulteriore elemento di specialità è costituito dall'articolazione della decisione finale nel blocco "parere del Consiglio di Stato decreto del Presidente della Repubblica" che è sì una decisione di giustizia, ma che si connota per la distinta modulazione di contenuto e forma laddove di norma in una decisione di giustizia forma e contenuto sono un tutt'uno.

Occorre allora estrarre una regola processuale conformata alla specialità del procedimento. Ossia da questo complessivo sistema – *id est*: l'affermarsi, nel giudizio innanzi al giudice ordinario, della dottrina del giudicato implicito che è preclusivo della rilevanza della questione di giurisdizione, cui fa da *pendant* l'espressa previsione della preclusione del giudicato implicito nel giudizio amministrativo che non consente la rilevanza d'ufficio della questione di giurisdizione nel giudizio di impugnazione innanzi al giudice amministrativo ove la questione non sia posta dalle parti come motivi di censura e quindi non appartenga al *devolutum* – occorre estrarre, in via interpretativa, una *regola iuris* che governi la questione di giurisdizione nel procedimento promosso con ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Questa *regola iuris* non può essere – per quanto finora detto in ordine alla modulazione in chiave restrittiva della rilevanza della questione di giurisdizione nel processo – quella dell'indistinta e generale ricorribilità per cassazione ex artt. 111 Cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ. per motivi di giurisdizione di ogni decreto del Presidente della Repubblica che definisca un ricorso straordinario sol perchè non si potrebbe mai formare un giudicato implicito sulla giurisdizione. Ciò consentirebbe

a una parte – che abbia promosso o accettato il rimedio semplificato del ricorso straordinario allegando il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo o non contestando tale allegato presupposto, in una situazione processuale in cui nessuna parte abbia sollevato la questione di giurisdizione, neppure posta d'ufficio dal Consiglio di Stato che abbia anch'egli ritenuto, espressamente o implicitamente, sussistente l'allegato presupposto della giurisdizione amministrativa – di giocare la carta di un'altra giurisdizione *secundum eventum litis* ancorchè la parte stessa non sia affatto soccombente sulla questione di giurisdizione, ma lo sia nel merito del ricorso straordinario.

La *regola iuris* per questo particolare procedimento deve essere parimenti orientata dalla ratio acceleratoria del processo, in linea con il canone del giusto processo (art. 111 Cost., comma 1) e della sua ragionevole durata (art. 111 cost., comma 2), cui deve ispirarsi l'esercizio della giurisdizione, e quindi – esclusa in ragione di tale bilanciamento la deducibilità piena ed assoluta della questione di giurisdizione in ogni caso di decisione del ricorso straordinario – ci si deve arrestare prima (in una logica simile a quella della dottrina del giudicato implicito) per pervenire, in via di interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata e limitata a questo rimedio speciale, all'affermazione che si forma una preclusione processuale alla rilevabilità della questione di giurisdizione in una situazione in cui in tutto il corso del procedimento la questione di giurisdizione non sia mai stata posta:

il ricorrente ha allegato la giurisdizione del giudice amministrativo quale presupposto per poter proporre il ricorso straordinario al Capo dello Stato, la parte intimata ha accettato questa sede processuale non esercitando l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm. nè ha contestato l'allegato presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo; il Consiglio di Stato in sede di parere ha validato, espressamente o implicitamente, l'allegato presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo ritenuto dalle parti le quali, in parte qua, non possono dirsi soccombenti ex art. 329 c.p.c., comma 1. Ed allora – come affermato da Cass. 24883/2008 cit.

- se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la potestas iudicandi è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. E nel particolare procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato ciò significa che matura una preclusione per cui la questione di giurisdizione – in termini di sussistenza, o no, del presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo per ricorrere a questo speciale rimedio giurisdizionale – non è più proponibile con ricorso per cassazione ex art. 111 cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ..

A corollario di ciò occorre però aggiungere che rimane invece, anche in questa situazione processuale, la proponibilità della questione di giurisdizione sotto un diverso profilo, quello dell'eccesso di potere giurisdizionale (ed era questa la fattispecie esaminata da Cass. n. 23464 del 2012, cit.) perchè la questione di giurisdizione non attiene alla giurisdizione come presupposto che deve sussistere perchè possa proporsi il ricorso straordinario al Capo dello Stato, ma riguarda un momento successivo, quello della decisione che astrattamente potrebbe eccedere dai limiti del potere giurisdizionale; evenienza questa (eccezionale) che legittimerebbe le parti, che sul punto non possono dirsi soccombenti, a proporre ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ. per motivi di giurisdizione.

6. In conclusione il ricorso va dichiarato inammissibile dovendosi affermare il seguente principio di diritto: La parte che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che la parte intimata abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm. nè abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo il regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 cod. proc. civ. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito (come nella specie) – o esplicito – presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente.

7. Non occorre provvedere sulle spese di questo giudizio di cassazione non avendo la parte intimata svolto difesa alcuna.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara inammissibile il ricorso; nulla sulle spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 12 febbraio 2014.

Depositato in Cancelleria il 14 maggio 2014

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 9 ottobre 2012 n. 5248

Pres. Coraggio, Est. Contessa - Ferrara (Avv.ti Vignolo e Massa) c. Orrù (Avv. Cabras) ed Autorità Portuale di Cagliari (Avv.ra Stato) - (conferma T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 14).

1. Giurisdizione e competenza - Enti pubblici - Autorità portuali - Hanno natura di enti pubblici non economici - Procedure concorsuali delle stesse indette - Controversie - Giurisdizione esclusiva del G.A. - Sussiste.

2. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Trasposizione in s.g. - Trasfusione dei motivi sostanziali dedotti - Sufficienza - Trasfusione delle questioni preliminari riguardanti la fase giustiziale (nella specie, questione riguardante la tardività del ricorso straordinario) - Non occorre - Ragioni.

1. Le Autorità portuali hanno natura di enti pubblici non economici, con la conseguenza che le procedure concorsuali da esse indette rientrano nell'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (1).

2. 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 possano (*rectius*: 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 (2).

(1) Ha osservato la sentenza in rassegna che, per escludere la natura di enti pubblici economici delle Autorità portuali, militano un elemento di carattere formale ed uno di carattere sostanziale.

Quanto al profilo formale, può farsi riferimento alla previsione di cui al comma 993 dell'articolo 1 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, la quale afferma *expressis verbis* la natura giuridica di enti pubblici non economici delle Autorità portuali.

Ora, è noto che, dal momento che l'individuazione di un soggetto quale Ente pubblico economico postula un'operazione qualificatoria talvolta estremamente complessa e nel cui ambito occorre operare una sintesi fra elementi spesso eterogenei e di carattere non univoco, la qualificazione formale contenuta in atti aventi forza di legge assume un valore determinante al fine di ammettere o di escludere l'effettiva natura del soggetto di cui si discute.

Quanto, poi, ai profili sostanziali della questione, è stato osservato che, pur nella varietà ed eterogeneità degli indici rivelatori che nel corso degli anni sono stati enucleati al fine di individuare la natura di ente pubblico economico, appare condivisibile – e meritevole di applicazione nel caso in esame – il decisivo criterio in base al quale tale natura può essere affermata solo laddove l'attività del soggetto di cui si discute venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati, e non anche in tutti i casi in cui il soggetto in questione operi sulla base di un (sostanzialmente indeterminato) criterio di imprenditorialità, ovvero sulla base di criteri di oggettiva economicità.

Ciò posto, è stato ritenuto di escludere il carattere di enti pubblici economici in capo alle Autorità portuali sul decisivo rilievo per cui esse operano – sì – in base a criteri di oggettiva economicità, ma non perseguono istituzionalmente alcun fine di lucro, né operano – a ben vedere – su mercati contendibili.

Al contrario, ai sensi della l. 28 gennaio 1984, n. 94 tali autorità svolgono attività di affidamento e controllo delle attività finalizzate alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale.

Inoltre, i compiti istituzionalmente demandati alle autorità portuali ai sensi della richiamata norma primaria (es.: indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali) risultano più agevolmente ascrivibili a funzioni di regolazione e controllo sull'attività di erogazione di servizi contendibili sul mercato, che non ascrivibili essi stessi all'ambito delle attività volte alla produzione e allo scambio di beni e servizi.

(2) E' stato osservato che, ai sensi del terzo comma dell'articolo 10 del d.P.R. 1199 del 1971, la possibilità di dedurre dinanzi al Giudice amministrativo vizi di forma o del procedimento propri della fase giustiziale è ammessa solo in caso di mancata trasposizione nella sede giurisdizionale, mentre invece – nel silenzio della legge – non può ritenersi che tali aspetti possano essere dedotti nella sede giurisdizionale anche nel caso in cui la trasposizione sia stata in concreto richiesta.

E' stata inoltre richiamata la previsione di cui al secondo comma dell'articolo 10 del più volte citato decreto, a tenore del quale "*il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria, dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare*".

La disposizione in questione palesa un evidente favor del Legislatore, volto a consentire l'adozione di decisioni relative al merito della *res controversae* non fondate su questioni preliminari o di rito.

Ebbene, se ciò è vero nel caso in cui l'eventuale pronuncia in rito dovrebbe concernere la *sedes* naturale del giudizio (*i.e.*: la sede giurisdizionale), evidenti ragioni di simmetria e di coerenza sistematica impongono che alle medesime conclusioni si debba pervenire laddove l'eventuale pronuncia in rito concerna a profili relativi alla fase giustiziale (come, nel caso di specie, la tardività nella proposizione del ricorso straordinario).

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato**

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3216 del 2011, proposto dalla dottoressa Maria Giuliana Ferrara, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Maria Vittoria Orrù, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Cabras, con domicilio eletto presso Lucia Camporeale in Roma, via Giorgio Scalia, 12;

nei confronti di

Autorità Portuale di Cagliari, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna – Cagliari, Sezione I, 13 gennaio 2011, n. 14

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Cagliari e della dottoressa Maria Vittoria Orrù;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio riconvocata del giorno 11 settembre 2012 il Cons. Claudio Contessa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La dottoressa Ferrara riferisce di aver partecipato al concorso per la copertura di un posto da dirigente con formazione giuridico-economica indetto dall'Autorità portuale di Cagliari e di aver sostenuto le relative prove, collocandosi al primo posto della graduatoria finale (graduatoria composta dal solo nominativo dell'appellante e della dottoressa Orrù, odierna appellata).

Gli atti della procedura concorsuale venivano impugnati dinanzi al T.A.R. per la Sardegna dalla dottoressa Orrù (ricorso n. 662/2009), la quale contestava in *primis* la scelta di ammettere al concorso l'odierna appellante, ritenuta priva dei relativi titoli.

Con la sentenza oggetto del presente appello, il Tribunale adito così provvedeva:

- accoglieva il ricorso proposto dalla dottoressa Orrù avverso gli atti con cui l'odierna appellante era stata dapprima ammessa al concorso e successivamente valutata in modo favorevole;

- dichiarava inammissibile per difetto di interesse il medesimo ricorso per la parte in cui era finalizzato ad ottenere l'esclusione dalla procedura della dottoressa Cabras;

- dichiarava inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo la domanda di giustizia volta a statuire sulla validità e sull'efficacia del contratto di lavoro medio tempore stipulato con l'odierna appellante.

La sentenza in questione è stata gravata in sede di appello dalla dottoressa Ferrara, la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi:

In primo luogo, la dottoressa Ferrara ha ribadito che la controversia in questione esuli dalla giurisdizione del Giudice amministrativo, venendo in rilievo un procedimento concorsuale indetto da un ente pubblico economico (in quanto tale, sottratto dall'ambito di applicazione del d.lgs. 165 del 2001).

In secondo luogo, il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di rilevare la tardività del ricorso straordinario inizialmente proposto dalla dottoressa Orrù (e in seguito trasposto in sede giurisdizionale), per essere stato proposto dopo il decorso del termine di centoventi giorni decorrenti dal momento in cui la dottoressa Orrù aveva acquisito piena conoscenza degli atti per lei lesivi.

Inoltre, il ricorso straordinario avrebbe dovuto essere dichiarato tardivo per essere stato tardivamente depositato

In terzo luogo, l'appellante lamenta che il Tribunale abbia ommesso di rilevare la mancanza in atti della prova della notifica del ricorso straordinario e dell'atto di trasposizione dello stesso dinanzi al T.A.R.

In quarto luogo, l'appellante lamenta che erroneamente il T.A.R. abbia ritenuto la carenza in capo a lei del requisito di partecipazione richiesto dall'articolo 2, lettera f) del bando. In tal modo, i primi Giudici avrebbero ommesso di tenere in considerazione la previsione di cui al comma 2 dell'articolo 28 del d.lgs. 165 del 2001, il quale ammette l'accesso ai concorsi per la dirigenza nelle amministrazioni pubbliche (*inter alia*) a coloro i quali abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del dottorato di ricerca o del diploma di laurea.

Al contrario, il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che l'appellante avrebbe certamente potuto allegare ai fini concorsuali

il periodo ultraquinquennale di servizio prestato dapprima quale coordinatore preposti alla sezione affari generali del T.A.R. della Sardegna, successivamente in qualità di segretario generale dello stesso Tribunale e in seguito quale direttore della prima sezione del medesimo Tribunale.

Si costituiva in giudizio la dottoressa Orrù, la quale concludeva nel senso della reiezione del gravame e proponeva, altresì, appello incidentale avverso la sentenza in epigrafe.

Si costituiva, altresì, l'Autorità Portuale di Cagliari, la quale concludeva nel senso dell'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 24 gennaio 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

Alla Camera di consiglio del giorno 11 settembre 2012 il Collegio, appositamente convocato, ha nuovamente deliberato sulla questione

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla dott.ssa Ferrara (la quale era risultata prima classificata nel concorso per un posto da dirigente indetto dall'Autorità portuale di Cagliari) avverso la sentenza del T.A.R. della Sardegna con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata nell'ambito del medesimo ricorso e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti con cui l'appellante era stata ammessa al concorso in questione.

2. In primo luogo deve essere esaminato il motivo di appello con cui la dottoressa Ferrara ha affermato la carenza di giurisdizione del Giudice amministrativo in considerazione della natura di enti pubblici economici delle Autorità portuali.

2.1. Il motivo non può trovare accoglimento, dovendosi – al contrario – affermare la natura di enti *pubblicinoneconomici* delle autorità portuali, con la conseguenza che le procedure concorsuali da esse indette rientrano nell'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi del comma 4 dell'articolo 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Al riguardo, militano nel senso di escludere la natura di enti pubblici economici un elemento di carattere formale e uno di carattere sostanziale.

Quanto al profilo formale, mette conto richiamare la previsione di cui al comma 993 dell'articolo 1 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, la quale afferma *expressis verbis* la natura giuridica di enti pubblici non economici delle Autorità portuali. Ora, è noto che, dal momento che l'individuazione di un soggetto quale Ente pubblico economico postula un'operazione qualificatoria talvolta estremamente complessa e nel cui ambito occorre operare una sintesi fra elementi spesso eterogenei e di carattere non univoco, la qualificazione formale contenuta in atti aventi forza di legge assume un valore determinante al fine di ammettere o di escludere l'effettiva natura del soggetto di cui si discute.

Quanto, poi, ai profili sostanziali della questione, si osserva che, pur nella varietà ed eterogeneità degli indici rivelatori che nel corso degli anni sono stati enucleati al fine di individuare la natura di ente pubblico economico, appare condivisibile – e meritevole di applicazione nel caso in esame – il decisivo criterio in base al quale tale natura può essere affermata solo laddove l'attività del soggetto di cui si discute venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati, e non anche in tutti i casi in cui il soggetto in questione operi sulla base di un (sostanzialmente indeterminato) criterio di imprenditorialità, ovvero sulla base di criteri di oggettiva economicità.

Ebbene, impostati in tal modo i termini concettuali della questione, si ritiene di escludere il carattere di enti pubblici economici in capo alle Autorità portuali sul decisivo rilievo per cui esse operano – sì – in base a criteri di oggettiva economicità, ma non perseguono istituzionalmente alcun fine di lucro, né operano – a ben vedere – su mercati contendibili. Al contrario, ai sensi della l. 28 gennaio 1984, n. 94 tali autorità svolgono attività di affidamento e controllo delle attività finalizzate alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale.

Inoltre, i compiti istituzionalmente demandati alle autorità portuali ai sensi della richiamata norma primaria (es.: indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali) risultano più agevolmente ascrivibili a funzioni di regolazione e controllo sull'attività di erogazione di servizi contendibili sul mercato, che non ascrivibili essi stessi all'ambito delle attività volte alla produzione e allo scambio di beni e servizi.

Deve, conseguentemente, essere riconfermata la natura di enti pubblici non economici delle Autorità portuali e, conseguentemente, riaffermata la giurisdizione del Giudice amministrativo sulla vicenda di causa.

3. Deve, a questo punto, essere esaminato il motivo di appello con cui si lamenta che il T.A.R. non abbia valutato, ai fini del decidere, la tardività del ricorso straordinario, in quanto proposto dalla dottoressa Orrù oltre i termini di legge.

3.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Si osserva al riguardo che prevalenti ragioni sistematiche inducono a ritenere che non sia possibile dedurre, a seguito della trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario inizialmente proposto, 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.

Al riguardo, l'odierna appellante (controinteressata nell'ambito del ricorso straordinario proposto dalla dottoressa Orrù) avrebbe potuto e dovuto dedurre la tardività del ricorso straordinario nelle forme di cui al quarto comma dell'articolo 9 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, in tal modo omettendo di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale ai sensi dell'articolo 10 del medesimo decreto.

Si ritiene al riguardo 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 possano (*rectius*: 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. Si osserva, inoltre, che ai sensi del terzo comma dell'articolo 10 del d.P.R. 1199 del 1971 la possibilità di dedurre dinanzi al Giudice amministrativo vizi di forma o del procedimento propri della fase giustiziale è ammessa solo in caso di mancata trasposizione nella sede giurisdizionale, mentre invece – nel silenzio della legge – non può ritenersi che tali aspetti possano essere dedotti nella sede giurisdizionale anche nel caso in cui la trasposizione sia stata in concreto richiesta.

Da ultimo, mette conto richiamare la previsione di cui al secondo comma dell'articolo 10 del più volte citato decreto, a tenore del quale "*il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria, dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare*". La disposizione in questione palesa un evidente favor del Legislatore, volto a consentire l'adozione di decisioni relative al merito dell'*ares controversae* non fondate su questioni preliminari o di rito.

Ebbene, se ciò è vero nel caso in cui l'eventuale pronuncia in rito dovrebbe concernere la sede naturale del giudizio (*i.e.*: la sede giurisdizionale), evidenti ragioni di simmetria e di coerenza sistematica impongono che alle medesime conclusioni si debba pervenire laddove l'eventuale pronuncia in rito concerna a profili relativi alla fase giustiziale (come, nel caso di specie, la tardività nella proposizione del ricorso straordinario).

4. Neppure è fondato il motivo di appello con cui la dott.ssa Ferrara lamenta un vizio nella notifica dell'atto di trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale (al riguardo, l'appellante osserva che non risultano depositate in atti le cartoline di ricevimento delle raccomandate contenenti l'avviso di deposito dell'atto spedite dall'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 140, c.p.c.).

Al riguardo si osserva:

- che l'atto di trasposizione del ricorso straordinario è stato notificato ai sensi dell'art. 140, c.p.c.;

- che, secondo le risultanze in atti, l'avviso di cui all'art. 140, cit. è stato ricevuto dall'odierna appellante in data 27 giugno 2009;

- che, comunque, al momento in cui il T.A.R. ha reso la pronuncia in epigrafe, già operavano gli effetti della pronuncia manipolativa n. 3 del 2010 resa dalla Corte costituzionale in relazione al disposto del medesimo articolo 140 (con la pronuncia in questione, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale articolo nella parte in cui prevede che la notifica si perfeziona, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione). Ebbene, ci si limita ad osservare al riguardo che, al momento in cui la pronuncia è stata resa, erano certamente trascorsi i dieci giorni dalla spedizione dell'avviso di cui all'art. 140, c.p.c., ragione per cui la notifica dell'atto di trasposizione all'odierna appellante poteva senz'altro dirsi perfezionato.

5. Nel merito, il ricorso è infondato.

L'articolo 2, lettera f) del bando di concorso prevedeva, quale requisito di ammissione (fra gli altri), il fatto di "*aver svolto servizio funzionale continuativo per almeno cinque anni presso Enti od Organismi internazionali, Università e centri di ricerca, in posizioni apicali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea*".

Il Tribunale ha ritenuto che l'odierna appellante fosse priva di tale requisito (pur avendo prestato per alcuni anni servizio in qualità di segretario generale presso il T.A.R. della Sardegna), dal momento che la posizione in precedenza ricoperta dalla dott.ssa Ferrara non è ascrivibile ad alcuna delle ipotesi tassativamente ammesse dal bando di concorso.

Nella presente sede l'appellante afferma che la sentenza sia in parte qua erronea in quanto l'amministrazione avrebbe ben potuto (*rectius*: dovuto) ammetterla alla procedura facendo diretta applicazione della norma di legge comma 2 dell'articolo 28 del d.lgs. 165 del 2001, a tenore del quale possono essere ammessi al concorso per esami a qualifiche dirigenziali "*i dipendenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, muniti di laurea, che abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio (...) svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del dottorato di ricerca o del diploma di laurea*".

Il motivo di appello non può trovare accoglimento in quanto, in presenza di una clausola di concorso di carattere restrittivo e – per così dire – 'escludente', sarebbe stato onere dell'interessata agire tempestivamente in giudizio al fine di lamentare la non conformità di tale clausola rispetto al pertinente paradigma normativo, non potendo essa limitarsi a domandare una sostanziale disapplicazione della clausola del bando a sé sfavorevole.

Al contrario, la dott.ssa Ferrara non ha tempestivamente agito in giudizio per lamentare l'illegittimità della clausola del bando che le impediva di partecipare alla selezione.

Né può ammettersi una sorta di interpretazione adeguatrice della richiamata clausola del bando atteso che il richiamato art. 2, lettera f) era inequivoco nell'escludere dalla partecipazione i soggetti che non avessero svolto servizio funzionale continuativo per almeno cinque anni presso Enti od Organismi internazionali, Università e centri di ricerca, in posizioni apicali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea.

Sotto tale aspetto, la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove afferma che l'odierna appellante fosse pacificamente priva del requisito in parola, non essendo in alcun modo ascrivibile alla richiamata previsione il servizio svolto in qualità di segretario generale presso il T.A.R. della Sardegna.

6. Il Collegio osserva che non sussistono le condizioni per pronunciare sull'appello incidentale proposto dalla dott.ssa Orrù avverso la sentenza in epigrafe.

Ed infatti, l'appellante incidentale ha impugnato:

- a) solo "*ove occorra*", il capo della sentenza relativo alla non dedotta tardività del ricorso straordinario al Capo dello Stato;
- b) solo per la ritenuta fondatezza delle ragioni dell'appellante, il capo della sentenza relativo al possesso, da parte dell'appellante principale, dei requisiti di partecipazione al concorso.

Si tratta, tuttavia, di profili in relazione ai quali (per le ragioni dinanzi esposte sub 3 e sub 5) il ricorso principale risulta infondato, ragione per cui non si fa luogo ad esaminare il ricorso incidentale condizionato proposto dalla dott.ssa Orrù.

7. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 24 gennaio 2012 e 11 settembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 29 marzo 2011 n. 1926

Pres. Trovato, Est. Poli - Ente Parco Naturale Regionale delle Serre (Avv. Nisticò) c. Murmura (Avv. G. Abbamonte) e Regione Calabria (n.c.) - (riforma T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. II, 7 dicembre 2007, n. 1960).

1. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Trasposizione in sede giurisdizionale - Atto di trasposizione - Costituisce un atto di riassunzione - Deposito dell'originario ricorso - Non occorre necessariamente.

2. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Trasposizione in sede giurisdizionale - Atto di trasposizione - Termine di 60 giorni per la trasposizione - Ha natura processuale ed è soggetto alla sospensione del suo decorso durante il periodo feriale.

3. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Trasposizione in sede giurisdizionale - Procedimento da seguire - Individuazione.

1. Ai sensi dell'art. 10, comma 1, d.P.R. n. 1199 del 1971, la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale avviene mediante deposito, da parte dell'originario ricorrente in sede straordinaria, di un atto di costituzione in giudizio; si tratta, nella forma e nella sostanza, di una riassunzione dell'originario ricorso che non può contenere motivi diversi, ma che non necessità del deposito dell'originario ricorso straordinario (1).

2. A seguito della notifica della richiesta di trasposizione del ricorso straordinario in s.g., la riassunzione del ricorso stesso deve avvenire nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione; il termine decorre da quando viene ricevuta l'istanza di trasposizione (2) e, trattandosi di termine riferito al ricorso giurisdizionale, ha natura processuale ed è soggetto alla sospensione del suo decorso durante il periodo feriale (3).

3. Nel caso di trasposizione del ricorso straordinario in s.g., il rapporto processuale si instaura con il deposito del ricorso in sede giurisdizionale (e non con la sua notifica); sicché, la parte che traspone un ricorso straordinario: a) deve depositare il ricorso al T.A.R. entro sessanta giorni; b) ha facoltà di notificare nuovamente il ricorso straordinario; c) deve, nel medesimo termine di sessanta giorni, notificare alle controparti l'avviso di deposito dell'avvenuta trasposizione (4).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 luglio 1997, n. 725.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere 5 novembre 2003, n. 1768/03.

(3) Cfr. C.G.A., sent. 25 marzo 1999, n. 131.

(4) Nella motivazione della sentenza in rassegna si ammette lealmente che in ordine all'individuazione, in concreto, della scansione degli atti in cui deve articolarsi la trasposizione, **si contendono il campo due tesi** che hanno però in comune un punto: quale che sia la tassonomia delle formalità da compiersi per la trasposizione del ricorso straordinario, il compendio di tali attività non deve superare il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dal perfezionamento, per l'originario ricorrente, della notificazione dell'atto di opposizione.

Secondo un primo indirizzo (cfr. Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3104; sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/72/cds5_2007-07-24.htm), il passaggio alla fase giurisdizionale si attuerebbe attraverso le seguenti tappe:

a) notifica dell'atto di opposizione;

b) notifica dell'atto di riassunzione, mediante il quale l'originario ricorrente straordinario dichiara di insistere nel ricorso davanti al T.A.R.;

c) deposito, presso la segreteria del T.A.R. competente, dell'atto di riassunzione notificato dal ricorrente.

Un secondo indirizzo (storicamente risalente e fedele al dato letterale, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2009, n. 5086; sez. IV, n. 725 del 1997 cit.; sez. V, 31 gennaio 1991, n. 95 cit.), che la sentenza in rassegna ha seguito, ritiene che il rapporto processuale si instaura, in questa peculiare procedura, con il deposito del ricorso in sede giurisdizionale (e non con la sua notifica); sicché, la parte che traspone un ricorso straordinario:

a) deve depositare il ricorso al T.A.R. entro sessanta giorni;

b) ha facoltà di notificare nuovamente il ricorso straordinario;

c) deve, nel medesimo termine di sessanta giorni, notificare alle controparti l'avviso di deposito dell'avvenuta trasposizione.

Questa soluzione, secondo la pronuncia in rassegna, è la più coerente con il dato normativo, secondo cui la riassunzione avviene mediante deposito nella segreteria del giudice amministrativo e dell'avvenuto deposito va dato avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati; il ché si spiega perché si tratta del medesimo ricorso già notificato in sede straordinaria, e solo trasposto (dunque riassunto), in sede giurisdizionale, per cui mentre è indispensabile assicurare alle controparti la conoscenza legale del deposito dell'atto di insistenza è chiaramente superflua una seconda notificazione del medesimo ricorso (il cui contenuto, per altro, non può per qualsivoglia ragione, essere modificato).

Documenti correlati:

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 19-12-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/ccost_2006-12-19-4.htm (sulla

possibilità o meno per il giudice amministrativo di disporre d'ufficio la trasposizione in s.g. di un ricorso straordinario ove con esso sia stato impugnato un atto presupposto, connesso o collegato rispetto a quello censurato in sede giurisdizionale).
CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 24-7-2007, pag. http://www.lexitalia.it/p/72/cds5_2007-07-24.htm (sull'applicabilità o meno della disciplina prevista per i procedimenti abbreviati ed in particolare della dimidiazione dei termini nel caso di trasposizione in s.g. di un ricorso straordinario in materia di appalti pubblici).
TAR LOMBARDIA - MILANO SEZ. III, sentenza 10-4-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/91/tarlombmi3_2009-04-10.htm (sull'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale ed in particolare sulla sussistenza o meno della legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti).
TAR PUGLIA - BARI SEZ. II, sentenza 18-6-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/tarpugliabari2_2010-06-18.htm (sull'impossibilità di dichiarare inammissibile l'istanza di trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale nel caso di declaratoria di difetto di giurisdizione, in applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*).
TAR PUGLIA - BARI SEZ. II, sentenza 3-2-2000, pag. http://www.lexitalia.it/tar1/tarpugliabari2_2000-446.htm (sulla richiesta di trasposizione del ricorso straordinario in s.g.).

N. 01926/2011REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1400 del 2008, proposto dall'Ente Parco Naturale Regionale delle Serre, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sandro Nistico', con domicilio eletto presso l'avvocato Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Murmura Antonino, rappresentato e difeso da sé medesimo e dall'avvocato Giuseppe Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Titomanlio in Roma, via Terenzio n. 7;

nei confronti di

Regione Calabria, Presidente del Consiglio regionale della Calabria, Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale della Calabria, non costituiti;

sul ricorso numero di registro generale 1401 del 2008, proposto da Paglianiti Gregorio, rappresentato e difeso dall'avvocato Sandro Nistico', con domicilio eletto presso l'avvocato Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Murmura Antonino, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Abbamonte, con domicilio eletto presso Studio Titomanlio in Roma, via Terenzio, 7;

nei confronti di

Regione Calabria, Presidente del Consiglio regionale della Calabria, Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale della Calabria, non costituiti;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Calabria – Catanzaro - sezione II, n. 1960 del 7 dicembre 2007.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Antonino Murmura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2011 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Figorilli su delega dell'avvocato Nistico e Abbamonte.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'avvocato Antonino Murmura, già presidente del comitato di gestione provvisoria dell'Ente Parco Regionale delle Serre (in prosieguo Ente Parco), ha impugnato con ricorso straordinario al Capo dello Stato, notificato in data 18 aprile 2006:

a) la delibera dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale della Calabria n. 1 del 31 maggio 2005, recante l'inserimento della nomina del presidente dell'Ente Parco nell'elenco delle nomine e delle designazioni di competenza del Consiglio regionale secondo le modalità di cui all'art. 8, co. 3, l.r. n. 39 del 1995;

b) il decreto del presidente del Consiglio regionale n. 5 del 20 febbraio 2006, recante la nomina del dott. Gregorio Paglianiti a presidente dell'Ente Parco.

2. Con atto notificato all'avv. Murmura in data 12 giugno 2006, il dott. Paglianiti si è opposto, ex art. 10, co. 1, d.P.R. n.

1199 del 1971, alla trattazione del ricorso in sede straordinaria chiedendone il trasferimento nella sede giurisdizionale.

3. In data 19 settembre 2006 l'avv. Murmura ha depositato, presso la segreteria del T.a.r. della Calabria – Catanzaro –, pertinente atto di costituzione in giudizio ai sensi del menzionato art. 10; quindi ha notificato alle autorità amministrative ed al controinteressato, in data 2, 4 e 5 ottobre 2006, l'avviso di perfezionamento della procedura di trasposizione (depositato presso la segreteria del medesimo T.a.r. il successivo giorno 12 ottobre).

4. L'impugnata sentenza – T.a.r. della Calabria, sez. II, n. 1960 del 7 dicembre 2007 – non notificata, ha annullato gli atti impugnati compensando le spese di lite.

5. Con due distinti ricorsi ritualmente notificati (in data 8 – 11 febbraio 2008 e depositati il successivo 21 febbraio), rispettivamente allibrati ai nn.rr.gg. 1400/2008 e 1401/2008, l'Ente Parco e il signor Gregorio Paglianiti, hanno interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. articolando nove autonomi motivi.

6. Si è costituito in entrambi i giudizi l'avvocato Murmura deducendo genericamente l'infondatezza dei gravami in fatto e diritto.

7. Con nota depositata in segreteria in data 11 febbraio 2011, l'avvocato Murmura ha esibito, nel giudizio rubricato al n.r.g. 1401/2008 ed ai fini della declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse del gravame proposto dal dott. Paglianiti, copia del decreto del presidente del Consiglio regionale n. 9 del 22 settembre 2008 recante l'annullamento del decreto n. 5 del 20 febbraio 2006 per le seguenti ragioni: <<Accertato che la nomina del Sig. Paglianiti a Presidente dell'Ente Parco Regionale delle Serre è stata annullata dal TAR di Catanzaro con sentenza n. 19602007;che la sentenza di che trattasi è stata impugnata al Consiglio di Stato, senza che sia stata chiesta dal ricorrente la sospensione del provvedimento stessoRavvisata, per i motivi su esposti, la necessità e l'urgenza di procedere all'annullamento del decreto in questione>>.

8. Le cause sono passate in decisione all'udienza pubblica del 1 marzo 2011.

Nel corso della discussione l'avvocato Abbamonte ha eccepito la tardività e l'improcedibilità dei ricorsi in appello.

9. I due appelli, proposti avverso la medesima sentenza, devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96, co. 1, c.pa.

10. Preliminarmente il collegio dà atto della tempestività e sia della notificazione che del deposito dei ricorsi in appello. Sempre in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione dell'appellato di sopravvenuta carenza di interesse del dott. Paglianiti alla prosecuzione del giudizio di appello.

L'eccezione è inaccoglibile per le seguenti due autonome ragioni:

a) la documentazione sui cui si fonda l'eccezione è stata depositata in giudizio tardivamente, oltre il termine perentorio, di quaranta giorni liberi antecedenti l'udienza di discussione del ricorso, sancito dall'art. 73, co. 1, c.p.a. e di essa, pertanto, non si deve tenere conto;

b) in ogni caso, come si evince dalla lettura del richiamato decreto n. 9, l'amministrazione non ha adottato spontaneamente il provvedimento in via di autotutela ma ha mostrato di conformarsi in ossequio alla sentenza impugnata; atteso il contenuto della sentenza, non si può configurare neppure quella situazione di eccedenza dell'agire amministrativo rispetto agli effetti del provvedimento giurisdizionale esecutivo che secondo l'adunanza plenaria di questo Consiglio impone la declaratoria di improcedibilità del ricorso (cfr. ad. plen., 27 febbraio 2003, n. 3; successivamente, sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969).

10. Fondato e assorbente è l'esame del terzo motivo, comune ad entrambi gli appelli, con cui si deduce la tardività della trasposizione in sede giurisdizionale dell'originario ricorso straordinario.

10.1. A mente dell'art. 10, co. 1, d.P.R. n. 1199 del 1971, la trasposizione avviene mediante deposito, da parte dell'originario ricorrente in sede straordinaria, di atto di costituzione in giudizio; si tratta, nella forma e nella sostanza, di una riassunzione dell'originario ricorso che non può contenere motivi diversi ma che non necessità del deposito dell'originario ricorso straordinario (cfr. Cons. St., sez. IV, 21 luglio 1997, n. 725).

Tale riassunzione deve avvenire nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione; il termine decorre da quando viene ricevuta l'istanza di trasposizione (cfr. Cons. St., sez. I, 5 novembre 2003, n. 1768/03) e trattandosi di termine riferito al ricorso giurisdizionale ha natura processuale ed è soggetto alla sospensione del suo decorso durante il periodo feriale (cfr. Cons. giust. amm., 25 marzo 1999, n. 131).

10.2. In ordine all'individuazione, in concreto, della scansione degli atti in cui deve articolarsi la trasposizione, si contendono il campo due tesi che hanno però in comune un punto decisivo ai fini della risoluzione della presente controversia: quale che sia la tassonomia delle formalità da compiersi per la trasposizione del ricorso straordinario, il compendio di tali attività non deve superare il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dal perfezionamento, per l'originario ricorrente, della notificazione dell'atto di opposizione.

10.2.1. Il primo indirizzo (cfr. Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3104; sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136), ritiene che il passaggio alla fase giurisdizionale si attui attraverso le seguenti tappe:

a) notifica dell'atto di opposizione;

b) notifica dell'atto di riassunzione, mediante il quale l'originario ricorrente straordinario dichiara di insistere nel ricorso davanti al T.a.r.;

c) deposito, presso la segreteria del T.a.r. competente, dell'atto di riassunzione notificato dal ricorrente.

10.2.2. Una seconda ricostruzione (storicamente risalente e fedele al dato letterale, cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 27

agosto 2009, n. 5086; sez. IV, n. 725 del 1997 cit.; sez. V, 31 gennaio 1991, n. 95 cit.), che il collegio fa propria, ritiene che il rapporto processuale si instaura, in questa peculiare procedura, con il deposito del ricorso in sede giurisdizionale (e non con la sua notifica); sicché, la parte che traspone un ricorso straordinario:

a) deve depositare il ricorso al T.a.r. entro sessanta giorni;

b) ha facoltà di notificare nuovamente il ricorso straordinario;

c) deve, nel medesimo termine di sessanta giorni, notificare alle controparti l'avviso di deposito dell'avvenuta trasposizione.

Questa soluzione è la più coerente con il dato normativo, secondo cui la riassunzione avviene mediante deposito nella segreteria del giudice amministrativo e dell'avvenuto deposito va dato avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati; il che si spiega perché si tratta del medesimo ricorso già notificato in sede straordinaria, e solo trasposto (dunque riassunto), in sede giurisdizionale, per cui mentre è indispensabile assicurare alle controparti la conoscenza legale del deposito dell'atto di insistenza è chiaramente superflua una seconda notificazione del medesimo ricorso (il cui contenuto, per altro, non può per qualsivoglia ragione, essere modificato).

10.3. Nella specie è pacifico che l'ultima formalità indispensabile per il perfezionamento della riassunzione è stata posta in essere fra il 2 e 5 ottobre 2006, oltre il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dalla data della notificazione dell'atto di opposizione (12 giugno 2006), individuato, in virtù della sospensione feriale dei termini processuali, nel 26 settembre 2006.

10.4. Non sussistono le condizioni per l'applicazione della norma sancita dall'art. 10, co. 2, d.P.R. n. 1199 cit., secondo cui <<Il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare>>.

Invero, l'irritualità della trasposizione del ricorso straordinario (per tardività o mancato rispetto delle forme essenziali), lo rende inammissibile ma ciò non comporta reviviscenza del ricorso straordinario: tale effetto, infatti, è concepibile solo quando l'originario ricorso non sia ammissibile come ricorso giurisdizionale pur potendo essere deciso in sede straordinaria; si tratta di ipotesi del tutto diversa: infatti, la prima inammissibilità ha per oggetto l'atto di trasposizione, la seconda riguarda l'originario ricorso.

La norma in esame, pertanto, si riferisce al solo caso in cui l'inammissibilità in sede giurisdizionale non sia imputabile (come invece verificatosi nel caso di specie) al ricorrente e, per converso, l'originario ricorso straordinario sia ammissibile; l'operatività della restituzione alla sede straordinaria è dunque ancorata a tale duplice, indefettibile, presupposto (cfr. *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2858).

11. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere gli appelli e, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiarare l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

12. Nel peculiare andamento del processo sviluppatosi nei due gradi di giudizio il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ex artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, c.p.c., le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti meglio specificati in epigrafe:

a) accoglie gli appelli e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado;

b) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 29/03/2011

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 6 maggio 2013 n. 9

Pres. Giovannini, Est. Caringella – Cevolani (Avv. Moscioni) c. Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (Avv. Morrone) – (dichiara ammissibile il ricorso per l’ottemperanza al decreto del Presidente della Repubblica 18 maggio 2010 e lo rimette alla Sezione per l’ulteriore definizione del giudizio e per la statuizione sulle spese).

1-2. Giustizia amministrativa – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Decreto presidenziale decisivo – A seguito delle recenti modifiche alla disciplina del ricorso straordinario – Ha ormai carattere sostanzialmente giurisdizionale.

3. Giustizia amministrativa – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Decreto presidenziale decisivo – Ricorso per ottemperanza – Nel caso di inesecuzione dello stesso – Competenza a decidere quest’ultimo ricorso – Spetta al Consiglio di Stato (in unico grado).

1. Lo sviluppo normativo riguardante la disciplina del ricorso straordinario (v. in particolare l’art. 3, comma 44, della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale ha previsto che, nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili, la sospensione dell’atto impugnato; ma v. anche l’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, il quale prevede la possibilità di sollevare q.l.c. nell’ambito del procedimento di decisione del ricorso straordinario e l’art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il quale ha stabilito che il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa) depone nel senso dell’assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale; ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del giudice amministrativo (1).

2. In materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato deve ritenersi che il decreto presidenziale che recepisce il parere del Consiglio di Stato, pur non essendo, in ragione della natura dell’organo e della forma dell’atto, un atto formalmente e soggettivamente amministrativo, sia estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell’intangibilità, propria del giudicato, all’esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti (2).

3. Poiché il decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, reso in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, rientra nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell’art. 112, comma 2, c.p.a., ne consegue che il ricorso per l’ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell’art. 113, comma 1, c.p.a., dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “*il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*” (3).

(1) Nella motivazione della sentenza in rassegna si ricorda che secondo un primo, maggioritario, indirizzo, il nuovo assetto normativo avrebbe consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola, in modo da assicurare “un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente” (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638).

Invece, un secondo, minoritario, approccio ermeneutico (Con. Stato, sez. III, ordinanza 4 agosto 2011, n. 4666; sez. I, parere 7 maggio 2012, n. 2131), sposato dall’ordinanza di rimessione, anche dopo le modifiche normative in precedenza passate in rassegna il rito del ricorso straordinario continuerebbe a presentare profili di specialità rispetto al procedimento schiettamente giurisdizionale – con precipuo riferimento ai nodi essenziali del contraddittorio, dell’istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio – tali da indurre a qualificare l’atto conclusivo della procedura come provvedimento amministrativo, solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza.

L’Adunanza Plenaria ha ritenuto, in continuità con l’avviso già espresso con la sentenza n. 18/2012 (in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap_2012-06-05.htm) e con l’orientamento assunto dalla Corte di legittimità (cfr. da ult. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm con nota di P. QUINTO), che meriti condivisione il primo indirizzo ermeneutico, favorevole al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell’atto terminale della relativa procedura.

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

(2) Ha aggiunto l’Adunanza Plenaria che a matrice sostanzialmente giurisdizionale del rimedio del ricorso straordinario è corroborata dalle indicazioni ricavabili dal codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Merita menzione, in particolare, l’articolo 7, comma 8, c.p.a. che, nel quadro di una disciplina dedicata alla definizione del concetto e dell’estensione della giurisdizione amministrativa, limita la praticabilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo e, quindi, ai campi nei quali, in ragione della consistenza

della posizione soggettiva azionata o in funzione della materia di riferimento, il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione.

La “giurisdizione” diventa quindi presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. In tal guisa si sancisce l’attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione.

Si richiama a conforto anche la recente sentenza della Cass., sezioni unite, 19 dicembre 2012, n. 23464 (in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm), secondo cui il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, con il corollario dell’ammissibilità del sindacato della Corte di Cassazione sul rispetto dei limiti relativi alla giurisdizione, non contrasta con il disposto dell’articolo 125, comma 2, Cost., in materia di istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado, in quanto, anche a non considerare che la riserva elaborata dalla giurisprudenza costituzionale intende in realtà impedire l’attribuzione ai tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado” (Corte cost. n. 108 del 2009, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/91/ccost_2009-04-09.htm), in ogni caso la garanzia del doppio grado di giurisdizione è pienamente assicurata dalla circostanza che sono le stesse parti ad optare per il procedimento speciale che consente l’accesso *per saltum* al Consiglio di Stato.

(3) Cfr. Cass. sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm e 15 marzo 2012, n. 2129; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap_2012-06-05.htm; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513.

Ha aggiunto la sentenza in rassegna che il riconoscimento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato anche in sede di ottemperanza scongiura l’anomalia logica della previsione di un giudizio di esecuzione in doppio grado finalizzato all’attuazione di uno *iussum iudicis* perfezionatosi all’esito di un giudizio semplificato in grado unico. Non è d’altronde chi non veda come una simile aporia contraddirebbe, proprio nella nevralgica fase dell’esecuzione, le esigenze perseguite dal legislatore mediante la previsione di un rito speciale e semplificato finalizzato a consentire, nell’accordo tra le parti, una sollecita definizione della controversia.

Documenti correlati:

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 19-12-2012, pag.

http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm (nell’affermare, dopo un ampio excursus delle più recenti modifiche della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato, che il relativo decreto di decisione ha natura giurisdizionale e non amministrativa, ammette la proponibilità avverso di esso – sia pure per le materie per le quali sussiste la giurisdizione del G.A. – di un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. per motivi di giurisdizione), con nota di P. QUINTO.

CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA, sentenza 5-6-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap_2012-06-05.htm (sull’ammissibilità del ricorso per ottemperanza proposto per l’esecuzione di un decreto di decisione di un ricorso straordinario e sulla base di calcolo alla quale fare riferimento per il computo degli interessi e della rivalutazione monetaria dovuti per crediti retributivi dei dipendenti pubblici)

GIOVANNI VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *LexItalia.it* n. 3/2011, pag. <http://blog.lexitalia.it/?p=625>

N. 00009/2013REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2013, proposto da:

Franco Cevolani, rappresentato e difeso dall’avv. Anna Rita Mosconi, con domicilio eletto presso Biagio Marinelli in Roma, via Acquedotto Paolo, 22;

contro

Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Generale, rappresentato e difeso dall’Avv. Maria Morrone, domiciliato in Roma, alla via Cesare Beccaria, n. 29;

per l’ottemperanza

al decreto del Presidente della Repubblica 18 maggio 2010, reso tra le parti, concernente rimborso di contributo versato ai sensi dell’art. 11 della legge 8 aprile 1952, n. 212;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’INPS;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2013 il Cons. Francesco Caringella e udito l’avv. Pancari per delega

di Morrone.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso per ottemperanza n. 4813 – notificato il 15.6.2012 e depositato il 27.6.2012 – il colonnello Franco Cevolani chiedeva l'esecuzione del giudicato formatosi sul decreto presidenziale in data 18.5.2010, emesso in conformità al parere del Consiglio di Stato, sez. III, n. 663 del 22.2.2010, di accoglimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con il quale il Cevolani aveva contestato il mancato rimborso, da parte dell'INPDAP, del contributo dello 0,50% di cui all'art. 11 della legge 8.4.1952, n. 212, all'atto della cessazione del periodo di ausiliaria.

Con il ricorso n. 4813/2012 il Cevolani proponeva ricorso per ottemperanza con il quale lamentava la mancata esecuzione del *decisum*.

Si costituiva nell'ambito di tale giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), quale successore *ex lege* dell'INPDAP, ai sensi dell'art. 21, comma 1, del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito in legge 22.12.2011, n. 214.

La Sezione rimettente ha sottoposto il ricorso alla cognizione dell'Adunanza Plenaria, ex art. 99 del codice del processo amministrativo, ai fini della soluzione delle questioni di diritto, di particolare importanza e fonti di contrasti giurisprudenziali, relative alla natura giuridica della decisione resa a seguito di ricorso straordinario e del giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza ai sensi dell'art. 113 del codice del processo amministrativo.

Alla camera di consiglio del 25 marzo 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

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

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

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

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

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

Il primo comma ha introdotto, sotto forma di periodo aggiunto al testo dell'art. 13, primo comma, alinea, del d.P.R. 1199/1971, una norma a tenore della quale il Consiglio di Stato, “*se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87*”.

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

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

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

3. Tanto premesso in ordine alle più pregnanti emergenze normative, le opzioni ermeneutiche emerse nel dibattito

giurisprudenziale sviluppatosi *in subiecta materia* sono riassumibili come segue.

3.1. Ad avviso di un primo, maggioritario, indirizzo, il nuovo assetto normativo avrebbe consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola, in modo da assicurare “un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente” (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638).

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

3.2. Ad avviso di un secondo, minoritario, approccio ermeneutico (Con. Stato, sez. III, Ordinanza 4 agosto 2011, n. 4666; sez. I, parere 7 maggio 2012, n. 2131), sposato dall’ordinanza di rimessione, anche dopo le modifiche normative in precedenza passate in rassegna il rito del ricorso straordinario continuerebbe a presentare profili di specialità rispetto al procedimento schiettamente giurisdizionale – con precipuo riferimento ai nodi essenziali del contraddittorio, dell’istruzione probatoria e del doppio grado di giudizio – tali da indurre a qualificare l’atto conclusivo della procedura come provvedimento amministrativo, solo per certi aspetti equiparato ad una sentenza.

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

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

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

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

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

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

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

amministrativo. In tal guisa si sancisce l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione.

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

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

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

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

4.2. Va inoltre osservato che proprio la valorizzazione delle coordinate normative fin qui esaminate ha di recente indotto la Corte di Legittimità ad assegnare al decreto che definisce il ricorso straordinario la valenza di decisione costituente esercizio della giurisdizione riferibile, nel contenuto recato dal parere vincolante, al Consiglio di Stato, *naturaliter* sottoposta al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per soli motivi inerenti alla giurisdizione ex artt. 111, comma 8, Cost., 362, comma 1, c.p.c. e 110 c.p.a. (Cass., sezioni unite, 19 dicembre 2012, n. 23464).

La Corte di Cassazione ha nell'occasione osservato che il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, con il corollario dell'ammissibilità del sindacato della Corte di Cassazione sul rispetto dei limiti relativi alla giurisdizione, non contrasta con il disposto dell'articolo 125, comma 2, Cost., in materia di istituzione in ambito regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado, in quanto, anche a non considerare che la riserva elaborata dalla giurisprudenza costituzionale intende in realtà impedire l'attribuzione ai tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado" (Corte cost. n. 108 del 2009), in ogni caso la garanzia del doppio grado di giurisdizione è pienamente assicurata dalla circostanza che sono le stesse parti ad optare per il procedimento speciale che consente l'accesso *per saltum* al Consiglio di Stato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Quanto alla questione di competenza, l’articolo 112 del codice del processo amministrativo, nel dettare le “disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza”, dispone, al comma 2, che l’azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l’attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato (lett. a), delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b), delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (lett. c), delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza (lett. d) nonché dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (lett. e).

In maniera corrispondente, il successivo art. 113, nell’individuare il giudice competente in sede di ottemperanza, dispone che il ricorso si propone, nel caso di cui all’art. 112, comma 2, lettere a) e b), al giudice che ha emesso il “provvedimento” della cui ottemperanza si tratta (essendo competente il tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione del tutto conforme) (comma 1), mentre nei casi di cui all’art. 112, comma 2, lettere c), d) ed e), il ricorso va proposto al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l’ottemperanza (comma 2).

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

5.2.1. Ebbene, le considerazioni fin qui formulate in merito alla qualificazione della decisione su ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadabile nel sistema della giurisdizione amministrativa conducono al precipitato indefettibile della collocazione del decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell’art. 112, comma 2. Ne consegue che il ricorso per l’ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell’art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “*il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*” (conf. per tutte, Cass. sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065 e 15 marzo 2012, n. 2129; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18; sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513).

5.2.2. L’assunto è corroborato, sul piano teleologico, dal rilievo che la disciplina della competenza territoriale fissata dall’art. 113, comma 1, del codice del processo amministrativo si connota per l’attribuzione al Tribunale amministrativo

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

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

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

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

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

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

Si deve solo aggiungere il riconoscimento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato anche in sede di ottemperanza scongiura l'anomalia logica della previsione di un giudizio di esecuzione in doppio grado finalizzato all'attuazione di uno *iussum iudicis* perfezionatosi all'esito di un giudizio semplificato in grado unico. Non è d'altronde chi non veda come una simile aporia contraddirebbe, proprio nella nevralgica fase dell'esecuzione, le esigenze perseguite dal legislatore mediante la previsione di un rito speciale e semplificato finalizzato a consentire, nell'accordo tra le parti, una sollecita definizione della controversia.

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

Il ricorso va quindi rimesso alla Sezione per l'ulteriore definizione del giudizio e per la statuizione sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

dichiara il ricorso ammissibile e lo rimette alla Sezione per l'ulteriore definizione del giudizio e per la statuizione sulle spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 06/05/2013.

CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 2 aprile 2014 n. 73

Pres. Silvestri, Red. Cassese - (giudizio promosso dal Consiglio di Stato nel procedimento vertente tra Natalizi Domenico e la Regione Umbria con ordinanza del 20 maggio 2013, iscritta al n. 269 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 51, prima serie speciale, dell'anno 2013).

Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Disciplina di cui all'art. 7, comma 8, del c.p.a. - previsione dell'ammissibilità del ricorso straordinario soltanto per le controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo - Questione di legittimità costituzionale - Sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione - Infondatezza.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione - dell'art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), secondo cui il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica «è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa». Tale disposizione, infatti, non si riferisce ad un oggetto estraneo alla delega. Inoltre, l'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, si basava su una risalente tradizione interpretativa, consolidatasi, *praeter legem*, nel presupposto della natura amministrativa del rimedio; in virtù di tale natura, al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. La legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria (1).

(1) Ha osservato la Corte che innanzitutto va escluso che la disposizione in questione si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «riassetto della disciplina del processo amministrativo», contenuta nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009.

Questa tesi, sostenuta dal Consiglio di Stato rimettente, non considera che la medesima legge n. 69 del 2009, ha profondamente modificato la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato e consentendo che in tale sede vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale. Per effetto di queste modifiche, l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.

Né può ritenersi che la norma stessa produca un effetto innovativo incompatibile con la natura della delega di cui all'art. 44 della legge n. 69 del 2009. Essa - come ha precisato in precedenza la Corte costituzionale (sentenza n. 162 del 2012, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/ccost_2012-06-27.htm) - autorizza l'esercizio di poteri innovativi della normazione vigente a condizione che siano «strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l'operazione di riordino o riassetto».

L'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, si basa su una risalente tradizione interpretativa, consolidatasi, *praeter legem*, nel presupposto della natura amministrativa del rimedio; in virtù di tale natura, al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria.

Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali.

Per risolvere questa anomalia, la disposizione censurata, superando l'assetto consolidatosi in via interpretativa, ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarsi dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta - la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali - che è stata compiuta dalla [legge n. 69 del 2009](#). Sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell'art. 44 della [legge n. 69 del 2009](#).

Documenti correlati:

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 21-7-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/corte/ccost_2004-07-21.htm (sulla natura amministrativa e non giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato e sulla impossibilità per il CdS di sollevare q.l.c. in sede di emissione del prescritto parere).

CORTE DI CASSAZIONE SEZ. III CIVILE, sentenza 2-9-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cass3_2013-09-02-5.htm (afferma che il principio secondo cui il decreto decisorio di un ricorso straordinario ha natura giurisdizionale ed attitudine di passare in giudicato, in precedenza affermato dalle Sez. Unite, è predicabile solo dalla data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo e che comunque tale principio presuppone che tutte le parti necessarie abbiano partecipato al procedimento).

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 19-12-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm (nell'affermare, dopo un ampio excursus delle più recenti modifiche della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato, che il relativo decreto di decisione ha natura giurisdizionale e non amministrativa, ammette la proponibilità avverso di esso - sia pure per le materie per le quali sussiste la giurisdizione del G.A. - di un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. per motivi di giurisdizione), con nota di P. QUINTO.

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 7-6-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cassu_2012-06-07-1.htm (sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana e sull'esperibilità o meno del giudizio di ottemperanza nel caso di mancata esecuzione del relativo decreto decisorio).

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 28-1-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm (riesaminando *funditus* la *vexata quaestio* della natura del ricorso straordinario, afferma che - alla luce del nuovo codice del processo amministrativo - deve ritenersi ammesso l'perimento del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari innanzi al Capo dello Stato ed innanzi al Presidente della Regione siciliana).

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA, sentenza 6-5-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cdsap_2013-05-06-1.htm (nell'affermare, in consonanza con le S.U. ed alla luce delle recenti modifiche legislative della disciplina dell'istituto, che il decreto che decide un ricorso straordinario al Capo dello Stato ha natura "sostanzialmente giurisdizionale", individua l'Autorità giurisdizionale competente a decidere il ricorso per l'ottemperanza nel caso di inesecuzione del decreto stesso).

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA GENERALE, parere 22-2-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cdsag_2011-02-22.htm (sull'applicabilità o meno dell'art. 7, comma 8, c.p.a. - secondo cui sono ammissibili i ricorsi straordinari solo "per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa" - ai ricorsi in materia di pubblico impiego privatizzato notificati prima dell'entrata in vigore del codice e sui presupposti per la riconoscibilità dell'infortunio in itinere subito dal dipendente pubblico).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, ordinanza 1-2-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-02-01-2.htm (rimette alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione dell'individuazione della natura giuridica del d.P.R. con il quale viene deciso il ricorso straordinario, ai fini dell'individuazione del giudice competente a pronunciarsi al riguardo in sede di esecuzione).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. RIUNITE, parere 7-5-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cds_2012-05-07p.htm (sulla natura del ricorso straordinario a seguito dei recenti interventi legislativi, sulle sue differenze rispetto al ricorso giurisdizionale, sulle modalità ed i limiti temporali entro i quali le parti possono esercitare l'accesso agli atti e possono presentare memorie di replica, nonché sulla necessità della comunicazione della relazione istruttoria conclusiva a tutte le parti del procedimento).

LUCA BUSICO, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: il Consiglio di Giustizia Amministrativa riapre la questione* (note a margine di C.G.A., sent. 19 ottobre 2005, n. 695), in *LexItalia.it* n. 11/2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/busico_ottemperanza.htm

GIOVANNI VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in *LexItalia.it* n. 3/2011, pag. <http://blog.lexitalia.it/?p=625>

SENTENZA N. 73

ANNO 2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Gaetano SILVESTRI Presidente
- Luigi MAZZELLA Giudice
- Sabino CASSESE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Sergio MATTARELLA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), promosso dal Consiglio di Stato nel procedimento vertente tra Natalizi Domenico e la Regione Umbria con ordinanza del 20 maggio 2013, iscritta al n. 269 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 51, prima serie speciale, dell'anno 2013.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 12 marzo 2014 il Giudice relatore Sabino Cassese.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza depositata il 20 maggio 2013 e iscritta al n. 269 del registro ordinanze 2013, il Consiglio di Stato, sezione prima, nell'esercizio della propria funzione consultiva in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), per violazione del combinato disposto degli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione.

1.1.– Il collegio rimettente riferisce che un dipendente regionale ha impugnato, con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, le determinazioni dirigenziali relative a una procedura selettiva per mobilità interna, contestando l'attribuzione del posto alla vincitrice controinteressata, asseritamente disposta in violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili. Il collegio *a quo* espone, inoltre, che la relazione ministeriale ha concluso per l'inammissibilità del ricorso in ragione della disposizione censurata, a mente della quale «il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa».

Ad avviso del Consiglio di Stato, il proposto ricorso straordinario riguarda, in effetti, una controversia in tema di rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, che spetta alla cognizione della giurisdizione ordinaria. Il giudice *a quo* rammenta che, fino all'entrata in vigore della disposizione censurata, ciò non avrebbe escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario, considerato quale rimedio concorrente, anziché alternativo, con la tutela giurisdizionale ordinaria. La disposizione del codice del processo amministrativo oggetto di censura, tuttavia, modificando il sistema e facendo divenire la giurisdizione amministrativa presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario, imporrebbe, nella fattispecie sottoposta al parere del Consiglio di Stato, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario per difetto di giurisdizione. Il collegio rimettente, tuttavia, dubita della legittimità costituzionale del citato art. 7, comma 8, del d.lgs. n. 104 del 2010, in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma, Cost. e solleva la questione dinanzi a questa Corte, essendo «a tanto legittimat[o] dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69».

1.2.– In punto di rilevanza, il Consiglio di Stato osserva che la questione costituisce «argomento pregiudiziale incidente proprio sulla norma che la priva della *potestas iudicandi*» e dalla quale «non è dato prescindere nella presente controversia» essendo essa «decisiva per la prosecuzione dell'affare e la sua definizione nel merito in sede consultiva».

1.3.– Relativamente alla non manifesta infondatezza, il collegio rimettente rileva come una «innovazione legislativa, che importa una revisione così sostanziale nell'ambito del sistema del ricorso straordinario, quale prefigurato dal legislatore sin dall'origine e configurato da una secolare giurisprudenza non solo amministrativa stabilizzata a "diritto vivente"», sia stata «introdotta con una decretazione legislativa, in mancanza di alcun esplicito riferimento nella legge delega al particolare "oggetto" in discorso». La disposizione censurata è infatti intervenuta – ad avviso del collegio *a quo* – senza che la legge delega recasse una «diretta prescrizione con riguardo alle attribuzioni del Consiglio di Stato in sede di adozione di parere su ricorso straordinario», in una materia «non contemplata come oggetto della delega». Il Consiglio di Stato, rammentando anche la giurisprudenza di questa Corte sulla necessità di ricostruire il significato dei principi e criteri direttivi tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega, osserva che le disposizioni dettate dalla legge delega (art. 44 della legge n. 69 del 2009) riguardano soltanto il riordino del «processo amministrativo», mentre non contengono alcuna «proposizione espressa o implicita riferibile al ricorso straordinario». Aggiunge ancora il collegio rimettente che la disposizione censurata, volta a limitare l'ambito di applicazione del ricorso straordinario, è stata introdotta in accoglimento di un parere formulato dalle competenti commissioni parlamentari sulla scorta di una motivazione – l'obiettivo di «una più rapida definizione del processo» –

che tuttavia è intimamente contraddittoria, attesa la «funzione deflattiva propria del ricorso straordinario». L'analisi puntuale delle disposizioni dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, sulla cui base è stato approvato il decreto in cui si colloca la norma censurata, induce quindi l'autorità rimettente a ritenere che l'oggetto della delega fosse «circoscritto al coordinamento e al riassetto del settore logico-sistematico della giurisdizione amministrativa», non essendo invece rinvenibile «alcun cenno alla disciplina del ricorso straordinario». Ad avviso del Consiglio di Stato, ciò risulterebbe ulteriormente confermato dalla circostanza che la materia del ricorso straordinario è separatamente disciplinata in altro articolo (art. 69) della medesima legge n. 69 del 2009, intitolato «Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione». Il legislatore avrebbe dunque inteso mantenere separate le distinte materie regolate, rispettivamente, dall'art. 44 e dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009, con la conseguenza che la *ratio* della delega prevista dalla prima disposizione «era quella di riordinare e riassetto la giustizia amministrativa, non quella di riformulare l'ambito del ricorso straordinario», in ordine al quale «non si rinviene e non può rinvenirsi alcun espresso principio e criterio direttivo».

2.– Con atto depositato in cancelleria il 7 gennaio 2014, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio, chiedendo che la questione di legittimità costituzionale sia dichiarata manifestamente infondata.

2.1.– La difesa dello Stato ricorda innanzitutto come, secondo l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, il ricorso straordinario fosse ammissibile anche nelle controversie devolute alla giurisdizione ordinaria, nelle quali tuttavia il giudice civile poteva disapplicare la decisione del ricorso, avente natura amministrativa. Tale assetto, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, per un verso, inciderebbe negativamente «sul piano organizzativo e sulla rapidità della definizione delle questioni rientranti nelle competenze del Consiglio di Stato»; per altro verso, «impediva una corretta qualificazione dell'istituto», in quanto la disapplicabilità della decisione straordinaria da parte del giudice civile impediva di qualificarla come pronuncia giurisdizionale ed escludeva quindi la proponibilità del giudizio di ottemperanza. La legge n. 69 del 2009, nella ricostruzione proposta dalla difesa statale, ha inteso superare le incertezze sulla natura del ricorso straordinario, qualificandolo a tutti gli effetti come rimedio giurisdizionale. A tal fine, il legislatore ha riformato il procedimento del ricorso straordinario eliminando l'elemento ritenuto da questa Corte (sentenza n. 254 del 2004) decisivo per affermarne la natura amministrativa, cioè la facoltà del Consiglio dei ministri di disattendere il parere obbligatorio del Consiglio di Stato. Divenuto quest'ultimo vincolante, oltre che obbligatorio, il rimedio del ricorso straordinario, ad avviso della difesa statale, ha definitivamente acquisito natura giurisdizionale. La norma censurata costituisce, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, «una logica conseguenza di questa innovazione normativa». Se, infatti, il ricorso straordinario, divenuto rimedio giurisdizionale, fosse esperibile anche nelle controversie devolute al giudice ordinario, occorrerebbe «ritenere l'autorità giurisdizionale ordinaria vincolata al contenuto della decisione (giurisdizionale) del ricorso straordinario, determinando una situazione di inammissibile interferenza tra le giurisdizioni». Di conseguenza, ad avviso della difesa statale, la norma censurata, nella misura in cui costituisce «una conseguenza logica necessitata della mutata natura del mezzo del ricorso straordinario», deve ritenersi «come tale legittima», anche «a prescindere dalla sussistenza di qualunque specifico criterio o principio di delega».

Peraltro, l'Avvocatura generale dello Stato osserva anche che la disposizione censurata è coerente con la *ratio* di una delega che è formulata in termini molto ampi e, in particolare, risponde sia al criterio della «concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo» (art. 44, comma 2, lettera *a*), sia al criterio del «riordino delle norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni» (art. 44, comma 2, lettera *b*, numero 1).

Considerato in diritto

1.– Il Consiglio di Stato, sezione prima, nell'esercizio della propria funzione consultiva in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), per violazione del combinato disposto degli articoli 76 e 77, primo comma, della Costituzione.

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

2.– Preliminarmente, deve riconoscersi la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Come già affermato da questa Corte ai fini dell'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana (sentenza n. 265 del 2013), l'art. 69, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), modificando il testo dell'art. 13, primo comma, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi) ha stabilito che l'organo competente ad esprimere il parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, «Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati».

Tale disposizione, contenuta in una legge ordinaria, è coerente con i criteri posti dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ai sensi del quale la questione di legittimità costituzionale deve essere rilevata o sollevata «nel corso di un giudizio» e deve essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un «giudice». L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l'art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l'art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

3.– Nel merito, la questione non è fondata.

3.1.– Va innanzitutto escluso che la disposizione censurata si riferisca ad un oggetto estraneo alla delega per il «riassetto della disciplina del processo amministrativo», contenuta nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009. Questa tesi, sostenuta dal collegio rimettente, non considera che la medesima legge n. 69 del 2009, come rilevato, ha profondamente modificato la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato e consentendo che in tale sede vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale. Per effetto di queste modifiche, l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.

La disposizione censurata, perciò, è intesa a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di applicazione di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche. Essa, dunque, non può considerarsi al di fuori dell'oggetto della delega sul riassetto del processo amministrativo, la quale include, fra l'altro, il riordino delle norme vigenti «sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni».

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

La legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel senso che si è in precedenza illustrato, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria. Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali. Per risolvere questa anomalia, la

disposizione censurata, superando l'assetto consolidatosi in via interpretativa, ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarci dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta – la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali – che è stata compiuta dalla legge n. 69 del 2009. Sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009.

3.3.– Deve pertanto dichiararsi non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del d.lgs. n. 104 del 2010, sollevata dal Consiglio di Stato in riferimento al combinato disposto degli articoli 76 e 77, primo comma, Cost.

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione, dal Consiglio di Stato, sezione prima, con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 26 marzo 2014.

F.to:

Gaetano SILVESTRI, Presidente

Sabino CASSESE, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 2 aprile 2014.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III CIVILE - sentenza 2 settembre 2013 n. 20054

Pres. Finocchiaro, Rel. Frasca - Consiglio Notarile di Firenze (Avv. Traina) e Consiglio Nazionale del Notariato (Avv. Morbidelli) c. Lops (Avv. Di Giovanni e Porcelli) e Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Firenze ed altri (accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbito il secondo motivo; cassa con rinvio la sentenza Corte d'Appello di Firenze 11 novembre 2010, n. 1638).

1. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - Natura giurisdizionale ed attitudine di passare in giudicato dei relativi decreti decisori - Riconoscimento da parte delle Sez. Unite della Cassazione - Può dirsi avvenuto solo per le decisioni rese nel regime della alternatività.

2. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - Decreti decisori - Attitudine a passare in giudicato - Sussiste per i decreti emessi dopo la data di entrata in vigore del c.p.a. (16 settembre 2010) - Decisione straordinaria che decida una controversia riguardante un procedimento disciplinare a carico di un notaio - In assenza della parte necessaria costituita dal pubblico ministero - E' da ritenere viziata sia per difetto di giurisdizione che per violazione dei principi sull'integrità del contraddittorio.

1. Il riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'istituto del ricorso straordinario e della forza del giudicato dei relativi decreti decisori - effettuato con le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2065 del 2011 e n. 23464 del 2012 - ha effetti retroattivi solo per le decisioni rese nel regime della alternatività (ponendosi la natura giurisdizionale come ammennicolo e corollario della equivalenza sostanziale di queste decisioni alle sentenze del giudice amministrativo), mentre - al contrario - non ha effetti retroattivi per le decisioni - di per sé disapplicabili - rese su una controversia conoscibile dal giudice civile (1). 2. Per le decisioni dei ricorsi straordinari successive alla data del 16 ottobre 2010 (data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo), va ammessa la natura giurisdizionale (che comporta la conseguente loro impugnabilità *ex art. 111 Cost. per motivi inerenti alla giurisdizione*); è tuttavia viziata - sia per difetto di giurisdizione che per violazione dei principi sull'integrità del contraddittorio - la decisione straordinaria che decida una controversia riguardante un procedimento disciplinare a carico di un notaio, in assenza della parte necessaria costituita dal pubblico ministero (2).

(1) Nel testo della sentenza in rassegna si riporta a conforto un lungo brano della sentenza delle Sez. Unite della Cassazione 19 dicembre 2012, n. 23464 (in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm con nota di P. QUINTO) la quale ha affermato, dopo un ampio *excursus* delle più recenti modifiche della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato, che il relativo decreto di decisione ha natura giurisdizionale e non amministrativa ed ha ammesso la proponibilità avverso di esso - sia pure per le materie per le quali sussiste la giurisdizione del G.A. - di un ricorso in Cassazione *ex art. 111 Cost. per motivi di giurisdizione*.

Secondo la sentenza in rassegna, dal citato arresto delle Sez. Unite si ricava che la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario va esaminata distintamente, con riferimento alle decisioni che - prima della revisione - erano state rese nel regime della alternatività e per quelle che, invece, erano state rese con riferimento a controversie rientranti nella giurisdizione del giudice civile.

Infatti, per quelle rese nel regime della alternatività, era pacifica la equivalenza sostanziale delle decisioni straordinarie alle sentenze del giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. IV, 31-12-2003, n. 9292; Sez. VI, 10-2-1999, n. 146, Sez. VI, 9-10-1997, n. 1460; Ad. Plen., 10-6-1980 n. 22; Ad. Plen., 24-5-1961, n. 24; Ad. Plen., 30-10-1954, n. 26).

Invece, le decisioni straordinarie, se la controversia rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario, non decidevano la lite ed erano disapplicabili dal giudice civile (Sez. Un., 15-12-1986, n. 7506, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 1167; Sez. Un., 10-12-1982, n. 6764; Sez. Un., 21-4-1977, n. 1464; Sez. Un., 9-7-1973, n. 1962; Sez. Un., 9-6-1936, in *Foro amm.*, 1937, II, 1; Sez. Un., 21-12-1908, in *Giur. It.*, 1909, I, 307)

Secondo la sentenza in rassegna (v. *amplius* §§ 3.1. e 3.2. della motivazione), le Sezioni Unite si sono basate su tale distinzione, nell'incasellare (e giustificare) nella nuova cornice normativa il precedente arresto (Cass. sez. un. n. 2065 del 2011, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm; v. anche sez. un., nn. 2818, 2819, 2829, 2830 fino a 2939 del 2011, n. 5684 del 2011, n. 9447 del 2011, n. 21056 del 2011, n. 28345; n. 212 del 2012) in punto di esperibilità dell'ottemperanza sulla decisione resa all'esito del ricorso al Capo dello Stato: anche nelle

identiche sentenze rese tra il 2011 e il 2012, le Sezioni Unite hanno ammesso il giudizio d'ottemperanza in casi in cui il giudice amministrativo aveva ordinato l'ottemperanza a decisioni, precedenti alla revisione, rese nel regime della alternatività ((e perciò il riconoscimento della loro natura giurisdizionale si è basata come 'ammennicolo', sulla loro già sussistente equivalenza sostanziale alle sentenze del giudice amministrativo).

Invece (v. il § 3.3. della motivazione della sentenza in rassegna), le decisioni straordinarie che prima della revisione erano state rese su controversie conoscibili dal giudice civile e perciò disapplicabili, non ravvisabile alcuna cogenza, per cui nella specie la Corte d'appello di Firenze avrebbe potuto (e dovuto) disapplicare la decisione resa prima della revisione, per il grave vizio di essere stata emessa in assenza del necessario contraddittorio col pubblico ministero.

Per la sentenza in rassegna, se la controversia è devoluta al giudice civile, la natura giurisdizionale della decisione straordinaria è emersa normativamente solo con gli indici normativi di cui al Codice del processo amministrativo, introdotto dal d.lgs. n. 104 del 2010 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010.

Ne segue che, secondo la sentenza in rassegna, prima di questa data, non può sostenersi che la decisione straordinaria, in quanto disapplicabile, mettesse capo ad una decisione di natura giurisdizionale ed in particolare non potrebbe sostenersi che vi metteva capo già in forza della novità legislativa introdotta dall'art. 69 della L. n. 69 del 2009, giacché le Sezioni Unite hanno considerato l'argomento da esso desumibile soltanto come un tassello normativo utile e finalizzato all'approdo definitivo al versante giurisdizionale, ma non determinativo di esso, che s'è realizzato soltanto con il citato Codice (si noti come la Sez. III abbia attribuito rilievo decisivo ad un decreto legislativo, mentre la soppressione dei poteri decisorii del Governo e la qualificazione come 'giudice' del Consiglio di Stato in sede di redazione del parere è stata invece disposta dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009).

Per le decisioni disapplicabili, e salvi i principi enunciati dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 2065 del 2011 e n. 23464 del 2012 per quelle equivalenti alle sentenze del giudice amministrativo, il 16 settembre 2010 può, dunque, dirsi la data in cui, secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite, la discussa natura del procedimento di ricorso straordinario davanti al Capo dello Stato, si è trasformata, almeno sul piano dell'esegesi della legge ordinaria (restando possibile che ci si possa interrogare sulla legittimità dell'approdo sul piano della legge costituzionale, avendo le Sezioni Unite escluso che il procedere dell'evoluzione legislativa fino al detto approdo abbia determinato un risultato contrario a Costituzione, ma potendo l'interrogativo trovare risposta solo in un *dictum* della Corte costituzionale, ove provocato nei modi in cui è possibile sollecitarlo), in processo giurisdizionale equipollente a quello amministrativo ordinario, che si conclude con una decisione di natura giurisdizionale e, quindi, atta a dar luogo alla cosa giudicata.

Né in contrario potrebbe invocarsi l'affermazione di Cass. sez. un. n. 2065 del 2011 ult. cit., in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm, secondo cui «I profili di novità tratti dalla legislazione, che sono stati anche oggetto di discussione all'odierna udienza pubblica, sono di immediata operatività a prescindere dall'epoca di proposizione del ricorso straordinario, ovvero di instaurazione del giudizio di ottemperanza.» (paragrafo 2.14), atteso che le Sezioni Unite intesero riferire tale affermazione alla ritenuta conseguenza dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza, come fa manifesto la successiva affermazione che «l'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza» (paragrafo 2.15), proprio perché essa non ha inteso riferirsi, né avrebbe potuto riferirsi, a quelle che erano disapplicabili e che non avevano comportato una soccombenza (che non poteva essere di certo prodotta dalla revisione).

(2) Alla stregua del principio è stato ritenuto nella specie che non poteva dirsi formato un giudicato sulla decisione del ricorso straordinario (nel caso in questione riguardante un procedimento disciplinare nei confronti di un notaio), atteso che sussisteva la giurisdizione civile e che al relativo procedimento decisorio non aveva partecipato il Pubblico Ministero.

Se infatti la decisione adottata nel procedimento sul ricorso al Capo dello Stato avesse dato luogo ad un giudicato, ad una sua estensione nel giudizio disciplinare sarebbe stato certamente d'ostacolo il fatto che uno dei soggetti che sono parte del giudizio stesso, cioè il Pubblico Ministero, vi sarebbe dovuto rimanere assoggettato senza avere avuto possibilità di partecipare al giudizio espletatosi con il suddetto procedimento, essendo pacifico che in esso non venne coinvolto come controinteressato.

La garanzia fondamentale del diritto di difesa, che, nell'apprezzamento del legislatore in ordine ai *legitimi contradictores* del giudizio disciplinare esige la partecipazione del Pubblico Ministero, essendo riferibile anche alla posizione del Pubblico Ministero, avrebbe escluso che al giudicato formatosi dinanzi all'altra giurisdizione senza il coinvolgimento del Pubblico Ministero questi potesse essere vincolato.

D'altro canto, non essendo concepibile un'efficacia di un giudicato formatosi in altro processo se non nei confronti di tutti i soggetti del giudizio disciplinare oggetto della presente controversia, detta efficacia non si sarebbe potuta dispiegare.

Documenti correlati:

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 19-12-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cassu_2012-12-19-1.htm (nell'affermare, dopo un ampio *excursus* delle più recenti modifiche della disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato, che il relativo decreto di decisione ha natura giurisdizionale e non amministrativa, ammette la proponibilità avverso di esso - sia pure per le materie per le quali sussiste la giurisdizione del G.A. - di un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. per motivi di giurisdizione), con commento di P. QUINTO.

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 28-1-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm (riesaminando *funditus* la *vexata quaestio* della natura del ricorso straordinario, afferma che - alla luce del nuovo codice del processo amministrativo - deve ritenersi ammesso l'esperimento del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari innanzi al Capo dello Stato ed innanzi al Presidente della Regione siciliana).

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA, sentenza 6-5-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cdsap_2013-05-06-1.htm (nell'affermare, in consonanza con le S.U. ed alla luce delle recenti modifiche legislative della disciplina dell'istituto, che il decreto che decide un ricorso straordinario al Capo dello Stato ha natura "sostanzialmente giurisdizionale", individua l'Autorità giurisdizionale competente a decidere il ricorso per l'ottemperanza nel caso di inesecuzione del decreto stesso).

CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA, sentenza 5-6-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap_2012-06-05.htm (sull'ammissibilità del ricorso per ottemperanza proposto per l'esecuzione di un decreto di decisione di un ricorso straordinario e sulla base di calcolo alla quale fare riferimento per il computo degli interessi e della rivalutazione monetaria dovuti per crediti retributivi dei dipendenti pubblici).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. IV, sentenza 25-6-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-06-5-1.htm (sul giudice competente a decidere un ricorso per ottemperanza ad un d.P.R. che ha deciso un ricorso straordinario, sui casi in cui è ravvisabile il vizio di violazione od elusione del giudicato, sul diverso atteggiarsi dell'obbligo di conformazione della P.A. in relazione al tipo di vizio riscontrato in s.g. e sulla proponibilità o meno del giudizio di ottemperanza nel caso di annullamento dell'atto impugnato per difetto di motivazione).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 18-5-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/91/cga_2009-05-18.htm (in contrasto con il prevalente orientamento della Cassazione e della giurisprudenza amministrativa, afferma che è ammissibile il ricorso per ottemperanza proposto al fine di ottenere l'esecuzione della decisione di un ricorso straordinario).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 28-4-2008, pag. http://www.lexitalia.it/p/81/cga_2008-04-28-3.htm (ritiene ammissibile un ricorso per ottemperanza proposto per ottenere l'esecuzione di un decreto del Presidente della Regione siciliana reso in sede di decisione del ricorso straordinario).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 19-10-2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/cga_2005-10-19-7.htm (ribaltando l'orientamento tradizionale, afferma che il giudizio di ottemperanza è esperibile anche per assicurare la esecuzione del decreto di decisione di un ricorso straordinario; afferma anche che l'amministrazione, in sede di ottemperanza, può tenere conto dei fatti od atti sopravvenuti, negando in particolare la rinnovazione di un concorso per sopravvenute ragioni finanziarie ed organizzative).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 7-11-2002, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cga_2002-11-07.htm (sui mezzi di reazione esperibili nei casi di mancata ottemperanza al decreto che ha deciso un ricorso straordinario e sull'infondatezza della q.l.c. delle norme sul giudizio di ottemperanza nella parte in cui non prevedono l'esperibilità di tale rimedio per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari).

G. VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, nel weblog, pag. <http://blog.lexitalia.it/?p=625>

L. BUSICO, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: il Consiglio di Giustizia Amministrativa riapre la questione* (note a margine di C.G.A., sent. 19 ottobre 2005, n. 695), in *LexItalia.it* n. 11/2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/busico_ottemperanza.htm

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§1. Andrea Lops, notaio in Prato, impugnava con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica del gennaio 2010, le delibere del Consiglio Notarile di Firenze del 12 febbraio e del 16 dicembre 2008, con le quali erano stati, rispettivamente, adottati ed integrati nuovi criteri per l'individuazione dei notai da sottoporre a monitoraggio per l'esercizio del potere di vigilanza, nonché la delibera del 14 luglio 2009 con la quale, sulla base di una scelta effettuata in base ai criteri di cui alle precedenti delibere, il Consiglio Notarile aveva deliberato di avviare nei suoi confronti procedimento disciplinare, ed in fine la stessa richiesta di procedimento disciplinare innanzi alla COREDI, formulata dal Presidente del Consiglio Notarile in data 21 settembre 2009.

A seguito di conforme parere del Consiglio di Stato veniva emesso il 21 luglio 2010, decreto del Presidente della Repubblica, con il quale tutti i provvedimenti impugnati venivano annullati.

§2. Sulla base di tali annullamenti, con sentenza depositata l'11 novembre 2010, la Corte di appello di Firenze, innanzi alla quale era stata impugnata la decisione della COREDI del 3 maggio 2010, che aveva frattanto condannato il notaio Lops alla pena pecuniaria di €. 10.000,00, accoglieva il reclamo del Lops.

La Corte fiorentina giustificava l'accoglimento con la seguente breve motivazione: premesso, riguardo agli atti impugnati con il ricorso straordinario «che trattasi di atti presupposti o prodromici alla adozione della delibera in questa sede reclamata con la quale è stata comminata al notaio la sanzione disciplinare», osservava «che a seguito della declaratoria di illegittimità degli atti presupposti, questa Corte non può che limitarsi a dare atto della sopravvenuta conseguente illegittimità anche della sanzione disciplinare comminata in assenza dei presupposti logico-giuridici che la giustificano».

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Consiglio notarile di Firenze.

§2. Ha resistito con controricorso il notaio Andrea Lops.

Ha spiegato intervento adesivo il Consiglio nazionale del notariato.

§3. Essendosi ravvisate le condizioni per procedere ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., venivano richieste le conclusioni al Pubblico Ministero presso la Corte ed all'esito del loro deposito ne veniva fatta notificazione agli avvocati delle parti e veniva fissata l'adunanza della Corte per il 4 ottobre 2012.

In vista di essa le parti depositavano memoria.

§4. All'esito della detta adunanza il Collegio, con ordinanza del 9 novembre 2012, come, del resto, in altro procedimento chiamato nella stessa adunanza (n.r.g. 7536 del 2011), nel quale altro notaio lamentava da parte di altra sentenza della Corte d'Appello fiorentina il disconoscimento dell'efficacia di giudicato della cennata decisione del Capo dello Stato (quanto alle delibere presupposte) nel giudizio disciplinare nei suoi confronti introdotto sempre sulla loro base, rimetteva gli atti al Primo Presidente, ravvisando l'esistenza nel ricorso della prospettazione di questioni di particolare importanza

§5. Il Primo Presidente Aggiunto, delegato alla Presidenza delle Sezioni Unite Civili, con provvedimento del 20 dicembre 2012, rilevata la sopravvenienza, in data 19 dicembre 2012, della sentenza n. 23464 delle Sezioni Unite, riteneva, però, opportuno «che il ricorso fosse riesaminato dalla terza sezione alla luce dei principi enunciati nella predetta sentenza» ed in conseguenza rimetteva «il ricorso al presidente della terza sezione civile», il quale disponeva la sua trattazione all'odierna udienza, evidentemente nel presupposto che la rimessione alla Sezione implicasse la trattazione in udienza.

Il ricorrente ed il resistente hanno depositato memoria senza nulla osservare sulla fissazione della trattazione in udienza pubblica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§1. Preliminarmente va dichiarata l'inammissibilità dell'atto di intervento *ad adiuvandum* del Consiglio nazionale del notariato, in questa sede di giudizio di cassazione.

Infatti non è consentito nel giudizio di legittimità l'intervento volontario del terzo, mancando una espressa previsione normativa, indispensabile nella disciplina di una fase processuale autonoma e riferendosi l'art. 105 cod. proc. civ. esclusivamente al giudizio di cognizione di primo grado, senza che, peraltro, possa configurarsi una questione di legittimità costituzionale della norma disciplinante l'intervento volontario, come sopra interpretata, con riferimento all'art. 24 Costituzione, giacché la legittimità della norma limitativa di tale mezzo di tutela giurisdizionale discende dalla particolare natura strutturale e funzionale del giudizio di legittimità (Cass. n. 5126 del 1999; Cass. sez. un. n. 1245 del 2004; più di recente: Cass. n. 10813 del 2011).

§1.1. Nella memoria depositata in funzione deU'odierna udienza il ricorrente ha eccepito anche l'inammissibilità dello stesso ricorso del Consiglio Notarile fiorentino, perché esso non si sarebbe costituito nel giudizio dinanzi alla Corte d'Appello. L'eccezione postula che una parte rimasta contumace nel grado di giudizio precedente il giudizio di cassazione non possa ricorrere dinanzi a questa Corte.

Si tratta di eccezione palesemente priva di fondamento, essendo sufficiente rimandare alla lettura dell'art. 327 c.p.c.

§2. Con il primo motivo di ricorso, il ricorrente lamenta "Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 d.p.r. 24.11.1971, n. 1199 - art. 360, c. 1, n. 3 c.p.c. Omessa e/o insufficiente motivazione su un punto controverso e decisivo per il giudizio - art. 360 c. 1, n. 5 c.p.c."

Ritiene il ricorrente che erroneamente la Corte di appello, adita avverso la decisione della COREDI, abbia ritenuto di essere vincolata dalla decisione di accoglimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto in precedenza dal reclamante avverso gli atti preliminari rispetto alla delibera di avvio del procedimento disciplinare ed alla successiva richiesta di procedimento disciplinare (che, peraltro, risultano anch'essi dalla decisione). Secondo il ricorrente il decreto del Presidente della Repubblica, avendo natura pur sempre amministrativa, doveva essere, invece, disapplicato dal giudice ordinario. L'assenza di qualsivoglia spiegazione deH'effetto di vincolo della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato impedirebbe di ritenere che la Corte territoriale abbia ravvisato non già detto vincolo, ma semplicemente condiviso le ragioni sulla base delle quali quella decisione è stata resa.

Con un secondo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione artt. 93 e 93 -bis della L. 16.2.1913, n. 89 (c.d. legge notarile) - art. 360 c. 1, n. 3 c.p.c."; violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 18 e 19 del d.lgs. 30.6.2003,196 (c.d. codice della *privacy*) - art. 360 c. 1, n. 3 c.p.c."

Il motivo, proposto evidentemente in via subordinata, si muove sempre nel presupposto che la natura della decisione resa sul ricorso straordinario sia soltanto amministrativa (giustiziale) e suppone che con la stringata motivazione sopra riportata la Corte fiorentina abbia inteso, in realtà, condividere e far proprie le ragioni del *decisum* del ricorso straordinario ed in questa prospettiva svolge considerazioni che direttamente si concretano in una critica delle affermazioni contenute nella decisione sul detto ricorso. Si adduce anche che proprio la Corte d'Appello di Firenze, con altra sentenza resa nei confronti di altro notaio - che aveva invocato la decisione del Capo dello Stato sulle delibere di adozione dei criteri di monitoraggio e di loro integrazione siccome incidente sulla richiesta di procedimento disciplinare formulata sulla base dell'espletamento del monitoraggio in base ad esse e sulla successiva adozione da parte della COREDI della sanzione disciplinare - aveva disapplicato la decisione sul ricorso straordinario.

§2.1. Il primo motivo è fondato e determina l'assorbimento del secondo.

La tutela azionata dal notaio con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era volta principalmente avverso gli atti con cui era stato avviato il procedimento disciplinare nei suoi confronti e, mediamente solo in quanto presupposti di tale atto di avvio del procedimento, avverso gli atti istitutivi in generale del monitoraggio e degli accertamenti istruttori nei confronti dei notai. In ogni caso, ciò che rileva in questa sede di procedimento disciplinare nei confronti del notaio, è appunto la ritenuta illegittimità dell'atto di avvio del procedimento (sia pure quale effetto consequenziale della dichiarata illegittimità delle delibere di vigilanza e controllo dell'attività professionale dei notai) in

sede di ricorso straordinario.

La Corte di Appello in sede di reclamo ha ritenuto che, essendo stato annullato con decreto del Presidente della Repubblica sia l'atto di avvio del procedimento disciplinare sia le due delibere del Consiglio notarile in tema di vigilanza e controllo sull'attività dei notai, su cui esso si fondava, dovesse necessariamente e conseguenzialmente pronunciare l'annullamento anche della decisione reclamata della COREDI.

Ha ritenuto, quindi implicitamente quella Corte di merito, come d'altro canto postula il resistente, che il provvedimento del Presidente della Repubblica, con il connesso parere del Consiglio di Stato, avesse anche per il giudice ordinario, nel giudizio rientrante nella giurisdizione sua propria quale è quella disciplinare, una funzione vincolante, tipica del giudicato nella funzione giurisdizionale.

A sostegno di questo orientamento l'attuale resistente ha citato la recente sentenza delle Sezioni Unite n. 2065 del 2011.

§2. In relazione alla prospettazione svolta nei due motivi, il Collegio designato alla trattazione nella camera di consiglio del 4 ottobre 2012, con ordinanza n. 19555 del 9 novembre 2012, aveva ritenuto di rimettere al Primo Presidente della Corte, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la trattazione del ricorso perché esaminassero la questione di particolare importanza della sussistenza o meno, specie in dipendenza dell'evoluzione legislativa già registrata da Cass. sez. un. n. 2065 del 2011, della idoneità della decisione sul ricorso al Capo dello Stato ad integrare un provvedimento giurisdizionale e, quindi, a determinare cosa giudicata. Nel contempo, in detta ordinanza le Sezioni Unite venivano sollecitate ad esaminare in funzione della risoluzione della questione il problema della compatibilità con l'art. 102 della Cost., della ipotetica trasformazione con legge ordinaria del detto istituto in modo tale da porre capo ad un decisione giurisdizionale, siccome emessa da un giudice.

§2.1. Coevamente, con ordinanza interlocutoria in pari data (n. 19556 del 9 novembre 2011), emessa con riguardo al ricorso iscritto al n.r.g. 7536 del 2011 e relativo alla sentenza della Corte fiorentina evocata dal qui ricorrente nel secondo motivo), il Collegio designato alla trattazione, disponeva anch'esso la rimessione alle Sezioni Unite di quel ricorso, nel quale il notaio ricorrente invocava l'efficacia di cosa giudicata della decisione emessa a favore del qui ricorrente in sede di ricorso al Capo dello Stato, efficacia negata dalla Corte toscana.

In particolare, in quell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite si era evidenziato che con i motivi si poneva la questione della incidenza sul procedimento e, quindi, sul giudizio disciplinare, dell'annullamento con d.P.R. del 21 luglio 2010, in sede di c.d. ricorso straordinario al Capo dello Stato, delle due delibere del Consiglio Notarile di Firenze del 12 febbraio e del 16 dicembre 200.

Si era rilevato, come del resto emergeva dall'illustrazione del motivo, che uno dei notai sottoposti a procedimento disciplinare all'esito degli accertamenti conseguiti alle dette delibere, cioè proprio il notaio Andrea Lops, notaio in Prato, resistente in questo giudizio, impugnava con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sia dette delibere del Consiglio notarile di Firenze, sia quella con la quale era stato avviato nei suoi confronti (perché scelto in base a criteri introdotti con le precedenti delibere) procedimento disciplinare, sia la richiesta di procedimento disciplinare innanzi alla COREDI.

Si era, quindi, evidenziato:

a) che, a seguito di conforme parere del Consiglio di Stato, veniva emesso il 21 luglio 2010 decreto del Presidente della Repubblica, con il quale i provvedimenti impugnati venivano annullati; che, peraltro, il giudizio disciplinare a carico del notaio Claps aveva frattanto avuto corso, dapprima con la fase amministrativa giustiziale dinanzi alla CO.RE.DI. competente e, quindi, davanti alla Corte d'Appello fiorentina, la quale, con la sentenza oggetto del presente ricorso chiamato nella stessa adunanza (ed ora nella stessa odierna udienza) del presente, riteneva, con il provvedimento impugnato con il ricorso qui in esame che la decisione resa nel procedimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato avesse natura giurisdizionale e, quindi, producesse effetto di cosa giudicata nel giudizio disciplinare, sia quanto alla legittimità degli atti presupposto concernenti le delibere del Consiglio notarile, sia quanto alla stessa contestazione disciplinare di avvio del procedimento disciplinare e provvedeva in conseguenza;

b) che nel giudizio oggetto del ricorso n. 7536 del 2011, si invocava analogamente, di contro alla soluzione opposta adottata dalla stessa Corte territoriale, un effetto analogo quanto alle delibere costituenti asseritamente atti presupposto e per tale ragione si imputava con i primi due motivi alla sentenza impugnata della Corte fiorentina di avere disconosciuto, al contrario di quella oggetto dell'impugnazione con l'altro ricorso, l'efficacia di cosa giudicata alla decisione adottata nel procedimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

§3. Tanto premesso, va rilevato che con sentenza n. 23464 del 2012 le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato il seguente principio di diritto: «In tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la decisione presidenziale conforme al parere del Consiglio di Stato ripete dal parere stesso la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale, come tale impugnabile in cassazione per motivi di giurisdizione, atteso che l'art. 69 della legge n. 69 del 2009 - che rende vincolante il parere del Consiglio di Stato e legittima l'organo consultivo a sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale e l'art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010 - il quale ammette il ricorso straordinario per le sole controversie sulle quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo - evidenziano l'avvenuta "giurisdizionalizzazione" dell'istituto.».

A seguito della sentenza delle Sezioni Unite e di riaffermazione del riportato principio di diritto, la prospettazione del primo motivo del presente ricorso (là dove sostiene che erroneamente la Corte fiorentina ha ritenuto il valore di giudicato della decisione resa in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato riguardo all'impugnazione delle delibere "presupposto" e della stesso atto di avvio del procedimento disciplinare davanti alla COREDI) potrebbe sembrare di primo acchito infondata.

Senonché, essa lo è soltanto apparentemente, perché invece il primo motivo del presente ricorso, in realtà, nonostante l'arresto cui sono pervenute le Sezioni Unite e la sua applicazione nella presente vicenda, giustifica al contrario l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte fiorentina.

§3.1. Queste le ragioni.

Una volta che le Sezioni Unite hanno riconosciuto la giurisdizionalizzazione del procedimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato, ne segue, come amminicolo necessario derivante dalla constatata stessa equivalenza di tutela finale assicurata dal medesimo rispetto all'ordinario giudizio amministrativo, che la decisione su di esso, in quanto "giurisdizionale" in non diversa guisa di quella assunta dall'ordinario giudice amministrativo, ha l'attitudine alla formazione sull'oggetto della decisione della cosa giudicata, secondo le logiche proprie del giudizio amministrativo.

Le Sezioni Unite non l'hanno affermato *expressis verbis*, ma tale conseguenza è un portato della giurisdizionalizzazione, atteso che, pur con i problemi che la disciplina del procedimento *de quo* presenta sul piano costituzionale e che le Sezioni Unite non hanno mancato di segnalare, il ritenuto esercizio della giurisdizione in esso, in ragione della sua alternatività rispetto a quello della giurisdizione amministrativa ordinaria non può che portare allo stesso risultato cui porterebbe l'espletamento di quest'ultima.

Ai fini di questo giudizio di legittimità, il Collegio rileva, tuttavia, che assume rilievo decisivo un dato: la giurisdizionalizzazione - e, quindi, l'attitudine a determinare cosa giudicata, con conseguente esclusione della natura di mero atto giustiziale di valore amministrativo, cioè provvedimentale, come tale eventualmente (ma di seguito si darà spiegazione di come questa eventualità nemmeno si possa realizzare con riferimento alla vicenda disciplinare notarile) disapplicabile ai sensi dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso n. 2248, All. E, del 1865 - ad avviso delle Sezioni Unite, cui questa Sezione deve prestare ossequio, sarebbe stata acquisita dalla decisione sul detto procedimento soltanto a far tempo da un certo momento e precisamente all'esito di una lunga evoluzione legislativa e, quindi, a far tempo dal momento in cui essa si è chiusa.

§3.2. Ciò, risulta chiaramente affermato dalle Sezioni Unite nella motivazione della loro decisione e precisamente nel passo che qui si riporta: «12. *Ma è soprattutto negli anni 2009-2010 che muta, ulteriormente ed in termini di maggior rilievo, il quadro normativo di riferimento.* 13. *Innanzitutto la riforma del 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69, recante nuove norme in materia di processo civile) ha apportato, all'art. 69, significative modifiche alla disciplina del ricorso straordinario, ora qualificato nella rubrica della disposizione come rimedio "giustiziale" contro la pubblica amministrazione. L'art. 69 cit., comma 2, ha infatti novellato il D.P.R. n. 1199 del 1971, art. 14, comma 1, primo periodo, con la previsione del carattere vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato essendo ora prescritto che il decreto del Presidente della Repubblica, che decide sul ricorso straordinario, deve essere adottato su proposta del Ministero competente, "conforme al parere del Consiglio di Stato". Conseguentemente è stata abrogata la precedente disciplina (art. 14, comma 1, secondo periodo, e comma 2, cit.) nella parte in cui consentiva la decisione del ricorso straordinario in termini "difformi" rispetto al parere, previa delibera del Consiglio dei ministri. In tal modo è stato rimosso l'ostacolo che la giurisprudenza costituzionale ravvisava al riconoscimento della natura di "autorità giurisdizionale" al Consiglio di Stato nella suddetta sede consultiva. E quindi lo stesso art. 69 al primo comma - per fugare ogni dubbio interpretativo - ha espressamente sancito la possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale (ciò che peraltro finora in concreto non è ancora avvenuto). Ha infatti previsto che il Consiglio di Stato, se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l*

'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, solleva l'incidente di costituzionalità ordinando l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale nonché la notifica del provvedimento alle parti. In proposito potrebbe in vero sorgere qualche perplessità sulla fonte non di rango costituzionale, attesa la riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137 Cost., comma 1, quanto alle condizioni, alle forme ed ai termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale; perplessità comunque superabili in ragione di quanto si dirà oltre (v. sub 19 e 20) per escludere che nella fattispecie sia configurabile una (non consentita) istituzione di un nuovo giudice speciale. 14. Il codice del processo amministrativo (D.Lgs. 1 luglio 2010, n. 104) ha ulteriormente accentuato il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario in varie disposizioni. Delle quali la più significativa appare essere l'art. 7 recante la definizione e l'ambito generale della giurisdizione amministrativa. È in questo ambito, chiaramente attinente alla giurisdizione e non già all'amministrazione, che si colloca anche la prescrizione specifica (al comma 8) secondo cui il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e quindi nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione. Sicché la "giurisdizione" diventa generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario non diversamente che per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. E quando il successivo art. 126 contempla una speciale ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contenzioso elettorale, che, in forza della generale prescrizione dell'art. 7 cit., avrebbe trascinato ex se anche un simmetrico allargamento dell'ambito di ammissibilità del ricorso straordinario, è necessaria una disposizione derogatoria ad hoc (l'art. 128) per escludere, come eccezione alla regola, tale allargamento. In precedenza invece la predicata natura del ricorso straordinario come rimedio di carattere generale (Cons. Stato, ad. gen., 29 maggio 1997, n. 72) comportava non solo che la giurisdizione amministrativa non costituiva presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma si riteneva (Cons. Stato, ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9) essere quest'ultimo ammissibile anche a tutela di diritti soggettivi in materie estranee alla giurisdizione amministrativa e ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario (secondo un orientamento consolidato fin da Cons. Stato, ad. gen., 29 aprile 1971, n. 45) sicché in tale evenienza - salva l'ipotesi di competenza inderogabile (ma tale non era ritenuta, ad es., quella del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato) non vi era alternatività con la tutela giurisdizionale, ma al contrario vi era possibile concorrenza. Ciò che in realtà costituiva un'anomalia nella prospettiva della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario; anomalia che è stata al fondo anche di una questione di costituzionalità, decisa però solo in rito (Corte cost. ord., n. 406 del 2007). Rimossa questa possibilità di ricorso straordinario in materie in cui il giudice amministrativo è privo di giurisdizione, ne è derivato un pieno e sistematico parallelismo tra ricorso straordinario e ricorso ordinario, anche se la simmetria non è proprio assoluta perché la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. 3^A, 15 ottobre 2010, n. 4609) ritiene una più ristretta esperibilità del ricorso straordinario quanto al novero delle azioni esercitabili in quella sede. L'art. 48 cod. proc. amm. poi specifica in termini di maggior rigore e di accentuato parallelismo la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso ordinario al giudice amministrativo.

Innanzitutto l'art. 48 contempla (al comma 1) la facoltà di opposizione (quella di cui al D.P.R. n. 1199 del 1971, art. 10) in favore di qualsiasi parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, laddove l'art. 10 contemplava tale facoltà unicamente in favore dei controinteressati e solo a seguito della declaratoria di incostituzionalità della disposizione (Corte cost. n. 148 del 1982) la stessa facoltà era stata estesa all'ente pubblico, diverso dallo Stato, che aveva emanato l'atto impugnato. La nozione di "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario" è amplissima sì da comprendere i controinteressati, i cointeressati, la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato (non più escluso lo Stato, essendo venuta meno la possibilità che il Governo interloquisca con una delibera del Consiglio dei ministri per disattendere il parere del Consiglio di Stato); ciò che assicura il pieno rispetto del contraddittorio. Tale generalizzazione della facoltà di opposizione assicura inoltre che la natura di decisione di giustizia del decreto del Presidente della Repubblica, che qui si viene ad affermare, è compatibile con la garanzia di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) innanzi ad un "giudice" sia esso ordinario (art. 102 Cost.) o speciale (art. 103 Cost.). Nessuna "parte" può -per così dire, contro la sua volontà - essere evocata in una sede contenziosa in cui la lite è destinata ad essere decisa sì nel rispetto del principio del contraddittorio, ma senza il doppio grado di giurisdizione e con un'istruttoria semplificata. La "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario" può (nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione) opporsi all'iniziativa del ricorrente che abbia scelto questa strada più rapida e meno processualmente strutturata affinché la lite sia invece trasferita e decisa nella sede ordinaria. Sicché la concreta percorribilità della via più rapida del ricorso straordinario richiede, in sostanza, il consenso di tutte le parti secondo una ratio non dissimile da quella sottesa al ricorso per saltum ex art. 360 c.p.c., comma 2, che richiede appunto l'accordo delle parti. Lo stesso art. 48 cod. proc. amm. prevede poi (al comma 3) una vera e propria ipotesi di *translatio iudicii*, non dissimile da quella generale del precedente art. Il (tra giudice amministrativo ed altro giudice), qualora l'opposizione sia ritenuta inammissibile (ad es. perché tardiva) dal tribunale amministrativo regionale, destinatario della stessa; prescrive infatti che quest'ultimo dispone la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria". Vi è quindi un'espressa ed inequivocabile qualificazione del procedimento per ricorso straordinario come "giudizio in sede straordinaria" che prosegue. Questo accentuato parallelismo, coniugato alla regola della piena alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario, comporta che tale ultimo rimedio si è evoluto sì da poterlo considerare deputato tendenzialmente ad apprestare un grado di tutela analogo a quello conseguibile agendo giurisdizionalmente nelle forme ordinarie.» .

§3.3. Come emerge chiaramente dall'argomentare complessivo delle Sezioni Unite e, se ve ne fosse bisogno, segnatamente dall'ultima proposizione del passo riportato, la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario è, ad avviso di esse, emersa normativamente solo con gli indici normativi di cui al Codice del processo amministrativo, introdotto dal d.lgs. n. 104 del 2010 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010.

Ne segue che, prima di questa data, non può allora certo sostenersi che il ricorso straordinario mettesse capo ad una decisione di natura giurisdizionale ed in particolare non potrebbe sostenersi che vi metteva capo già in forza della novità legislativa introdotta dall'art. 69 della l. n. 69 2009, giacché le Sezioni Unite hanno considerato l'argomento da esso desumibile soltanto come un tassello normativo utile e finalizzato all'approdo definitivo al versante giurisdizionale, ma non determinativo di esso, che s'è realizzato soltanto con il citato Codice.

Il 16 settembre 2010 può, dunque, dirsi la data in cui, secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite, la discussa natura del procedimento di ricorso straordinario davanti al Capo dello Stato, si è trasformata, almeno sul piano dell'esegesi della legge ordinaria (restando possibile che ci si possa interrogare sulla legittimità dell'approdo sul piano della legge costituzionale, avendo le Sezioni Unite escluso che il procedere dell'evoluzione legislativa fino al detto approdo abbia determinato un risultato contrario a Costituzione, ma potendo l'interrogativo trovare risposta solo in un *dictum* della Corte costituzionale, ove provocato nei modi in cui è possibile solleccitarlo), in processo giurisdizionale equipollente a quello amministrativo ordinario, che si conclude con una decisione di natura giurisdizionale e, quindi, atta a dar luogo alla cosa giudicata.

Le stesse Sezioni Unite confermano ulteriormente la raggiunta conclusione, là dove, immediatamente dopo il passo motivazionale riportato, incasellano (e giustificano) nella nuova cornice normativa il precedente arresto di cui a Cass. sez. un. n. 2065 del 2011 in punto di esperibilità dell'ottemperanza sulla decisione resa all'esito del ricorso al Capo dello Stato.

§3.4. Ebbene, poiché la decisione resa sul ricorso al Capo dello Stato di cui è stata ritenuta dalla Corte territoriale l'efficacia di cosa giudicata è stata resa con decreto del Presidente della Repubblica del 21 luglio 2010, cioè anteriormente al 16 settembre 2010, è palese che si tratta di una decisione che non ha rivestito carattere giurisdizionale, giacché è stata resa prima che l'ordinamento si evolvesse nel senso della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

E' da credere, infatti, che - secondo la ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite - solo i ricorsi al Capo dello Stato proposti a far tempo dal momento successivo all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo ricadano sotto il nuovo regime della giurisdizionalizzazione, dato che solo il completamento dell'evoluzione legislativa da esse segnalata ha determinato la giurisdizionalizzazione.

Né in contrario potrebbe invocarsi l'affermazione di Cass. sez. un. n. 2065 del 2011, secondo cui «I profili di novità tratti dalla legislazione, che sono stati anche oggetto di discussione all'odierna udienza pubblica, sono di immediata operatività a prescindere dall'epoca di proposizione del ricorso straordinario, ovvero di instaurazione del giudizio di ottemperanza.» (paragrafo 2.14), atteso che le Sezioni Unite intesero riferire tale affermazione alla ritenuta conseguenza dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza, come fa manifesto la successiva affermazione che «l'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza» (paragrafo 2.15).

In disparte tale questione, l'acclarata acquisizione dell'attitudine al giudicato della decisione ora desumibile dall'arresto di Cass. sez. un. n. 23464 del 2012, basta per evidenziare la fondatezza del primo motivo, che, come s'è veduto, suppone la mancanza di carattere giurisdizionale della decisione del 21 luglio 2010 e da essa fanno discendere la contrarietà a diritto della sentenza impugnata, che invece l'ha considerata come un giudicato.

Tale giudicato, invece, non si è potuto formare per effetto di quella decisione, atteso che il procedimento con cui essa si è conclusa non rivestiva carattere giurisdizionale. Poiché la Corte d'Appello ha - come s'è detto implicitamente, ma sicuramente, in assenza di ogni altra spiegazione - supposto il contrario ed ha considerato che essa spiegasse effetto di cosa giudicata sul giudizio disciplinare a carico del Claps, la sua sentenza risulta automaticamente priva di ogni altra base, il che impone il rinvio, affinché l'impugnazione del Claps sulla decisione della COREDI sia esaminata senza considerare la decisione sul ricorso straordinario come determinativa di coda giudicata.

§3.5. Il Collegio, peraltro, rileva che, quand'anche la decisione sul ricorso straordinario fosse stata assunta in un momento successivo al 16 settembre 2010 (e sempre che il relativo procedimento fosse stato iniziato dopo tale data, atteso che è verosimile ritenere che la giurisdizionalizzazione abbia riguardato solo i ricorsi introdotti dopo detta data)

e, quindi, avesse avuto carattere giurisdizionale, il primo motivo si sarebbe dovuto comunque accogliere.

Queste le ragioni.

La sentenza qui impugnata, infatti, se avesse considerato la decisione sul ricorso straordinario del 21 luglio 2010 come dotata di efficacia di giudicato, in una situazione nella quale essa già rivestiva quella efficacia, avrebbe dovuto in realtà escludere l'incidenza del relativo giudicato e, quindi, apprezzare liberamente la validità sia dei c.d. atti presupposto, sia della stessa deliberazione di avvio del procedimento disciplinare, sia della richiesta di apertura del procedimento disciplinare.

Ciò sulla base della considerazione di una diversa circostanza *in iure*, che il Collegio avrebbe potuto e dovuto rilevare d'ufficio, trattandosi di rilevazione dell'esatto diritto regolante la vicenda oggetto di ricorso.

La circostanza che viene in rilievo si evidenzia se si considera che, secondo una regola generale, l'efficacia di un giudicato intervenuto in un processo, di norma, per il necessario rispetto del principio del contraddittorio, può estrinsecarsi in altro processo se i soggetti coinvolti sono i medesimi, salvo il caso in cui il soggetto coinvolto solo nel secondo processo sia titolare di una situazione dipendente da quella degli altri o di uno degli altri soggetti partecipi del primo giudizio e la legge sostanziale ammetta pertanto che

quella sua situazione possa essere pregiudicata dalla vicenda della situazione pregiudicante.

Applicando quella regola generale al caso dell'efficacia di giudicato della decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, ne segue che essa, ove effettivamente esistente secondo la logica prospettata dalle Sezioni Unite, può estrinsecarsi, come quella di una qualsiasi decisione giurisdizionale, in altro giudizio, sia davanti alla stessa giurisdizione amministrativa, sia - per quello che interessa - davanti alla giurisdizione ordinaria esclusivamente a condizione che nel giudizio nel quale essa venga invocata vi sia coincidenza soggettiva con le parti del procedimento di ricorso straordinario. E, quindi, alla condizione che i soggetti del giudizio, nel quale il giudicato della decisione assunta a seguito del procedimento viene invocato, siano stati tutti partecipi o abbiano avuto comunque la possibilità di esserlo, essendovi stati evocati, come controinteressati nel procedimento stesso dinanzi al Capo dello Stato.

Occorre, cioè, che la proposizione del ricorso al Capo dello Stato sia avvenuta coinvolgendovi come «parti» (secondo la nozione di cui all'art. 48, comma 1, del Codice del processo amministrativo, evocata dalle stesse Sezioni Unite) tutti i soggetti che siano parti del giudizio nel quale la decisione assunta nel procedimento sia invocata, salvo che l'ordinamento non preveda che alcuno di essi debba soggiacere, per disciplina di diritto sostanziale alla decisione assunta sul rapporto pregiudicante portato davanti al Capo dello Stato, senza esservi coinvolto, cioè in quanto titolare, in buona sostanza di una situazione dipendente.

Questa regola è quella che in generale e di norma condiziona la possibilità che un giudicato possa spiegare effetti vincolanti ai fini della decisione da rendersi su un giudizio diverso da quello in cui s'è formato.

§3.6. Ebbene, ritiene il Collegio che nel procedimento espletatosi davanti al Capo dello Stato fra i soggetti controinteressati nei cui confronti doveva esperirsi il ricorso vi era certamente il Pubblico Ministero, che, invece, non vi è stato evocato.

Va considerato, infatti, che il Pubblico Ministero, nella struttura della giurisdizione disciplinare notarile, risulta essere parte necessaria e tale qualità, se ed in quanto in relazione ad atti presupposto come le delibere impugnate dal notaio Claps e segnatamente quelle del 12 febbraio 2008, 16 dicembre 2008 e 14 luglio 2009, si possa immaginare - come, peraltro, non sembra e subito si dirà - un potere del notaio di far valere situazioni di interesse legittimo davanti al giudice amministrativo e, quindi, nella sede (ora) giurisdizionale alternativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato, sembra coesistente anche all'esperimento di tale ipotetica alternativa giurisdizione.

Per la verità, la possibilità di costruzione di una giurisdizione amministrativa sugli atti dei consigli notarili funzionali all'esercizio dell'azione disciplinare, come quelli espressi con le deliberazioni annullate nel procedimento di ricorso al Capo dello Stato, o addirittura sullo stesso atto di inizio dell'azione disciplinare (pure attinto dalla decisione del 21 luglio 2010), appare più che dubbia, perché, quando il legislatore prevede che una certa materia come quella della disciplina dei notai, sia organizzata nella cornice di un potere di vigilanza, per un verso affidato al Ministro della giustizia e per altro verso ai procuratori della Repubblica presso i tribunali (e, quindi, all'autorità giudiziaria ordinaria, sia pure nell'articolazione del pubblico ministero), con la previsione della soggezione dei notai ad un potere di vigilanza

e di ispezione affidato al presidente del consiglio notarile di appartenenza o ad un suo delegato (art. 129 L.N., in relazione all'art. 128) e, poi, con la possibile emersione di una giustiziabilità degli illeciti disciplinari, affidata alla sollecitazione dei soggetti indicati nell'art. 158 L.N. (fra i quali vi è nuovamente il procuratore della Repubblica, oltre che lo stesso presidente del consiglio dell'ordine), attraverso una fase procedimentale amministrativa, quella davanti alla Commissione di disciplina, che inizia con la richiesta di sottoposizione del notaio al procedimento disciplinare, seguita, all'esito dello svolgimento del procedimento, dalla previsione del controllo del suo risultato, cioè della decisione sulla pretesa disciplinare, davanti alla giurisdizione ordinaria, l'assetto di una simile disciplina, sembrerebbe palesare alternativamente questa conseguenza:

a) l'accesso dei singoli notai alla giurisdizione contro l'attività che i vari organi coinvolti e, quindi, anche lo stesso consiglio notarile esercitano in funzione dello svolgimento del potere disciplinare (e che sono regolati dagli artt. 93, n. 1, 93-bis e 93-ter della L.N.) deve ritenersi possibile soltanto attraverso l'esercizio dell'azione contro il risultato del procedimento amministrativo dinanzi alla commissione di disciplina e, quindi, soltanto davanti all'a.g.o., di modo che eventuali violazioni dei diritti e degli interessi legittimi dei singoli, riscontrabili nell'attività degli organi coinvolti nella gestione della materia, pur se i relativi atti abbiano contenuto amministrativo, in quanto funzionali all'espletamento del potere disciplinare dovrebbero ritenersi deducibili prima davanti alla stessa commissione in sede amministrativa e, quindi, come vizi del provvedimento disciplinare che sia stato adottato;

l'accesso dei singoli notai alla giurisdizione contro detta attività prima dello stesso inizio del procedimento disciplinare amministrativo davanti alla COREDI, pur non regolato espressamente, è accesso che è possibile, in applicazione del criterio generale del Part. 100 c.p.c., ma esso deve avvenire davanti alla giurisdizione dell'a.g.o. e non davanti a quella dell'a.g.a.

Sia vera la prima o (come pare più plausibile) la seconda opzione, in ogni caso la giurisdizione dell'a.g.o. *in subiecta materia* è da affermare in via esclusiva in quanto è implicazione della sua riconducibilità all'ultimo comma dell'art. 113 della Costituzione p.c. e, quindi, della sua estensione anche al controllo degli atti amministrativi necessari per l'espletamento della funzione disciplinare, non solo se essi siano stati lesivi di diritti soggettivi del notaio, ma anche se siano stati lesivi di interessi legittimi ipoteticamente ricollegabili alla sua posizione di "amministrato" dal consiglio notarile.

Si può, dunque, ritenere che la soglia per accedere alla giurisdizione è rappresentata solo dall'impugnazione della decisione della COREDI e che prima di essa esiste solo la giustiziabilità sul piano amministrativo dinanzi ad essa con l'impugnazione della contestazione disciplinare, di modo che, per l'attività dei consigli notarili funzionale all'espletamento del potere disciplinare, non sarebbe possibile in via immediata l'espletamento di alcuna giurisdizione su sollecitazione dei notai.

Oppure - come sembra più corretto e fermo il filtro dell'art. 100 c.p.c. - si può ritenere che un accesso alla giurisdizione contro gli atti funzionali all'esercizio della vigilanza sia possibile prima, ma allora tale accesso è sempre dinanzi all'a.g.o.

Per immaginare che l'espletamento di una giurisdizione amministrativa anche su situazioni ricostruibili come interessi legittimi relative all'adozione di atti dei consigli funzionali alla vigilanza ed all'esercizio del potere disciplinare sia possibile, sarebbe stato, invero, necessario che il legislatore avesse fatto riserva del controllo davanti alla giurisdizione amministrativa di tali atti, come è accaduto per gli atti presupposto riguardo alla giurisdizione tributaria, giusta la previsione dell'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 546 del 1992.

In effetti, quando il legislatore crea una giurisdizione dell'a.g.o. che chiaramente si estende ad attività e ad atti che, in quanto coinvolgenti singoli nella veste di amministrati di un certo comparto amministrativo, avrebbero oggettivo carattere amministrativo, la giurisdizione dell'a.g.o. non sembra tollerare, in mancanza di espressa riserva della giurisdizione dell'a.g.a., che questa si possa configurare su attività ed atti pregressi rispetto a quello che è previsto come giustiziate da parte del singolo, restando i riflessi di essa e di essi controllabili solo dinanzi all'a.g.o.

Sarebbe, infatti, contraddittorio che su un momento dell'evoluzione di una vicenda che implichi l'esercizio di poteri che, in quanto oggettivamente esercitati da un comparto amministrativo, come certamente è quello dell'organizzazione notarile, si preveda la giurisdizione dell'a.g.o. senza riserve e, poi, la giurisdizione amministrativa venga affermata su atti del comparto incidenti sulla vicenda a monte, rispetto alla soglia espressamente regolata per l'accesso alla giurisdizione dell'a.g.o. La contraddizione è resa manifesta per il fatto che, se a partire da quella soglia chiaramente la giurisdizione dell'a.g.o. è piena, cioè non tollera la distinzione fra diritti ed interessi, non si comprende come, in mancanza di riserva, l'a.g.a. potrebbe essere sollecitata ad intervenire su momenti anteriori al verificarsi della soglia. Non si comprende, cioè, quale sarebbe la ragionevolezza del giudicare dovuta la giurisdizione piena dell'a.g.o. su atti di

contenuto oggettivamente amministrativo, come quella espressione della "giustizia disciplinare", relativi alla vicenda gestita dal comparto preposto, e non dovuta a beneficio di quella dell'a.g.a. sugli atti pregressi.

Se l'attività disciplinare è materia in cui la commistione di diritti ed interessi deve essere gestita dall'a.g.o., evidentemente per antica tradizione storica di prevalenza del valore dei primi sui secondi, non si comprende come possa - in mancanza di una riserva all'a.g.a. - predicarsi che quest'ultima possa estrinsecarsi.

Il problema è solo se il controllo nell'interesse del singolo dell'attività del comparto disciplinare che si collochi prima della soglia espressa di accesso alla giurisdizione, cioè l'impugnazione della delibera della COREDI, sia possibile solo quando si arriva a quella soglia, oppure sia possibile anche prima, sulla base del criterio dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.

§3.6.1. Il Collegio ritiene, quindi, che la giurisdizione amministrativa e, quindi, anche la giurisdizione ora ravvisabile nel ricorso straordinario al Capo dello Stato, non possa estrinsecarsi su sollecitazione del singolo notaio con riferimento non solo alla stessa "richiesta di procedimento", di cui al comma 3 dell'art. 153 della L.N., ancorché nei casi di cui alle lettere *b*) e *c*) della norma (in cui proviene da organo *lato sensu* amministrativo; nel caso di provenienza dal procuratore della Repubblica ai sensi della lett. *a*), si vorrà sostenere che esso agisca come organo amministrativo e non come organo della giurisdizione ordinaria?), ma anche riguardo ad atti assunti dal consiglio notarile e comunque dagli organi agenti nell'espletamento delle funzioni ispettive espressione del potere di vigilanza funzionale all'esercizio del potere disciplinare, ai quali, rispetto alla "richiesta" possa riconoscersi natura oggettiva di atto presupposto.

Ad una configurabilità della giurisdizione dell'a.g.a. osta la pienezza della previsione della giurisdizione dell'a.g.o., istituita senza una riserva di quella per atti che si collocano prima di quello controllabile dinanzi all'a.g.o.

Non è, poi, nemmeno necessario soffermarsi su come la prospettiva di un controllo dell'a.g.a. sulle delibere di individuazione dello svolgimento delle attività ispettive e di vigilanza in relazione alla *privacy* del notaio potrebbe giustificarsi in relazione all'assetto della tutela giurisdizionale della *privacy* nel d.lgs. n. 196 del 2003.

Naturalmente il controllo sulla esclusione della giurisdizione dell'a.g.a. resta, però, affidato ai soggetti interessati secondo i meccanismi previsti dall'ordinamento o al giudice nei limiti in cui può e deve verificare il difetto della propria giurisdizione.

Ed in questo giudizio di legittimità tale controllo non sarebbe stato sollecitato da alcuno mentre nemmeno avrebbe ritenuto di esercitarlo il "giudice" ipoteticamente ravvisabile nel procedimento dinanzi al Capo dello Stato.

§3.7. Ferme le svolte considerazioni, che, se la decisione del 21 luglio 2010 avesse avuto natura giurisdizionale, avrebbero dovuto comportare la conseguenza che essa si sarebbe espletata su materia non azionabile davanti all'a.g.a. e, quindi, nemmeno con il ricorso straordinario, ma senza che alcuno avesse d'ufficio ritenuto di e nessuno si fosse preoccupato di sollevare la relativa questione di giurisdizione (e col risultato, quindi, di non potersi ridiscutere d'ufficio l'espletamento della giurisdizione con il procedimento che è sfociato nella decisione), ai fini del questo giudizio, riprendendo il discorso funzionale ad evidenziare che se quella decisione avesse avuto natura giurisdizionale, comunque il suo giudicato non avrebbe potuto avere rilievo nel giudizio disciplinare oggetto del ricorso in esame, si debbono svolgere le seguenti ulteriori considerazioni.

Deve, anzitutto rilevarsi che l'assetto della giurisdizione disciplinare secondo la Legge Notarile del 1913, ampiamente rimodulata dal d.lgs. n. 249 del 2006, è costruito nel senso che nel procedimento davanti alla Corte d'Appello in sede di reclamo contro la decisione della COREDI, la giurisdizione piena del giudice ordinario sulla materia disciplinare notarile è costruita come giurisdizione nella quale è presente necessariamente il Pubblico Ministero. Essendo, infatti, il Pubblico Ministero compreso fra i soggetti che possono prendere l'iniziativa di introdurre l'azione contro la decisione della COREDI, siccome si desume dalla previsione dell'art. 158 della l. n. 89 del 1913, la quale dice che il Pubblico Ministero che sarebbe stato competente per l'esercizio dell'azione disciplinare può impugnare in ogni caso e ciò a prescindere dal se sia intervenuto nella fase amministrativa dinanzi alla COREDI, come gli consente l'art. 156-6/5, comma 5, ne deriva che la sua posizione è riconducibile all'art. 70 n. 1 c.p.c. e, quindi, è quella di contraddittore necessario.

Essendo, dunque, il Pubblico Ministero contraddittore necessario nel giudizio disciplinare, si deve constatare che, se la decisione adottata nel procedimento sul ricorso al Capo dello Stato avesse dato luogo ad un giudicato, ad una sua estensione nel presente giudizio disciplinare sarebbe stato certamente d'ostacolo il fatto che uno dei soggetti che sono

parte del giudizio stesso, cioè il Pubblico Ministero, vi sarebbe dovuto rimanere assoggettato senza avere avuto possibilità di partecipare al giudizio espletatosi con il suddetto procedimento, essendo pacifico che in esso non venne coinvolto come controinteressato. La garanzia fondamentale del diritto di difesa, che, nell'apprezzamento del legislatore in ordine ai *legitimi contradictores* del giudizio disciplinare esige la partecipazione del Pubblico Ministero, essendo riferibile anche alla posizione del Pubblico Ministero, avrebbe escluso che al giudicato formatosi dinanzi all'altra giurisdizione senza il coinvolgimento del Pubblico Ministero questi potesse essere vincolato.

D'altro canto, non essendo concepibile un'efficacia di un giudicato formatosi in altro processo se non nei confronti di tutti i soggetti del giudizio disciplinare oggetto della presente controversia, detta efficacia non si sarebbe potuta dispiegare.

E' vero, peraltro, che non risulta che il Pubblico Ministero abbia dichiarato di volersi valere del (supposto ed inesistente) giudicato formatosi nel procedimento per ricorso straordinario.

A quanto si evince dal silenzio della sentenza impugnata né il Pubblico Ministero presso il Tribunale, né quello davanti alla corte d'Appello ebbero, infatti, a costituirsi dinanzi alla Corte fiorentina.

E' da credere, peraltro, che una dichiarazione del Pubblico Ministero di volersi avvalere dell'ipotetico giudicato nemmeno avrebbe potuto avere valore, in quanto si sarebbe risolta in una sorta di vincolo alla decisione, che, data la posizione del pubblico ministero non può essere da detto organo espressa.

Si ricorda, infatti, che la posizione del pubblico ministero parte necessaria del processo, è caratterizzata dal'operare del seguente principio di diritto: «La posizione del pubblico ministero nel processo civile non è parificabile a quella delle parti private, poiché egli agisce per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico, mentre le altre parti perseguono propri interessi. Più in particolare, egli è parte solo in senso formale, non

potendo egli disporre degli interessi di indole generale di cui la legge gli affida la tutela. Da una tale configurazione - che si rende operativa anche in relazione alla titolarità in via

esclusiva affidatagli, dall'art. 152 della legge n. 89 del 1913, dell'azione disciplinare a carico dei notai - discende che egli non possa rinunciare all'azione da lui esercitata, esaurendosi il suo potere di iniziativa nel momento in cui egli promuove l'azione disciplinare presentando al tribunale l'istanza prevista dal primo comma dell'art. 152 citato, ovvero nel momento in cui propone l'impugnazione. Da ciò discende - altresì - che, una volta che tali atti di iniziativa si siano avuti, spetta esclusivamente al giudice decidere sull'azione promossa, senza che eventuali ripensamenti del pubblico ministero possano vincolarlo nel momento della decisione, e senza che siano vincolanti le conclusioni da lui formulate.», (Cass. n. 698 del 1999, n. 11502 del 2011).

Si osserva ancora che la posizione a suo tempo assunta dal Pubblico Ministero presso questa Corte con la sua requisitoria a favore dell'operare del vincolo di giudicato (a parte la non condivisibilità per le ragioni in precedenza esposte e derivanti dal citato arresto delle Sezioni Unite), non è posizione espressa in questo giudizio di legittimità da una "parte", dato che la Procura Generale della Corte di cassazione, quando interviene nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 70, secondo comma, c.p.c. (recentissimamente modificato dal d.l. in corso di conversione) non si trova in posizione di parte, ma espleta una funzione che è nell'interesse della legge in senso oggettivo.

Che poi il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Firenze rivestisse la veste di parte nei cui confronti il ricorso straordinario al Capo dello Stato avrebbe dovuto proporsi necessariamente, emerge dalla mera considerazione che quell'organo, a norma del comma

2 dell'art. 127 della L.N., non diversamente - a norma del comma 1 - dal Ministro della Giustizia (che pure avrebbe forse avuto Esso stesso la medesima veste, in quanto titolare del potere di vigilanza in materia di disciplina), aveva certamente la posizione di controinteressato alla discussione sugli atti impugnati, atteso che essi erano funzionali all'esercizio del potere di vigilanza e di disciplina ed idonei ad incidere sulla sua stessa estrinsecazione ed anzi uno di essi era la stessa richiesta di procedimento disciplinare.

§4. Il Collegio, per completezza, ritiene opportuna un'ulteriore considerazione.

Essa discende dalla contemplazione della disciplina dell'art. 158 c.p.c.

Poiché tale norma assegna al regime delle nullità derivanti dall'intervento del pubblico ministero un rilievo tale che essa, come nel caso che il processo venga introdotto senza coinvolgere il pubblico ministero, è sì rilevabile d'ufficio, ma è soggetta alla

disciplina dell'art. 161 c.p.c., sicché la sentenza emessa senza il coinvolgimento del pubblico ministero non è inesistente, ma pienamente valida e non può essere considerata come la sentenza emessa senza la partecipazione di un litisconsorte necessario, si potrebbe pensare che il consolidamento della stessa escluda che in un diverso processo il pubblico ministero che ne sia parte necessaria e lo stesso giudice d'ufficio possa rilevare che il giudicato formatosi per effetto della prima sentenza non sia opponibile nel secondo processo.

In realtà, una cosa è che la sentenza emessa senza la partecipazione necessaria del pubblico ministero si consolidi per difetto di rilevazione della nullità, altra è che il pubblico ministero, in un secondo processo che lo vede come parte necessaria, debba subire il giudicato formatosi senza il suo coinvolgimento, del quale si invochi l'incidenza nel secondo processo. Trattandosi di rilevanza esterna del primo giudicato, l'art. 158 c.p.c. non può venire in rilievo. Ciò che viene in rilievo è il diritto di difesa riferibile al pubblico ministero nel secondo processo, che non può subire sacrificio per l'esito del primo processo in cui non è stato coinvolto.

§5. Le svolte considerazioni giustificano la cassazione della sentenza impugnata in accoglimento del primo motivo, con assorbimento del secondo.

La Corte d'Appello di Firenze, che si designa come giudice di rinvio con altra sezione e comunque in diversa composizione, esaminerà l'impugnazione del notaio Claps escludendo che la decisione da lui ottenuta in sede di ricorso straordinario spieghi effetto di giudicato.

Considererà, altresì, i principi di diritto affermati nella su estesa motivazione.

Provvederà sulle spese del giudizio di cassazione nel rapporto fra notaio e Consiglio Notarile di Firenze.

Riguardo al rapporto processuale fra le parti principali e l'interveniente le spese del giudizio di cassazione, essendovi soccombenza dell'interveniente nei confronti del solo ricorrente, sono liquidate in dispositivo ai sensi del d.m. n. 140 del 2012.

P. Q. M.

La Corte dichiara inammissibile l'intervento del Consiglio Nazionale del Notariato. Condanna quest'ultimo alla rifusione al ricorrente delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in euro tremiladuecento, di cui duecento per esborsi, oltre accessori come per legge. Accoglie il primo motivo di ricorso. Dichiara assorbito il secondo motivo. Cassa la sentenza impugnata in relazione e rinvia ad altra Sezione della Corte d'Appello di Firenze, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione riguardo al rapporto fra ricorrente e resistente.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile il 14 maggio 2013.

Depositata in Cancelleria il 2 settembre 2013.

Pres. ff. Preden, Rel. Amoroso - Consiglio Superiore della Magistratura (Avv. Verde) c. Manzo (Avv. V. Romano) e Ministero della giustizia (n.c.) - (dichiara inammissibile il ricorso).

1. Giustizia civile - Patrocinio in giudizio - Procura speciale *ad litem* - Rilasciata dal Consiglio superiore della Magistratura - Ad un avvocato del libero foro - Allorché parte del giudizio sia il Ministero della giustizia - Ammissibilità - Procedura di deroga *ex art. 5 R.D. n. 1611 del 1933* - Non occorre.

2-3. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Decreto decisorio - Natura giuridica - E' ormai sostanzialmente giurisdizionale - Necessità di un processo di revisione da parte del legislatore per eliminare le residue aporie del relativo procedimento - Sussiste.

4. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Decreto decisorio - Proposizione avverso di esso di un ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, 1° comma, c.p.c. - Per motivi attinenti alla giurisdizione - Possibilità - Sussiste - Limiti - Individuazione - Riferimento all'art. 7, comma 8, c.p.a.

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura non può considerarsi come Amministrazione dello Stato in senso stretto, poiché è l'organo di autogoverno di un ordine autonomo e indipendente (nonché - può aggiungersi - costituisce potere dello Stato "in quanto organo direttamente investito delle funzioni previste dall'art. 105 della Costituzione" come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale (1)), sicché il ricorso, da parte di esso, per il suo patrocinio difensivo, al foro libero, non è incompatibile con l'ordinario sistema della difesa in giudizio della Pubblica Amministrazione. Deve quindi riconoscersi la facoltà del C.S.M., esercitabile anche al di fuori della procedura di deroga prevista dall'art. 5 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, di rivolgersi al libero foro per il patrocinio in giudizio (2).

2. Anche se finora la giurisprudenza della Cassazione è stata nel senso di attribuire natura amministrativa al decreto che decide un ricorso straordinario al Capo dello Stato, la recente modifica del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento induce ad affermare la natura giurisdizionale di detto decreto. Invero, lo sviluppo normativo e giurisprudenziale consente di assegnare al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario la natura sostanziale di decisione di giustizia e quindi natura sostanziale giurisdizionale, atteso che vi è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato con ricorso (straordinario) di una parte e senza l'opposizione (e quindi con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per accedere direttamente - e quindi *per saltum* - al controllo di legittimità del Consiglio di Stato.

3. Il riconoscimento della natura di decisione di giustizia alla decisione del ricorso straordinario non significa anche che ogni aspetto della procedura del ricorso straordinario stesso (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (3) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo *ex art. 6 CEDU* (4). Ma laddove l'interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c'è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto (5).

4. E' impugnabile con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c. solo per motivi attinenti alla giurisdizione, il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario in conformità del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato (*ex art. 14 d.P.R. n. 1199/1971, come novellato dall'art. 69, secondo comma, legge 18 giugno 2009, n. 69*). Va tuttavia precisato che la proposizione di tale ricorso è da ritenere ammissibile (*ex art. 7, comma 8, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo*) unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (6).

(1) Cfr. Corte cost., ord. n. 116 del 2005.

(2) Cfr. Cass., Sez. un., 21 febbraio 1997, n. 1617, emessa in riferimento al disposto dell'art. 5 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, che ammette che la difesa della Pubblica Amministrazione possa essere affidata ad un avvocato del libero foro, anziché all'Avvocatura dello Stato, solo per ragioni eccezionali e sulla base di un prescritto formale procedimento.

Secondo tale sentenza, ove parte in giudizio sia anche il Ministro di Grazia e Giustizia, vale a dire una Amministrazione difesa per legge dalla Avvocatura dello Stato, se al Consiglio Superiore non si riconoscesse la possibilità di rivolgersi al foro libero (se non mediante la macchinosa procedura previste dall'art. 5 R.D. n. 1611 del 1933 cit., comunque non dipendente dalla sua volontà), entrambe le parti dovrebbero essere tutelate dallo stesso difensore.

(3) Cfr. Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007, in LexItalia.it, rispettivamente alla pag. http://www.lexitalia.it/p/72/ccost_2007-10-24-2.htm ed alla pag. http://www.lexitalia.it/p/72/ccost_2007-10-24-1.htm.

(4) Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, che - nell'aderire al nuovo corso della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione quanto all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della decisione sul ricorso straordinario - sottolinea comunque "*la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo*".

(5) Ha aggiunto la sentenza in rassegna che la conclusione raggiunta - che predica trattarsi nella fattispecie in esame di una decisione di giustizia e quindi di esercizio della giurisdizione che consente il sindacato sulla giurisdizione ad opera delle Sezioni Unite di questa Corte ex art. 111, ottavo comma, Cost. e art. 362, primo comma, c.p.c. - appare pienamente compatibile con l'art. 125, secondo comma, Cost. che prevede che nelle regioni sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado.

E' vero che la giurisprudenza costituzionale, che ha più volte affermato che il principio del doppio grado di giurisdizione non ha copertura costituzionale (*ex plurimis* Corte cost, ord., n. 300 del 2008), ha però precisato che ciò vale "fuori dell'area segnata dall'art. 125 comma secondo Cost." (Corte cost. n. 52 del 1984).

E' stato ritenuto quindi, in sintesi, che la decisione sul ricorso straordinario aveva fin dall'origine connotati di decisione di giustizia anche se non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" pienamente realizzata. Ma una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione, depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la "funzione giurisdizionale", la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui prende come contenuto il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale del primo comma dell'art. 103 Cost. che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

Da ciò consegue quindi che, se la decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, deve necessariamente esserci il sindacato ultimo di queste Sezioni Unite, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, ottavo comma, Cost. in quanto riferibile in un unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato.

Pertanto il ricorso per cassazione proposto nella specie dal C.S.M. ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c. per motivi inerenti alla giurisdizione, che investiva la decisione del ricorso straordinario nel contenuto recato dal parere (vincolante) del Consiglio di Stato, è stato ritenuto, sotto questo profilo, ammissibile.

Sull'evoluzione recente del ricorso straordinario al Capo dello Stato v., oltre all'ampia motivazione della sentenza in rassegna, in precedenza, G. VIRGA, *Il paradosso del ricorso straordinario*, in LexItalia.it, pag. <http://blog.lexitalia.it/?p=625>

V. anche in prec. la sentenza delle stesse Sez. Unite 28 gennaio 2011, n. 2065, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm (riesaminando *funditus* la *vexata quaestio* della natura del ricorso straordinario, afferma che - alla luce del nuovo codice del processo amministrativo - deve ritenersi ammesso l'esperimento del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari innanzi al Capo dello Stato ed innanzi al Presidente della Regione siciliana).

(6) In applicazione del principio nella specie le Sez. Unite, pur ritenendo ammissibile un ricorso ex art. 111 Cost. per motivi di giurisdizione avverso una decisione su di un ricorso straordinario, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal CSM, atteso che le censure mosse dal CSM ricorrente non erano riconducibili a motivi attinenti alla giurisdizione, ma consistevano in un'inammissibile censura di violazione di legge.

Commento di

PIETRO QUINTO (*Avvocato*)

Il controllo delle Sezioni Unite sul ricorso al Capo dello Stato

SOMMARIO: §1. La sentenza delle Sezioni Unite 19 dicembre 2012, n. 23464. - §2. La revisione legislativa dell'istituto e la piena realizzazione della "funzione giurisdizionale" insita nella decisione del ricorso straordinario. - §3. Il superamento dei rilievi di costituzionalità. - §4 Le deroghe all'utilizzo del ricorso straordinario, come alternativa al ricorso ordinario

1. La sentenza delle Sezioni Unite 19 dicembre 2012, n. 23464.

Lo abbiamo sostenuto commentando in reiterati contributi gli interventi del legislatore e gli arresti giurisprudenziali del Giudice nazionale e comunitario: deve ritenersi ormai acquisito il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario (1).

Una conferma pressochè definitiva di tale assunto viene dalla sentenza di fine anno delle Sezioni Unite della Cassazione (2), che, decidendo un ricorso per motivi di giurisdizione ex art. 111 Cost., hanno affermato il seguente principio di diritto: il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario in conformità del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato (ex art. 14 D.P.R. n. 1199/1971, come novellato dall'art. 69, secondo comma legge 18 giugno 2009, n. 69) è una decisione di giustizia, ammessa dal c.p.a. unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, come tale impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, primo comma c.p.c., solo per motivi attinenti alla giurisdizione.

La novità della sentenza delle Sezioni Unite consiste non solo nella puntuale ricostruzione della storia «antica» dell'istituto e della sua evoluzione, dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, attraverso le modifiche legislative e le interpretazioni giurisprudenziali, talvolta, di segno contrastante, ma altresì nella puntuale ricognizione delle questioni tutt'ora «aperte» circa la compatibilità costituzionale del nuovo assetto dell'istituto, e nelle risposte positive alle obiezioni di parte della dottrina e di alcuni precedenti giurisprudenziali.

Particolarmente significativo in tal senso è il richiamo delle Sezioni Unite alla propria precedente decisione (18 dicembre 2001, n. 159878), che aveva escluso il ricorso al giudizio di ottemperanza per le decisioni sul ricorso straordinario «atteso che il decreto con il quale è deciso il ricorso straordinario non può essere assimilato alle sentenze passate in giudicato, le uniche suscettibili di esecuzione mediante il giudizio di ottemperanza».

Da quel tempo numerose le novità legislative, alcune delle quali non solo a carattere innovativo, ma soprattutto come presa d'atto della necessità di rivitalizzare la capacità dell'istituto di rispondere, come strumento alternativo, ad una domanda di giustizia con la salvaguardia dei principi e caratteri enucleati altresì dalla Corte di Giustizia: «Il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del trattato».

Sono queste le motivazioni per le quali in un precedente contributo (3) auspicavamo che il Codice del processo amministrativo, pur nei limiti della delega riferita al processo innanzi al TAR ed al Consiglio di Stato, ma includente l'obbligo di adeguamento agli arresti giurisprudenziali e finalizzato ad una effettività di giustizia secondo i principi del diritto europeo, fornisse una «parola chiarificatrice» sul destino del ricorso straordinario al Capo dello Stato, anche in relazione ai principi sanciti dagli artt. 6 e 13 della CEDU.

Bisogna però ricordare che, di fronte alla «prudenza» del c.p.a. nell'affrontare la natura delle decisioni sul ricorso straordinario, e ancor prima della sentenza di cui in commento, le stesse Sezioni Unite, all'inizio dello scorso anno avevano affrontato e risolto la questione dell'esperibilità del ricorso d'ottemperanza per le decisioni sul ricorso straordinario, sul presupposto riconosciuto della assimilazione ad una decisione giurisdizionale.

E l'A.P. del Consiglio di Stato, accogliendo un ricorso in ottemperanza, aveva espresso piena adesione al *dictum* della Corte di Cassazione, ricostruendo l'evoluzione normativa dell'istituto, ed 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 giustiziale». 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 ricorso per l'ottemperanza dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato – è stato altresì precisato dal G.A. – deve essere proposto, ai sensi degli artt. 12, comma 2, lett. b e 113, comma 1, c.p.a. dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il «giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta» (4)

Il Consiglio di Stato, in quella occasione, aveva 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 nella interpolazione dell'art. 13 del D.P.R. n. 1199 del 1971, attraverso l'art. 69 della legge n. 69 del 2009. «Ciò comporterebbe – concludeva il Consiglio di Stato – il presupposto per la erosione e scomparsa dell'istituto, contrariamente alla ribadita permanente operatività del medesimo».

2. La revisione legislativa dell'istituto e la piena realizzazione della "funzione giurisdizionale" insita nella decisione del ricorso straordinario.

In questa logica le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, ricostruiscono con straordinaria puntigliosità – che ricorda lo studio monografico del Presidente Maruotti – (5) l'evoluzione storico-giuridica dell'istituto, a far tempo dalle sue origini all'epoca della monarchia assoluta e dello Stato unitario, sino alla Costituzione repubblicana.

In questa ricostruzione viene ricordato come più volte la Corte Costituzionale abbia affermato che il ricorso straordinario «è un istituto singolare, anomalo, che unisce a spiccati caratteri amministrativi un procedimento contenzioso *sui generis* finalizzato alla risoluzione non giurisdizionale di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi definitivi». Ed è per questo – ricordano le Sezioni Unite – che la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato, in ragione del fatto che la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale (6). Successivamente – sottolineano Sezioni Unite -, il quadro normativo è mutato rispetto alla disciplina dell'istituto, quale risultante dal D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

E, forse, non era necessario attendere le più recenti ed incisive innovazioni legislative per recuperare la piena giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, che aveva *in nuce* le caratteristiche di uno strumento di giustizia.

Di particolare rilievo, quindi, l'art. 3 della legge 205/2000, che introduce la sospensiva in una fase cautelare nell'ambito del procedimento del ricorso straordinario, decisa su «conforme» parere del Consiglio di Stato. Ma, altresì, l'art. 245 del Codice dei contratti pubblici che prevedeva tra gli «strumenti di tutela» nelle procedure concorsuali di affidamento di lavori e servizi, in alternativa al ricorso ordinario, il ricorso straordinario al Presidente, della Repubblica.

Con la legge 69 del 18 giugno 2009, che ha sancito la vincolatività del parere reso dal Consiglio di Stato e la conformità del decreto del Presidente, si è rimossa ogni riserva sulla natura giurisdizionale dell'intervento del Consiglio di Stato. Sicchè assume un carattere consequenziale la possibilità per il Consiglio di Stato, in quella sede consultiva, di sollevare anche questioni incidentali di legittimità costituzionale.

In questa ricostruzione la sentenza delle Sezioni Unite sottolinea la novità desumibile dal nuovo Codice del processo amministrativo, che pure ha inteso limitare la piena simmetria tra i rimedi giurisdizionali in determinate materie, caratterizzate da procedure accelerate e termini ridotti.

Viene in considerazione l'art. 48, che disciplina il procedimento di trasposizione del ricorso straordinario a seguito di opposizione ex art. 8 del DPR 1199/1971, ma la cui formulazione introduce specificazioni che accentuano il parallelismo tra il ricorso straordinario ed il ricorso ordinario.

La disposizione codicistica riconosce la facoltà di opposizione a tutte le parti e non solo ai controinteressati secondo la logica della normativa del 1971. Con ciò viene assicurato il pieno rispetto del contraddittorio e viene recuperato quel principio di parità delle parti e quella garanzia di tutela giurisdizionale, che è valida innanzi a qualsiasi giurisdizione.

Inoltre, l'art. 48 del c.p.a., nel prevedere la restituzione del fascicolo, in caso di inammissibilità dell'opposizione, ha

evidenziato come il giudizio «prosegue» in sede straordinaria. Con ciò sottolineando la piena equiparazione dei due giudizi.

3. Il superamento dei rilievi di costituzionalità.

L'aspetto più innovativo della sentenza delle Sezioni Unite consiste però in un puntuale approfondimento in merito ai «dubbi» che una parte della dottrina ha ritenuto non risolti dalle novità legislative e giurisprudenziali.

Le questioni non sopite in dottrina ed in qualche decisione di TAR (7) riguardano in particolar modo la compatibilità della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con l'art. 102, secondo comma, Cost., che non consente l'istituzione di nuovi giudici speciali, salva la revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e ferma restando la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato e degli altri «organi di giustizia amministrativa».

Si è quindi obiettato che, avuto riguardo al carattere innovativo delle modifiche introdotte con la legge 69 alla disciplina del ricorso straordinario, con l'attribuzione *ex nunc* di una funzione giurisdizionale non insita nell'ordinamento, si sarebbe violato l'art. 102 Cost.

La risposta delle Sezioni Unite è netta: ancor prima della evoluzione normativa, la decisione del ricorso straordinario si caratterizzava, nel suo nucleo essenziale, come una decisione di giustizia, anche se non poteva parlarsi di «funzione giurisdizionale» pienamente realizzata. «Ma – proseguono le Sezioni Unite – una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione, depurando il procedimento di ciò che non era compatibile con la «funzione giurisdizionale», la decisione del ricorso straordinario nella parte in cui prende come contenuti il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale del primo comma dell'art. 103 Cost. che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa».

A conferma di una siffatta ricostruzione interpretativa, le Sezioni Unite hanno sottolineato come la giurisprudenza costituzionale, nello specifico, «rifugge da un approccio formalistico e guarda alla sostanza delle cose». Il riferimento è alla vicenda, per molti versi analoga, delle commissioni tributarie.

Lo abbiamo ricordato in un nostro precedente intervento (8). In tema di contenzioso tributario con sentenza n. 287 del 1974 la Corte Costituzionale riconobbe il carattere giurisdizionale delle commissioni tributarie, innovando una precedente univoca giurisprudenza che le considerava amministrative.

A tale conclusione la Corte pervenne interpretando come una revisione la riforma legislativa del 1972 che istituiva le nuove commissioni tributarie, ma nel contempo offriva criteri interpretativi in chiave retrospettiva anche sulle vecchie Commissioni. Non solo. Il Giudice delle leggi segnalò altresì la necessità di un adeguamento normativo sul rito del contenzioso, «salvando» la natura giurisdizionale originaria delle Commissioni (sentenza 9 luglio 1983, n. 212; ord. 31 marzo 1988 n. 378). Di fronte all'inerzia del legislatore, con sentenza n. 50/1989, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del D.P.R. 636, nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 128 c.p.c. ai giudizi innanzi alle Commissioni tributarie. La pronuncia fece però salvi gli atti pregressi ed i provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, limitandone gli effetti «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza».

Attraverso il richiamo a questo precedente storico, le Sezioni Unite hanno ancor più evidenziato – con ciò rispondendo ad altre obiezioni di segno contrario – che eventuali lacune della procedura del ricorso straordinario, non pienamente compatibili con l'art. 24 Cost. e con il principio del giusto processo, non assumono un carattere ostativo perché potranno trovare soluzione con adeguamenti correttivi della giurisprudenza, e, se necessario, del legislatore.

Ad avviso di chi scrive, ed a titolo esemplificativo, non sembra che sussistano impedimenti giuridici perché la prassi giurisprudenziale possa prevedere, da subito, la fissazione di una udienza pubblica per la discussione delle parti.

Se quindi la riforma legislativa del ricorso straordinario ne ha operato la revisione, «depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la «funzione giurisdizionale», appare coerente la disciplina dell'art. 69 che ha previsto per il Consiglio di Stato, in sede di parere per la decisione sul ricorso straordinario, la potestà di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale. La norma – affermano le Sezioni Unite – non viola la riserva di legge costituzionale perché il legislatore ordinario non ha innovato le condizioni e le forme di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, ma, riconoscendo la intrinseca natura giurisdizionale del ricorso straordinario ha ammesso

che anche in quel giudizio la questione di costituzionalità può essere rilevata d'ufficio o sollevata dalle parti.

Le Sezioni Unite si fanno carico altresì della piena compatibilità della decisione del ricorso straordinario in un unico grado con il principio del doppio grado di giurisdizione. Si tratta di un principio che, come affermato dal giudice delle leggi, non ha copertura costituzionale, salvo il limite dell'art. 125, che si riferisce ai tribunali amministrativi regionali, che non possono avere competenza in unico grado. L'argomento più probante è peraltro il riferimento alla generalizzata facoltà di opposizione riconosciuta a tutte le parti, con la possibilità di trasferire il contenzioso in sede ordinaria con le garanzie, quindi, del doppio grado di giurisdizione. La qual cosa non limita in alcun modo la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi, ma consente una libera scelta di convenienza sull'accesso diretto per *saltum* al Consiglio di Stato.

L'ulteriore e definitiva conclusione cui pervengono le Sezioni Unite è che in presenza di una decisione di giustizia, che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, deve essere ammesso il sindacato delle Sezioni Unite, limitatamente ai motivi di giurisdizione ex art. 111 Cost., «in quanto riferibile in unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato»

4. *Le deroghe all'utilizzo del ricorso straordinario, come alternativa al ricorso ordinario.*

A questo punto del lungo e travagliato dibattito che ha caratterizzato la definizione del «nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica» non può sfuggire una intrinseca contraddittorietà.

Nello stesso momento in cui viene rivitalizzata la funzione del ricorso straordinario tra i rimedi del sistema giudiziario, come una «valvola di sfogo» che dovrebbe permettere di avere una risposta di giustizia con eguale efficacia e con minori oneri, le norme applicative dell'istituto finiscono per limitarne notevolmente l'accesso.

Vi sono innanzitutto le esclusioni per materie, supportate da obiettive esigenze di celerità, che impongono il ricorso ai riti speciali o riti abbreviati: il diniego di accesso ai documenti amministrativi; la materia delle operazioni elettorali (art. 128 c.p.a.); le materie devolute alla competenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche; il complesso settore dei contratti pubblici con riferimento alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture. La stessa esclusione vale per i connessi provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, impugnabili solo mediante ricorso al Tribunale amministrativo regionale (art. 120, D. Lg.vo 2 luglio 2010 n. 104).

Le deroghe funzionali incidono non poco sulla utilizzabilità in via generale del ricorso straordinario, che, per definizione del c.p.a., è ammesso solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Ed invero, le materie escluse, per la loro rilevanza economico-sociale, rappresentano una parte cospicua se non preponderante del contenzioso innanzi al Giudice amministrativo.

Ma ciò che è destinato ad incidere non poco sulla fruibilità del ricorso straordinario è la sua accresciuta onerosità. Nella storia dell'istituto si rimarcava come fosse sufficiente un foglio, senza l'assistenza tecnica legale e con modica spesa perché il cittadino potesse inoltrare un ricorso straordinario avverso un provvedimento definitivo della P.A.. Oggi non è più possibile. Il legislatore, con una delle tante manovre economiche, si è ricordato del ricorso straordinario dopo l'intervento riformatore della legge 69 del 2009. Con l'art. 33, comma sei, della legge 111 del 2011, ha espressamente annoverato il ricorso straordinario tra i rimedi del «sistema giudiziario», quale ricorso proponibile (in unico grado) al Consiglio di Stato. Ed in virtù di tale inquadramento lo ha sottoposto, al pari dei ricorsi al TAR ed al Consiglio di Stato, alla disciplina del «contributo unificato nel processo civile, amministrativo e tributario». In virtù dell'art. 6 bis, il contributo per il ricorso straordinario ammonta a 600 euro, al pari di quello dovuto per gli altri ricorsi giurisdizionali.

Sicché, se, da un lato, il legislatore ha impresso il sigillo sulla piena equiparazione dei rimedi giurisdizionali ha finito con il depotenziare, sotto il profilo della convenienza economica, l'accessibilità al ricorso straordinario, la cui utilizzazione potrà residuare per il ricorrente solo in funzione del termine più ampio per la sua proposizione rispetto a quello breve del ricorso al TAR. In definitiva, si tratta di un magro risultato per l'antico istituto, dopo tanta storia, il notevole impegno per la sua rivitalizzazione e per il suo rilancio come strumento alternativo, con finalità deflazionistica, rispetto al sistema dei ricorsi ordinari.

Di certo, non era quello di cui aveva bisogno il cittadino, utente del servizio giustizia.

- (1) Mi sia consentito richiamare: P. Quinto "*Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario*", in *giustizia-amministrativa* 14/6/2011; "*Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*" in *Giust-Amm*, 2010
- (2) Cass. Civ. Sez. Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464
- (3) P. Quinto "*L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*", in *giustizia-amministrativa*, 15/9/2011
- (4) Cons. Stato, Ad. Plen. 5 giugno 2012, n. 18; Cass. Sez. Un. 28 gennaio 2011, n. 2065
- (5) L. Maruotti: "*Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*", a cura di G. Coraggio, Zanichelli, 2011
- (6) Corte Costituzionale, sentenza n. 254 del 2004; ordinanze n.ri 357 e 392 del 2004. Sentenze n. 282 del 2005
- (7) F. Freni: "*Sulla persistente compatibilità costituzionale del «nuovo» ricorso straordinario*" in *Foro Amministrativo - TAR*, 2010; TAR Lazio, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104
- (8) P. Quinto: "*Le Sezioni Unite: la giurisdizionalità del ricorso straordinario*", in *Giust-Amm*, dicembre 2011.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Il dott. Francesco Manzo, magistrato assoggettato a procedimento disciplinare ed inizialmente sospeso dalle funzioni e dallo stipendio con ordinanza della Sezione Disciplinare del Consiglio superiore della magistratura dell'11 aprile 2008, chiedeva, con istanza del 27 novembre 2009, di essere dispensato dal servizio con riconoscimento del diritto a pensione di inabilità o, in subordine, a pensione normale.

In data 16 febbraio 2010 veniva riconosciuto dalla commissione medica di verifica di Brindisi "inabile permanentemente ed in modo assoluto al servizio d'istituto", perché affetto da "depressione maggiore in trattamento HBV-BPLO - cardiopatia ipertensiva ed aneurisma aorta discendente - adenoma tiroideo - calcolosi renale".

Il C.S.M., con delibera del 17 novembre 2010, assentiva la dispensa dal servizio del dott. Manzo "in quanto inabile permanentemente ed in modo assoluto al servizio di istituto" con decorrenza "dal giorno in cui avverrà la comunicazione all'interessato del decreto con il quale il Ministro della giustizia recepirà la presente delibera consiliare".

Pressoché contestualmente però, con sentenza dell'11 dicembre 2009-15 marzo 2010, n. 43, la Sezione Disciplinare del C.S.M. applicava al dott. Manzo la sanzione disciplinare della rimozione dall'ordine giudiziario.

Con nota 20 dicembre 2010 n. 0129504U il Ministro della giustizia formulava osservazioni sulla suddetta delibera del 17 novembre 2010 del C.S.M., in particolare per la parte in cui essa dispensava dal servizio per motivi di salute un magistrato già sospeso dal servizio e che dopo poco (l'1 dicembre 2009), all'esito del procedimento disciplinare, era stato rimosso dal servizio con sentenza della Sezione Disciplinare, ancorché non passata in giudicato perché impugnata con ricorso per cassazione. La nota invitava il C.S.M. a riconsiderare la possibilità che la dispensa dal servizio per invalidità potesse applicarsi a magistrato sospeso dal servizio e poi rimosso.

Con delibera del 12 gennaio 2011 il C.S.M., considerato che la nota del Ministro della giustizia perseguiva il fine di una eventuale revoca o modifica della precedente delibera del 17 novembre 2010, revocava intanto, in via di autotutela, la delibera di dispensa dal servizio del dott. Manzo, assunta il 17 novembre 2010, al fine di esaminare se, in concreto, l'accertamento della impossibilità di svolgere le funzioni di magistrato potesse essere effettuato con riferimento al periodo in cui il magistrato era impossibilitato ad esercitare le sue funzioni per ragioni disciplinari e sospendeva la trattazione della pratica in attesa della definizione del ricorso in cassazione proposto dal dott. Manzo contro la sentenza con la quale gli era stata inflitta la sanzione della rimozione dall'ordine giudiziario.

2. Contro tale determinazione insorgeva il dott. Manzo con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica del 26

gennaio 2011, chiedendone la sospensione cautelare degli effetti e deducendo:

- a) incompetenza del C.S.M. alla sua adozione, in quanto l'organo aveva esaurito il suo potere con l'adozione del provvedimento di dispensa dal servizio per inabilità;
- b) difetto di motivazione, visto che non erano esplicitati i nuovi presupposti di fatto ed i nuovi motivi di pubblico interesse che la giustificano;
- c) motivazione perplessa e contraddittoria;
- d) mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e quindi violazione del principio di partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo;
- e) erronea valutazione del principio della reciproca autonomia del procedimento disciplinare e del procedimento di dispensa dal servizio.

In data 18 aprile 2011 un nuovo ricorso straordinario era proposto dal dott. Francesco Manzo, che impugnava il silenzio serbato dal Ministro della giustizia sulla propria istanza del 31 marzo 2011 intesa ad ottenere l'emissione dei decreti ministeriali attuativi delle delibere del C.S.M. del 17 novembre 2010 di dispensa dal servizio per infermità e del 12 gennaio 2011 di revoca di questa deliberazione.

Intanto le Sezioni Unite di questa Corte di cassazione con sentenza del 31 maggio 2011, n. 11964, rigettavano il ricorso proposto dal dott. Manzo contro la menzionata sentenza della Sezione Disciplinare del C.S.M., che aveva inflitto la sanzione disciplinare della rimozione dall'ordine giudiziario.

4. Il 20 luglio 2011 il C.S.M. deliberava di non doversi procedere in ordine alla domanda del dott. Manzo di dispensa dal servizio ai sensi dell'art. 3 del regio d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511 e di liquidazione della pensione diretta di inabilità, essendo stato l'interessato già rimosso dall'ordine giudiziario con sentenza della Sezione Disciplinare divenuta definitiva.

5. Il 28 luglio 2011 il ricorrente presentava motivi aggiunti al ricorso straordinario impugnando anche la menzionata delibera del C.S.M. del 20 luglio 2011 ed inoltre, in data 18 agosto 2011, depositava una memoria difensiva insistendo per l'accoglimento dei ricorsi straordinari.

6. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nell'adunanza del 26 ottobre 2011, esprimeva il parere che i ricorsi straordinari proposti dal dott. Manzo dovessero essere riuniti e accolti, con annullamento dell'impugnata delibera del Consiglio superiore della magistratura del 12 gennaio 2011 di revoca della dispensa in precedenza assentita dallo stesso C.S.M..

Il Presidente della Repubblica con decreto del 20 gennaio 2012, emesso su proposta del Ministro della giustizia, riuniva i ricorsi e li accoglieva recependo integralmente il contenuto del parere del Consiglio di Stato.

7. Avverso il decreto presidenziale che ha deciso i ricorsi straordinari ricorre per cassazione il Consiglio Superiore della Magistratura.

Resiste con controricorso il dott. Manzo.

Il Ministero della giustizia intimato non ha svolto difesa alcuna.

Il C.S.M. ricorrente ed il resistente dott. Manzo hanno depositato memorie *ex art. 378 c.p.c.*

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il ricorso, recante un'unica articolata censura, il C.S.M. chiede la cassazione del decreto presidenziale impugnato "ai sensi degli artt. 362 c.p.c. e 110 c.p.a. in relazione all'art. 111, u. co., Cost."

In particolare il C.S.M. ricorrente invoca la pronuncia di questa Corte (Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065), secondo cui "in rapporto al decreto di accoglimento di ricorso straordinario, il configurarsi come giudicato può essere discusso in questa sede come questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 362 c.p.c."

Questo arresto giurisprudenziale - secondo la difesa del C.S.M. - induce a ritenere che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sia ormai da considerarsi "giurisdizionalizzato" e che quindi il decreto presidenziale che lo decide abbia efficacia tipica di un provvedimento giurisdizionale con conseguente ammissibilità non solo del giudizio di ottemperanza (come ritenuto dalla pronuncia citata), ma anche del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c.. Il decreto presidenziale infatti costituisce una decisione idonea a formare il giudicato ed è pertanto impugnabile, in quanto tale, con il ricorso straordinario di cui agli artt. 111, ottavo comma, Cost. e 362, primo comma, c.p.c. per motivi attinenti alla giurisdizione.

Nella specie il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha affermato - erroneamente, secondo la difesa del C.S.M., così travalicando i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo in materia - di non essere vincolato alla pronuncia di questa Corte (Cass., sez. un., 31 maggio 2011, n. 11964) di rigetto del ricorso proposto dal dott. Manzo avverso la decisione della Sezione Disciplinare n. 43 del 2010 di rimozione dall'ordine giudiziario, a seguito della quale si era formato il giudicato in ordine alla causa di cessazione del rapporto di impiego (i.e. sanzione disciplinare e non già sopravvenuta inidoneità fisica del magistrato).

Quindi il Consiglio di Stato - e conseguentemente anche il decreto presidenziale che ha provveduto in conformità - ha violato le regole della giurisdizione e tale vizio è deducibile ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c..

2. Vanno respinte innanzi tutto le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso sollevate dal controricorrente: il decreto presidenziale impugnato è in copia conforme rilasciata dal Ministro della giustizia; è stata depositata l'istanza di trasmissione del fascicolo; il C.S.M. è legittimato ad impugnare il decreto presidenziale e con esso il parere vincolante del Consiglio di Stato che fa corpo con il decreto stesso per aver esso annullato una delibera del Consiglio; la procura rilasciata dal vice-Presidente del C.S.M. ad un avvocato del libero foro, abilitato al patrocinio innanzi a questa Corte, legittima quest'ultimo alla sottoscrizione del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 365 c.p.c..

In particolare, quanto a quest'ultima eccezione, è sufficiente richiamare la giurisprudenza di questa Corte (Cass., sez. un., 21 febbraio 1997, n. 1617) che - in riferimento al disposto dell'art. 5 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, che ammette che la difesa della Pubblica Amministrazione possa essere affidata ad un avvocato del libero foro, anziché all'Avvocatura dello Stato, solo per ragioni eccezionali e sulla base di un prescritto formale procedimento - ha affermato che il Consiglio Superiore della Magistratura non può considerarsi come Amministrazione dello Stato in senso stretto, poiché è l'organo di autogoverno di un ordine autonomo e indipendente (nonché - può aggiungersi - costituisce potere dello Stato "in quanto organo direttamente investito delle funzioni previste dall'art. 105 della Costituzione" come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte cost., ord., n. 116 del 2005), sicché il ricorso, da parte di esso, per il suo patrocinio difensivo, al foro libero, non è incompatibile con l'ordinario sistema della difesa in giudizio della Pubblica Amministrazione. Ed ha ulteriormente rilevato che, ove parte in giudizio sia anche il Ministro di Grazia e Giustizia, vale a dire una Amministrazione difesa per legge dalla Avvocatura dello Stato, se al Consiglio Superiore non si riconoscesse la possibilità di rivolgersi al foro libero (se non mediante la macchinosa procedura previste dall'art. 5 R.D. n. 1611 del 1933 cit., comunque non dipendente dalla sua volontà), entrambe le parti dovrebbero essere tutelate dallo stesso difensore. Considerazione questa pertinente anche nella specie che parimenti vede come parte intimata in questo giudizio di cassazione il Ministro della giustizia.

Deve quindi riconoscersi la facoltà del Consiglio Superiore, esercitabile anche al di fuori della procedura di deroga prevista dall'art. 5 cit., di rivolgersi al libero foro per il patrocinio in giudizio.

3. Il ricorso è ammissibile ai sensi degli artt. 362, primo comma, c.p.c. e 111, ottavo comma, Cost. per le ragioni che si vengono ad illustrare; ma sotto altro profilo è inammissibile perché, nella specie, pone una questione non già di giurisdizione, bensì di violazione di legge.

4. Sotto il primo profilo (l'ammissibilità del ricorso ex art. 362, primo comma, c.p.c.) il ricorso pone la questione del riconoscimento, predicato dalla difesa del Consiglio ricorrente, della natura di decisione di giustizia - e quindi della natura giurisdizionale - del decreto presidenziale impugnato, recante come unico contenuto il parere del Consiglio di Stato, testualmente richiamato perché da intendersi integralmente riprodotto nel decreto stesso, che nulla aggiunge limitandosi a recepire come dispositivo le conclusioni del parere di accoglimento dei ricorsi straordinari proposti dall'odierno controricorrente e come motivazione le diffuse argomentazioni in fatto ed in diritto espresse dal Consiglio di Stato nel suo parere; talché, ove si riconosca che sia ravvisabile una fattispecie di esercizio di giurisdizione, deve

anche esserci, in sede di impugnazione, un sindacato sulla giurisdizione a cui nessuna decisione, che tale natura abbia, può ritenersi sottratta *ex art. 111*, settimo ed ottavo comma, Cost..

Finora la giurisprudenza di questa Corte è stata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppur connotata da elementi di specialità che segnavano la contiguità alle pronunce rese dal giudice amministrativo.

Ma la recente modifica del quadro normativo di riferimento induce ora questa Corte ad affermarne la natura giurisdizionale per le ragioni che si vengono ad esporre.

5. Il ricorso straordinario costituisce un istituto antico, presente nelle monarchie assolute ("una sorta di prerogativa di grazia concessa al monarca": Corte cost. n. 298 del 1986) e riprodotto nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, che provvide all'unificazione dell'ordinamento e della legislazione amministrativa del neonato Stato italiano e che nell'allegato D conteneva la legge sull'istituzione del Consiglio di Stato. In tale normativa si faceva riferimento al ricorso al Re, qualificato come "ricorso straordinario" perché poteva essere proposto solo dopo l'esaurimento dei rimedi ordinari, ossia dei ricorsi gerarchici.

Pur non costituendo uno strumento di tutela giurisdizionale e non comportando l'esercizio da parte del Re di poteri tipici dei giudici, collocandosi invece nell'ambito dei rimedi amministrativi, il ricorso straordinario rappresentò per lungo tempo il rimedio giustiziale - l'unico in assenza di un sistema di giustizia amministrativa - per la tutela degli interessi legittimi nel periodo compreso tra il 1865 ed il 1889, ossia fino alla legge 31 marzo 1989, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato con competenze e funzioni giurisdizionali.

L'introduzione di una forma di giustizia amministrativa non schermò il ricorso straordinario al Re che anzi fu attratto ad essa quando la legge 7 marzo 1907, n.62, sul "riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa", introdusse alcune prescrizioni processuali che facevano confluire l'istituto nell'alveo dei rimedi giustiziali perché si prevede un termine per proporre il ricorso (che prima mancava) e la necessità del contraddittorio con l'autorità che aveva emesso il provvedimento e con gli "altri interessati". Ha notato in proposito la dottrina che quello che in origine era stato un estremo appello alla grazia sovrana si trasformò in un vero e proprio rimedio giuridico.

Ed il raccordo con il rimedio giurisdizionale del ricorso al giudice amministrativo stava nell'ulteriore prescrizione secondo cui gli "altri interessati" destinatari della comunicazione del ricorso potevano proporre opposizione, nel qual caso "il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale" (art. 4 legge n. 62 del 1907). Questo snodo, che rappresentava (fin dalla legge n. 5992 del 1889) il regime di alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario, poi ribadito dall'art. 34 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato), rimarrà una caratteristica dell'istituto fino ai giorni nostri e si accompagnerà al carattere non vincolante del parere (comunque obbligatorio) del Consiglio di Stato (cfr. art. 54, terzo comma, r.d. 21 aprile 1942, n. 444).

Per lungo tempo poi si è ritenuta la non impugnabilità innanzi al Consiglio di Stato del decreto che decideva sul ricorso straordinario desumendosi dall'alternatività delle tutele una sorta di principio di *ne bis in idem*.

Inizialmente l'introduzione della regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Re e il ricorso ordinario al Consiglio di Stato, la previsione di un termine perentorio per la proponibilità del ricorso medesimo e l'obbligo della notificazione all'autorità che aveva emesso il provvedimento e a chi vi avesse avuto un interesse diretto inducevano lo stesso Consiglio di Stato a predicare la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario (Cons. Stato., ad. gen., 1° aprile 1909, n. 243; ed in epoca meno risalente Cons. Stato, sez. I, 27 novembre 1947, n. 1140), disconosciuta invece da altra giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 1932).

Inoltre si aprì anche una breccia nella originaria non giustiziabilità della decisione sul ricorso straordinario ammettendosene la sindacabilità anche se solo per vizi di forma o del procedimento.

6. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana - benché la (recente, all'epoca) versione "siciliana" del ricorso straordinario (art. 23, terzo comma, r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455, Statuto della Regione siciliana) fosse stata appena ratificata con la conversione in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 - ci fu chi dubitò della perdurante vigenza dell'istituto in ragione del precetto dell'art. 113, primo comma, Cost. che vuole che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Ma ben presto il legislatore (ordinario, in vero) ne ha dapprima confermato indirettamente la vigenza (art. 7 legge 11

dicembre 1950, n. 1050) ed in seguito ha regolamentato più compiutamente il ricorso straordinario negli artt. 8-15 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sui procedimenti in materia di ricorsi amministrativi; disciplina questa poi raccordata con la quasi coeva legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, il cui art. 20, quarto comma, dava seguito alla regola dell'alternatività escludendo l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale ove fosse stato proposto il ricorso straordinario.

Del resto la giurisprudenza amministrativa aveva ribadito senza incertezze l'operatività di tale rimedio impugnatorio anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione (*ex plurimis* Cons. Stato, ad. gen., 26 agosto 1950, n. 291; *id.*, sez. VI, 16 ottobre 1951, n. 430; ed anzi Cons. Stato, ad. gen., 19 febbraio 1951, n. 94, ritenne che il rimedio rientrasse nella garanzia di giustiziabilità dell'art. 113, primo comma, Cost.).

Inoltre la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, VI Sez., 16 ottobre 1951, n. 430) ritenne ammissibile il giudizio di ottemperanza nel caso di mancata esecuzione della decisione del Presidente della Repubblica di accoglimento del ricorso così predicando la natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

7. Questa tendenza alla "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario ha però trovato, nella giurisprudenza di questa Corte (già con Cass., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141), una risposta di segno opposto che riconduceva invece il ricorso straordinario nell'alveo dei ricorsi amministrativi e quindi nell'attività di amministrazione.

In linea di continuità con tale giurisprudenza Cass., sez. un., 28 settembre 1968, n. 2992, ha affermato che il ricorso straordinario al Capo dello Stato è privo dei caratteri formali e sostanziali della giurisdizione e va classificato tra i ricorsi in via amministrativa; il provvedimento che decide su tale ricorso ha, per conseguenza, natura amministrativa ed è sfornito della efficacia della cosa giudicata, propria degli atti giurisdizionali. Cfr. Cass., sez. un., 29 marzo 1971, n. 903, che ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost. avverso il decreto che decide il ricorso straordinario al Capo dello Stato, trattandosi di provvedimento che ha natura amministrativa e non giurisdizionale. Cfr. altresì Cass., sez. un., 11 novembre 1988, n. 6075, secondo cui il decreto del Capo dello Stato che provvede sul ricorso straordinario, pur ponendosi al di fuori dell'ordine gerarchico della pubblica amministrazione e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, ha natura amministrativa; ne consegue che avverso detto decreto non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (salva restando la sua sindacabilità, quale atto amministrativo, nelle dovute sedi giurisdizionali). Conf., più recentemente, Cass., sez. un., 17 gennaio 2005, n. 734.

Parimenti Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978, nel ribadire il precedente orientamento, ha escluso il ricorso al giudizio di ottemperanza atteso che il decreto con il quale è deciso il ricorso straordinario non può essere assimilato alle sentenze passate in giudicato, le uniche suscettibili di esecuzione mediante il giudizio di ottemperanza.

8. Sul piano poi del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che richiede che l'ordinanza di rimessione che solleva la questione sia emessa da un'"autorità giurisdizionale" (art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87), può registrarsi un orientamento in sintonia con la richiamata giurisprudenza di legittimità.

La Corte costituzionale ha più volte affermato (ord. nn. 56 e 301 del 2001; sent. n. 298 del 1986, n. 148 del 1982, n. 31 del 1975) che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un istituto singolare, anomalo, che unisce a spiccati caratteri amministrativi un procedimento contenzioso *sui generis* finalizzato alla risoluzione non giurisdizionale di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi definitivi (cfr. anche sent. n. 282 del 2005). Conseguentemente la Corte (sent. n. 254 del 2004, ord. nn. 357 e 392 del 2004) ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 legge n. 87 del 1994 (in materia di riliquidazione dell'indennità di fine rapporto dei dipendenti pubblici), sollevata dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato: ciò appunto in ragione del fatto che la questione era stata sollevata da un organo non giurisdizionale, la cui natura amministrativa era evidenziata dal fatto che l'art. 14, primo comma, d.P.R. 1199/71 prevedeva che, ove il ministro competente intendesse proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, dovesse sottoporre la questione alla deliberazione del

Consiglio dei ministri (provvedimento, quest'ultimo, evidentemente non giurisdizionale, per la natura dell'organo da cui promanava).

9. Invece la Corte di giustizia (sent. 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69- 79/96) ha dato ingresso alle questioni di interpretazione di norme comunitarie, sollevate dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato, riconoscendo natura di giudice nazionale a detto organo anche in tale sede.

Ha osservato la Corte che "sia il ricorso straordinario sia il ricorso amministrativo giurisdizionale ordinario prevedono un contraddittorio e garantiscono l'osservanza dei principi d'imparzialità e di parità fra le parti"; che il parere, comprensivo di motivazione e dispositivo, è "basato sull'applicazione delle norme di legge"; che "il Consiglio di Stato è un organo permanente, imparziale e indipendente poiché i suoi membri, tanto nelle sezioni consultive quanto in quelle giurisdizionali, offrono garanzie legali d'indipendenza e d'imparzialità"; che pertanto "il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del trattato" [ora art. 267 TFUE, già art. 234 TCE].

Diversamente orientata è stata la Corte di Strasburgo, che ha ritenuto che le disposizioni della CEDU non trovino applicazione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Corte EDU, sez. XIII, 28 settembre 1999, Nardella c. Italia).

10. Successivamente, in epoca più recente, è mutato il quadro normativo di riferimento rispetto alla disciplina dell'istituto quale recata dal cit. d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sui procedimenti in materia di ricorsi amministrativi, il cui art. 15 peraltro - può già notarsi - prevedeva la revocazione della decisione sul ricorso straordinario nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. e quindi anche per conflitto di giudicati; ciò che poteva già indurre a ritenere che il parere emesso dal Consiglio di Stato sul ricorso straordinario e la conseguente conforme decisione del Presidente della Repubblica avessero natura sostanzialmente giurisdizionale atteso che l'istituto della revocazione è il rimedio tipico degli atti giurisdizionali.

Ma è in epoca più recente che si registrano significative innovazioni normative.

11. Innanzi tutto può ricordarsi l'art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che ha riformato il processo cautelare innanzi al giudice amministrativo ed in quel contesto normativo ha previsto in particolare, al comma 4, che nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell'art. 8 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, su "conforme parere" del Consiglio di Stato. Quindi il ruolo del Consiglio di Stato già muta in parte: il parere, reso in una sede che può qualificarsi cautelare nel più ampio contesto della sede consultiva tipica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha natura vincolante dovendo il Ministro competente provvedere in modo "conforme".

Parimenti rileva l'art. 245 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), che, nella sua originaria formulazione, nel definire gli "strumenti di tutela" aveva posto la esperibilità del ricorso straordinario in pieno parallelismo al ricorso ordinario stabilendo che gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal codice medesimo, nonché i provvedimenti dell'Autorità, erano impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Inoltre il comma 2 di tale disposizione prevedeva che, nel caso di mancata esecuzione del *decisum* degli "strumenti di tutela" di cui al comma 1, e dunque anche del ricorso straordinario, era esperibile il ricorso per ottemperanza. La vigente formulazione di tale disposizione contiene ora un rinvio, prevedendo che la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo, che - come ora si dirà - detta regole anche per il ricorso straordinario.

12. Ma è soprattutto negli anni 2009-2010 che muta, ulteriormente ed in termini di maggior rilievo, il quadro normativo di riferimento.

13. Innanzi tutto la riforma del 2009 (legge 18 giugno 2009, n. 69, recante nuove norme in materia di processo civile) ha apportato, all'art. 69, significative modifiche alla disciplina del ricorso straordinario, ora qualificato nella rubrica della disposizione come rimedio "giustiziale" contro la pubblica amministrazione. Il secondo comma dell'art. 69 cit. ha infatti novellato l'art. 14, primo comma, primo periodo, d.P.R. n. 1199/1971, con la previsione del carattere vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato essendo ora prescritto che il decreto del Presidente della Repubblica, che decide sul ricorso straordinario, deve essere adottato su proposta del Ministero competente, "conforme al parere del Consiglio di Stato". Conseguentemente è stata abrogata la precedente disciplina (art. 14, primo comma, secondo periodo, e secondo comma, cit.) nella parte in cui consentiva la decisione del ricorso straordinario in termini "difformi" rispetto al parere, previa delibera del Consiglio dei ministri.

In tal modo è stato rimosso l'ostacolo che la giurisprudenza costituzionale ravvisava al riconoscimento della natura di "autorità giurisdizionale" al Consiglio di Stato nella suddetta sede consultiva. E quindi lo stesso art. 69 al primo comma - per fugare ogni dubbio interpretativo - ha espressamente sancito la possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la

questione incidentale di legittimità costituzionale (ciò che peraltro finora in concreto non è ancora avvenuto). Ha infatti previsto che il Consiglio di Stato, se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, solleva l'incidente di costituzionalità ordinando l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale nonché la notifica del provvedimento alle parti.

In proposito potrebbe in vero sorgere qualche perplessità sulla fonte non di rango costituzionale, attesa la riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. quanto alle condizioni, alle forme ed ai termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale; perplessità comunque superabili in ragione di quanto si dirà oltre (v. *sub* 19 e 20) per escludere che nella fattispecie sia configurabile una (non consentita) istituzione di un nuovo giudice speciale.

14. Il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ha ulteriormente accentuato il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario in varie disposizioni. Delle quali la più significativa appare essere l'art. 7 recante la definizione e l'ambito generale della giurisdizione amministrativa. E' in questo ambito, chiaramente attinente alla giurisdizione e non già all'amministrazione, che si colloca anche la prescrizione specifica (al comma 8) secondo cui il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e quindi nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione. Sicché la "giurisdizione" diventa generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario non diversamente che per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. E quando il successivo art. 126 contempla uno speciale ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contenzioso elettorale, che, in forza della generale prescrizione dell'art. 7 cit., avrebbe trascinato *ex se* anche un simmetrico allargamento dell'ambito di ammissibilità del ricorso straordinario, è necessaria una disposizione derogatoria *ad hoc* (l'art. 128) per escludere, come eccezione alla regola, tale allargamento.

In precedenza invece la predicata natura del ricorso straordinario come rimedio di carattere generale (Cons. Stato, ad. gen., 29 maggio 1997, n. 72) comportava non solo che la giurisdizione amministrativa non costituiva presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma si riteneva (Cons. Stato, ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9) essere quest'ultimo ammissibile anche a tutela di diritti soggettivi in materie estranee alla giurisdizione amministrativa e ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario (secondo un orientamento consolidato fin da Cons. Stato, ad. gen., 29 aprile 1971, n. 45) sicché in tale evenienza - salva l'ipotesi di competenza inderogabile (ma tale non era ritenuta, ad es., quella del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato) non vi era alternatività con la tutela giurisdizionale, ma al contrario vi era possibile concorrenza. Ciò che in realtà costituiva un'anomalia nella prospettiva della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario; anomalia che è stata al fondo anche di una questione di costituzionalità, decisa però solo in rito (Corte cost., ord., n. 406 del 2007).

Rimossa questa possibilità di ricorso straordinario in materie in cui il giudice amministrativo è privo di giurisdizione, ne è derivato un pieno e sistematico parallelismo tra ricorso straordinario e ricorso ordinario, anche se la simmetria non è proprio assoluta perché la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. Ili, 15 ottobre 2010, n. 4609) ritiene una più ristretta esperibilità del ricorso straordinario quanto al novero delle azioni esercitabili in quella sede.

L'art. 48 cod. proc. amm. poi specifica in termini di maggior rigore e di accentuato parallelismo la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso ordinario al giudice amministrativo.

Innanzitutto l'art. 48 contempla (al comma 1) la facoltà di opposizione (quella di cui all'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971) in favore di qualsiasi parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, laddove l'art. 10 contemplava tale facoltà unicamente in favore dei controinteressati e solo a seguito della declaratoria di incostituzionalità della disposizione (Corte cost. n. 148 del 1982) la stessa facoltà era stata estesa all'ente pubblico, diverso dallo Stato, che aveva emanato l'atto impugnato.

La nozione di "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario" è amplissima sì da comprendere i controinteressati, i cointeressati, la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato (non più escluso lo Stato, essendo venuta meno la possibilità che il Governo interloquisca con una delibera del Consiglio dei ministri per disattendere il parere del Consiglio di Stato); ciò che assicura il pieno rispetto del contraddittorio.

Tale generalizzazione della facoltà di opposizione assicura inoltre che la natura di decisione di giustizia del decreto del Presidente della Repubblica, che qui si viene ad affermare, è compatibile con la garanzia di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) innanzi ad un "giudice" sia esso ordinario (art. 102 Cost.) o speciale (art. 103 Cost.). Nessuna "parte" può - per così dire, contro la sua volontà - essere evocata in una sede contenziosa in cui la lite è destinata ad essere decisa sì nel rispetto del principio del contraddittorio, ma senza il doppio grado di giurisdizione e con un'istruttoria semplificata.

La "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario" può (nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione) opporsi all'iniziativa del ricorrente che abbia scelto questa strada più rapida e meno processualmente strutturata affinché la lite sia invece trasferita e decisa nella sede ordinaria. Sicché la concreta percorribilità della via più rapida del ricorso straordinario richiede, in sostanza, il consenso di tutte le parti secondo una *ratio* non dissimile da quella sottesa al ricorso *per saltum ex art. 360*, secondo comma, c.p.c. che richiede appunto l'accordo delle parti.

Lo stesso art. 48 cod. proc. amm. prevede poi (al comma 3) una vera e propria ipotesi di *translatio iudicij*, non dissimile da quella generale del precedente art. 11 (tra giudice amministrativo ed altro giudice), qualora l'opposizione sia ritenuta inammissibile (ad es. perché tardiva) dal tribunale amministrativo regionale, destinatario della stessa; prescrive infatti che quest'ultimo dispone la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria". Vi è quindi un'espressa ed inequivocabile qualificazione del procedimento per ricorso straordinario come "giudizio in sede straordinaria" che prosegue.

Questo accentuato parallelismo, coniugato alla regola della piena alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario, comporta che tale ultimo rimedio si è evoluto sì da poterlo considerare deputato tendenzialmente ad apprestare un grado di tutela analogo a quello conseguibile agendo giudizialmente nelle forme ordinarie.

15. Da ultimo, ma non ultimo tassello di questa evoluzione dell'istituto, c'è il recente arresto di queste Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065), che - operando un *revirement* del precedente orientamento che dalla natura amministrativa della decisione del ricorso straordinario faceva derivare l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza (Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978) - hanno all'opposto ritenuto quest'ultimo ammissibile proprio in ragione della natura della decisione del ricorso straordinario. Hanno richiamato l'art. 112 cod. proc. amm., che nel dettare le «disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza», dispone, al secondo comma, che l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato (lett. a) e, altresì, delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b). In tale sistema la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, si colloca - secondo questa Corte - «nell'ipotesi prevista alla lett. b) dell'art. 112, 2° comma»; ciò che significa che la decisione del ricorso straordinario si qualifica come "provvedimento esecutivo del giudice amministrativo". Si è ritenuto quindi essere «la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza». Ed ha puntualizzato questa Corte che «in rapporto al decreto di accoglimento di ricorso straordinario, il configurarsi come giudicato può essere discusso in questa sede come questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 362 c.p.c.»

In breve, il modificato quadro normativo ha indotto questa Corte a rivedere la propria giurisprudenza (richiamata sopra *sub 7*), affermando che il decreto presidenziale, divenuto definitivo, è assimilabile al giudicato amministrativo e quindi è suscettibile del giudizio di ottemperanza.

16. In sintonia con tale pronuncia anche la successiva giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sperimentabilità del giudizio di ottemperanza della decisione del ricorso straordinario innanzi allo stesso Consiglio di Stato essendo a quest'ultimo riferibile la decisione di giustizia di cui si chiede l'ottemperanza: ossia trova applicazione la lettera *b*), e non già la lettera *d*), del secondo comma dell'art. 112 cod. proc. amm. al fine dell'individuazione del giudice dell'ottemperanza *ex art. 113* cod. proc. amm.; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, che, nel sottolineare la progressiva giurisdizionalizzazione del mezzo di impugnazione, ha puntualmente rimarcato 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"».

Sulla stessa scia si colloca da ultimo Cons. Stato, ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18, che ha ritenuto essere la decisione sul ricorso straordinario «quale provvedimento esecutivo del giudice amministrativo (*ex art. 112*, comma 2, lett. *b*)», cod. proc. amm.» e pertanto «il ricorso per ottemperanza si propone, *ex art. 113* co.1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il "giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta"».

17. In sintesi lo sviluppo normativo e giurisprudenziale di cui si è detto finora consente di assegnare al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario la natura sostanziale di decisione di giustizia e quindi natura sostanziale giurisdizionale: ossia vi è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato con ricorso (straordinario) di una parte e senza l'opposizione (e quindi con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per accedere direttamente - e quindi *per*

saltum - al controllo di legittimità del Consiglio di Stato.

Nella forma vi è tuttora l'adozione del decreto presidenziale che potrebbe essere affetto da vizi propri del procedimento successivo all'adozione del parere. Ma questo residuo elemento formale che connota la struttura ancora composita del ricorso straordinario, radicata nelle origini storiche dell'istituto (di cui si è detto), non inficia, né indebolisce la natura giurisdizionale sostanziale del rimedio impugnatorio nel contenuto recato dal parere del Consiglio di Stato.

La raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo *ex art. 6 CEDU*. Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. Iii, 4 agosto 2011, n. 4666, che - nell'aderire al nuovo corso della giurisprudenza di queste Sezioni Unite quanto all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della decisione sul ricorso straordinario - sottolinea comunque "la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo".

Ma laddove l'interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c'è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto.

18. La conclusione raggiunta - che predica trattarsi nella fattispecie in esame di una decisione di giustizia e quindi di esercizio della giurisdizione che consente il sindacato sulla giurisdizione ad opera delle Sezioni Unite di questa Corte *ex art. Iii, ottavo comma, Cost. e art. 362, primo comma, c.p.c.* - appare pienamente compatibile con l'art. 125, secondo comma, Cost. che prevede che nelle regioni sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado. E' vero che la giurisprudenza costituzionale, che ha più volte affermato che il principio del doppio grado di giurisdizione non ha copertura costituzionale (*ex plurimis* Corte cost, ord., n. 300 del 2008), ha però precisato che ciò vale "fuori dell'area segnata dall'art. 125 comma secondo Cost." (Corte cost. n. 52 del 1984). Ma nella fattispecie - pur in disparte la considerazione che la riserva fatta dalla giurisprudenza costituzionale sta in realtà a significare che "la Costituzione impedisce di attribuire ai tribunali amministrativi regionali competenze giurisdizionali in unico grado" (Corte cost. n. 108 del 2009) - il principio suddetto comunque non è violato perché la generalizzata possibilità di opposizione (*ex art. 10 d.P.R. n. 1199/1971; art. 48 cod. proc. amm.*) della parte nei cui confronti è proposto il ricorso straordinario ha l'effetto di trasferire il contenzioso nella sede ordinaria del giudizio innanzi ad un t.a.r. in primo grado, sicché la garanzia del doppio grado di giurisdizione non è affatto violata, ed anzi è pienamente assicurata nella misura in cui non siano le parti stesse ad optare per il procedimento per ricorso straordinario che consente l'accesso diretto per *saltum* al Consiglio di Stato (cfr. Corte cost. n. 78 del 1966 secondo cui la regola dell'alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario non esclude né attenua la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi lesi da un atto amministrativo, ma è espressione di una libera scelta sulla base di una valutazione di convenienza).

19. Parimenti può ritenersi la compatibilità con l'art. 102, secondo comma, Cost. che non consente l'istituzione di nuovi giudici speciali, salva la revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti al momento di entrata in vigore della Costituzione stessa (VI disposizione transitoria e finale della Costituzione) e ferma restando (*ex art. 103, primo comma, Cost.*) la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato e degli altri "organi di giustizia amministrativa".

La giurisprudenza costituzionale in materia rifugge da un approccio formalistico e guarda alla sostanza delle cose.

E' noto - in altra materia, però pure attinente alla giurisdizione - che da una parte la Corte, dopo aver ripetutamente affermato (Corte cost. nn. 6 e 10 del 1969) che le commissioni tributarie dell'epoca erano organi non già giurisdizionali ma di natura amministrativa, ha poi ritenuto (Corte cost. n. 287 del 1974) che "fatti nuovi, in sede legislativa" (ossia la riforma del contenzioso tributario del 1972) facevano ormai propendere decisamente "nel senso della giurisdizionalità"; ed ha in particolare osservato che nella legge (ordinaria) di riforma erano stati "eliminati gli aspetti dai quali traeva fondamento la tesi della natura amministrativa e accentuati i caratteri in base ai quali le commissioni venivano considerate come organi giurisdizionali". Ossia la riforma del 1972, che disciplinava le "nuove" commissioni tributarie come giudice speciale (tributario), gettava luce (in chiave retrospettiva) anche sulle "vecchie" commissioni tributarie: "la nuova legislazione - imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni - esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa".

Quindi preesisteva alla Costituzione un giudice speciale tributario, seppur difettoso nel senso che presentava aspetti che

facevano fortemente dubitare della sua natura giurisdizionale. E la sua successiva revisione (nel 1972) da una parte ha cononestato questa incerta iniziale natura giurisdizionale, d'altra parte ha soddisfatto la VI disposizione transitoria della Costituzione che imponeva la revisione degli organi speciali di giurisdizione all'epoca esistenti con il limite, nella fattispecie, della materia tributaria (Corte cost. n. 130 del 2008 e n. 39 del 2010).

Rileva poi anche che, in riferimento ad altra fattispecie, la Corte, per escludere che una disposizione all'epoca censurata prevedesse un giudice speciale piuttosto che una sezione specializzata del giudice ordinario, ha posto l'accento sul "nesso organico" e sulla "compenetrazione istituzionale" di quest'ultima con il giudice ordinario (Corte cost., ord., n. 424 del 1989).

Orbene, richiamati questi principi e tornando alla fattispecie del ricorso straordinario, può ora considerarsi che c'era, già prima dell'evoluzione normativa più recente, sopra indicata, la decisione di un contenzioso che non era censurabile innanzi al giudice amministrativo se non sulla base di un vizio di forma o di procedimento verificatosi successivamente al parere del Consiglio di Stato (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2007, n.999; *id.*, sez. IV, 20 giugno 1996, n. 800; e prima ancora Cons. Stato, ad. plen., 10 giugno 1980, n. 22, che ha ribadito una "fermissima" giurisprudenza precedente); decisione che quindi già si presentava come alternativa a quella del giudice amministrativo. Ossia già in origine, una volta posta la regola dell'alternatività recepita nell'art. 34, secondo comma, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato), poi ripetuta nell'art. 10 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (in materia di ricorsi amministrativi), il Consiglio di Stato non poteva essere chiamato due volte a pronunciarsi sullo stesso contenzioso: prima in sede consultiva e poi in sede giurisdizionale; altrimenti - ha significativamente rimarcato Cons. Stato, ad. plen., 10 giugno 1980, n. 22, cit. - "ne conseguirebbe una duplicazione di giudizi" e "la nullificazione del principio dell'alternatività"; così l'Adunanza Plenaria ha interpretato l'ultimo comma dell'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971, cit., che prevede che, ove la controversia non sia trasferita dalla sede del ricorso straordinario all'ordinaria sede giurisdizionale, la decisione adottata con decreto presidenziale sul ricorso straordinario è impugnabile per vizi di forma o del procedimento.

Quindi la decisione del ricorso straordinario già esibiva, nel suo nucleo essenziale, la connotazione di decisione di giustizia pur se per vari aspetti, evidenziati dalla giurisprudenza di cui si è detto sopra, non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" nel significato pregnante degli artt. 102, primo comma, e 103, primo comma, Cost..

D'altra parte, questo regime impugnatorio, che comportava che la decisione del ricorso straordinario faceva perno sulla delibazione del Consiglio di Stato in sede consultiva, rivelava anche il "nesso organico" e la "compenetrazione istituzionale" di tale decisione con il Consiglio di Stato quale organo di giustizia amministrativa *ex art.* 103, primo comma, Cost..

Ed allora, in sintesi, la decisione sul ricorso straordinario aveva fin dall'origine connotati di decisione di giustizia anche se non poteva parlarsi di "funzione giurisdizionale" pienamente realizzata. Ma una volta che il legislatore ordinario ne ha operato la revisione, depurando il procedimento da ciò che non era compatibile con la "funzione giurisdizionale", la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui prende come contenuto il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale del primo comma dell'art. 103 Cost. che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

20. Da ciò consegue anche che, in riferimento all'art. 69, comma 1, legge n. 69 del 2009, cit., che ha previsto la possibilità per il Consiglio di Stato, nella sede consultiva del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, di sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, non si pone in realtà - e comunque non sarebbe rilevante nella specie - un problema di compatibilità con la riserva di legge costituzionale quanto alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137, primo comma, Cost.) non apparendo precluso al legislatore ordinario - nel rispetto del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali - di riconoscere o conformare la natura giurisdizionale di una sede in cui una controversia è dibattuta tra le parti in contraddittorio ed è decisa da un giudice terzo ed imparziale; da ciò conseguendo la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità per essere la questione "rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio" (art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n.1, e art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87).

21. Da quanto finora argomentato consegue quindi che, se la decisione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, deve necessariamente esserci il sindacato ultimo di queste Sezioni Unite, limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione *ex art.* 111, ottavo comma, Cost. in quanto riferibile in un unico grado, per il contenuto recato nella decisione stessa, al Consiglio di Stato.

Pertanto il ricorso per cassazione proposto dal C.S.M. ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c. per motivi inerenti alla

giurisdizione, che investe la decisione del ricorso straordinario nel contenuto recato dal parere (vincolante) del Consiglio di Stato, è, sotto questo profilo, ammissibile.

22. Nella specie però i vizi dedotti dal Consiglio ricorrente non sono in concreto riconducibili a motivi attinenti alla giurisdizione, né alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione atteso che il parere vincolante del Consiglio di Stato, che costituisce il contenuto della decisione del ricorso straordinario adottata con decreto del Presidente della Repubblica, verte nella tipica materia del rapporto di impiego pubblico del magistrato, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 3, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), sicché sussiste il presupposto della giurisdizione amministrativa richiesto dall'art. 7, comma 8, cod. proc. amm. nel cui ambito si colloca anche la valutazione che il Consiglio di Stato ha fatto del rapporto tra la dispensa dal servizio per sopravvenuta inidoneità fisica del magistrato e la rimozione dall'ordine giudiziario come sanzione disciplinare.

Quindi il ricorso, ancorché ammissibile ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c., è sotto altro profilo inammissibile: le censure mosse dal Consiglio ricorrente non sono riconducibili a motivi attinenti alla giurisdizione, ma consistono in un'inammissibile censura di violazione di legge.

23. Deve infatti considerarsi quanto segue.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, ha essenzialmente esaminato due questioni, una relativa alla possibilità di procedere alla dispensa dal servizio per motivi di salute del magistrato dott. Francesco Manzo, benché sospeso dalle funzioni e dallo stipendio in via cautelare e poi rimosso dall'ordine giudiziario, e l'altra relativa alla possibilità per il Consiglio Superiore della Magistratura di revocare, in via di autotutela e quindi d'ufficio, per motivi di opportunità, la già adottata deliberazione di dispensa dal servizio per inabilità permanente ed assoluta dello stesso magistrato.

Il Consiglio di Stato - dopo aver sottolineato da una parte l'autonomia funzionale e strutturale del procedimento di dispensa dal servizio rispetto al procedimento disciplinare e d'altra parte la legittimazione del C.S.M. a provvedere in merito alla domanda di dispensa dal servizio presentata dal dott. Francesco Manzo, inizialmente assentita dal Consiglio stesso con deliberazione del 17 novembre 2010 - ha ritenuto l'illegittimità della delibera del 12 gennaio 2011 di revoca della dispensa dal servizio fondata sull'esigenza di meglio verificare se la dispensa potesse disporsi in costanza di sospensione cautelare.

Ha in particolare osservato il Consiglio di Stato che il provvedimento di dispensa dal servizio per motivi di salute può essere adottato anche nei confronti del magistrato assoggettato a procedimento disciplinare, sempre che risulti accertato, come nella specie attestato nella suddetta delibera del 17 novembre 2010, lo stato di salute invalidante, che costituisce presupposto essenziale per la dispensa. Infatti - ha ritenuto il Consiglio di Stato - è ammissibile la dispensa dal servizio in costanza di procedimento disciplinare ed anche di sospensione cautelare dal servizio, poi seguita, in prosieguo di tempo, dall'irrogazione della sanzione della rimozione dall'ordine giudiziario; ciò perché in generale il ritardo nella definizione del procedimento da parte della pubblica amministrazione non può ritorcersi a danno del dipendente che aspiri alla dispensa dal servizio. Sicché, il procedimento di dispensa dal servizio, avente come presupposto l'accertamento di un impedimento di tipo psico-fisico del magistrato, e, quindi, la sua incapacità ad adempiere convenientemente ed efficacemente i propri doveri, non poteva essere sospeso in attesa della conclusione del procedimento disciplinare.

Quanto poi alla revoca per motivi di opportunità della delibera di dispensa dal servizio, ha osservato il Consiglio di Stato che la revoca, a differenza dell'annullamento d'ufficio, non incide su atti amministrativi illegittimi, ma su atti amministrativi inopportuni ad effetti durevoli; essa, quindi, non trova applicazione nei riguardi di provvedimenti vincolati e ad effetti istantanei, quale la dispensa dal servizio per inabilità permanente. Ha pertanto ritenuto illegittima la delibera di revoca della dispensa dal servizio adottata per la necessità di approfondire la questione se l'accertamento della impossibilità di svolgere le funzioni di magistrato per inidoneità fisica potesse essere effettuato con riferimento al periodo in cui il dott. Manzo era impossibilitato ad esercitare le funzioni perché sospeso dal servizio in via cautelare.

Il Consiglio di Stato ha poi tenuto conto della sentenza 31 maggio 2011 n. 11964, pronunciata da queste Sezioni Unite, di rigetto del ricorso per cassazione proposto dal dott. Manzo avverso la decisione della Sezione Disciplinare del C.S.M. recante l'irrogazione della sanzione disciplinare della rimozione dall'ordine giudiziario; pronuncia questa che - ha precisato il Consiglio di Stato - attiene al procedimento disciplinare e nell'ambito di esso esaurisce la sua funzione e non può vincolare il giudice amministrativo - ritualmente adito dal magistrato in sede di impugnazione del provvedimento di revoca, in via di autotutela, del provvedimento di dispensa dal servizio - che è il solo giurisdizionalmente competente a conoscere del corretto uso del potere di autotutela, sotto il profilo della sussistenza o meno dei presupposti previsti dalla legge per il suo valido esercizio.

Pertanto le censure mosse dal ricorrente con i ricorsi straordinari riuniti sono state ritenute fondate con conseguente annullamento della delibera del C.S.M. adottata in data 12 gennaio 2011, con la quale era stata revocata in via di autotutela la precedente delibera consiliare del 17 novembre 2010 di dispensa dal servizio del ricorrente per motivi di salute.

24. Orbene, appare di tutta evidenza che il Consiglio di Stato si sia pronunciato nella tipica materia del rapporto di impiego del magistrato, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo trattandosi di personale in regime di diritto pubblico *ex art. 3 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165*; e che abbia esercitato tale giurisdizione interpretando le disposizioni che regolamentano la dispensa dal servizio per motivi di salute, lette a fronte di quelle che riguardano la rimozione dal servizio per motivi disciplinari.

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, nell'esercizio del sindacato di legittimità sui provvedimenti del C.S.M. che attengono al rapporto di impiego del magistrato, la valutazione della possibilità, o no, per il magistrato di ottenere la dispensa dal servizio per inidoneità fisica alla funzione per il cui conseguimento lo stesso abbia presentato domanda prima che il procedimento disciplinare a suo carico si concluda con la rimozione dall'ordine giudiziario.

E' questa una tipica questione di diritto che afferisce al sindacato di legittimità del giudice amministrativo e non attiene invece ai limiti esterni della giurisdizione.

In generale questa Corte (Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3688) ha affermato che il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del Consiglio stesso, ovvero all'esistenza di vizi che riguardano l'essenza di tale funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui attengono gli "*errores in iudicando*" o "*in procedendo*"; ed ha precisato che a tal riguardo, la censura relativa ad una pretesa violazione del giudicato, riguardando la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice adito, rimane estranea al controllo e al superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

In sostanza il C.S.M. ricorrente si duole del fatto che il Consiglio di Stato non abbia considerato che - alla data in cui era stata adottata la delibera del 20 luglio 2011 di non doversi procedere in ordine alla domanda del dott. Manzo di dispensa dal servizio ai sensi dell'art. 3 del r.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511 e di liquidazione della pensione diretta di inabilità, per essere stato l'interessato rimosso dall'ordine giudiziario - si era già formato il giudicato sulla sentenza della stessa Sezione Disciplinare che aveva irrogato al dott. Manzo la sanzione della rimozione dall'ordine giudiziario; giudicato formatosi a seguito del rigetto del ricorso per cassazione avverso tale pronuncia. Non si sarebbe potuto quindi assentire - secondo il Consiglio ricorrente - la richiesta di dispensa dal servizio - la quale in generale è destinata ad essere efficace solo al momento in cui il decreto ministeriale, che recepisce la deliberazione del C.S.M., venga comunicato all'interessato - perché il rapporto di impiego doveva considerarsi già risolto per una ragione disciplinare.

Il Consiglio di Stato invece, nel suo parere trasfuso del decreto presidenziale di accoglimento dei ricorsi straordinari, non ha affatto ignorato tale giudicato, ma ha ritenuto che operasse su un piano diverso - quello disciplinare - che non precludeva l'accertamento di una diversa causa di cessazione del rapporto di impiego il cui presupposto (i.e. l'inidoneità fisica al servizio) si era verificato anteriormente ed il cui accertamento era stato domandato dal magistrato prima dell'adozione della sanzione disciplinare da parte della Sezione Disciplinare del C.S.M..

La successiva rimozione dall'ordine giudiziario non schermava il procedimento attivato con la domanda di dispensa dal servizio per inidoneità fisica e non faceva venir meno l'interesse del magistrato al provvedimento richiesto anche se il procedimento disciplinare, per ragioni contingenti, si era concluso prima con la formazione del giudicato a seguito della citata sentenza di questa corte.

Questa interpretazione della (ritenuta non incidenza) del procedimento disciplinare sul procedimento diretto a conseguire la dispensa può essere corretta o no. Ma rientra a pieno nel perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo sul rapporto di impiego del magistrato.

Si ha quindi che il Consiglio di Stato non ha debordato dalla tipica cognizione del giudice amministrativo al quale è demandata l'interpretazione delle norme che regolano il rapporto di impiego del magistrato; mentre il C.S.M. ricorrente censura in realtà l'interpretazione accolta dal Consiglio di Stato e prospetta, come corretta, un'interpretazione opposta secondo cui, se il procedimento disciplinare si chiude con la formazione del giudicato sulla rimozione dall'ordine giudiziario, non c'è più materia per provvedere sulla dispensa dal servizio per motivi di salute.

Ma - si ripete - che questa interpretazione sia corretta o no attiene non già ai limiti esterni della giurisdizione amministrativa, ma al sindacato di legittimità (per violazione di legge) che è precluso nel caso di ricorso *ex art. 362*, primo comma, c.p.c., l'unico ammissibile - come sopra rilevato - ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost..

25. *In conclusione il ricorso va dichiarato inammissibile e, stante la particolare importanza della questione di diritto sopra esaminata, va enunciato, ai sensi dell'art. 384, primo comma, c.p.c., il seguente principio di diritto: «In caso di ricorso straordinario proposto ai sensi dell'art. 8 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, avverso atti amministrativi definitivi per motivi di legittimità, da parte di chi vi abbia interesse, ricorso ammissibile (ex art. 7, comma 8, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo) unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario in conformità del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato (ex art. 14 d.P.R. n. 1199/1971, come novellato dall'art. 69, secondo comma, legge 18 giugno 2009, n. 69), è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c. solo per motivi attinenti alla giurisdizione».*

Sussistono giustificati motivi (in considerazione della novità della questioni trattate) per compensare tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione tra il ricorrente C.S.M. ed il controricorrente dott. Manzo, mentre non occorre provvedere sulle spese per il Ministero intimato che non ha svolto difesa alcuna.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara inammissibile il ricorso; compensa le spese di questo giudizio di cassazione tra il ricorrente C.S.M. ed il controricorrente Manzo; nulla sulle spese per il Ministero della giustizia.

Così deciso in Roma il 25 settembre 2012.

Depositata in Cancelleria il 19 dicembre 2012.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - sentenza 7 giugno 2012 n. 9183

Pres. ff. Vittoria, Rel. Travaglino Presidenza della Regione Siciliana (Avv.ra Stato) c. L.G. ed altri (Avv.ti Milazzo e Lombardo) e G.C. ed altri (Avv.ti Mangano Casales) - (rigetta il ricorso).

Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana - Natura giuridica - Individuazione - Decreto di decisione - Omessa esecuzione - Ricorso per esecuzione del giudicato - E' proponibile - Riferimento all'art. 112 c.p.a.

Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana ha natura di rimedio alternativo rispetto alla domanda giurisdizionale, ed a questa equivale *tout court* per finalità e *modus operandi* (1), come confermato dal disposto dell'art. 112 del D.Lgs. n. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo), che estende l'azione di ottemperanza prevista per le sentenze passate in giudicato agli "*altri provvedimenti ad esse equiparati, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della P.A. di conformarsi alla decisione*". Deve pertanto ritenersi ammesso l'esperimento del ricorso per inottemperanza nel caso di omessa esecuzione di un decreto decisorio che ha accolto un ricorso straordinario (2).

(1) Cfr., *ex multis*, Cass. ss.uu., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cassu_2011-01-28.htm; 7 febbraio 2011, n. 2818.

(2) Ha aggiunto la sentenza in rassegna che deve ritenersi definitivamente abbandonato l'originario orientamento seguito dalle sezioni unite con le sentenze nn. 15978 del 2001 e 734 del 2005, secondo il quale, per l'esecuzione del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana, avente natura amministrativa, non sarebbe legittimamente proponibile il giudizio di ottemperanza al giudice amministrativo.

IN FATTO E IN DIRITTO

1. Gli odierni resistenti chiesero al Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia l'ottemperanza al decreto del presidente della medesima regione n. 21 del 2005.

1.1. Con tale provvedimento normativo era stato accolto - su conforme parere del Consiglio di giustizia amministrativa di quella regione - il ricorso straordinario degli interessati - tutti dipendenti o già dipendenti dell'ente territoriale - volto al riconoscimento degli incrementi stipendiali di cui alla L.R. n. 19 del 1991, art. 5 commi 1, 4, 6, nel calcolo degli aumenti periodici, conformemente con quanto statuito dalla giurisprudenza amministrativa siciliana (TAR Palermo n. 1232 del 2000; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia n. 1105 del 1998), che aveva ritenuti tali aumenti riferiti a tutti quegli elementi della retribuzione destinati ad assumere carattere fisso e continuativo (onde l'obbligo, da parte dell'Amministrazione, con l'entrata in vigore della L.R. n. 19 del 1991, di corrispondere gli incrementi stipendiali da essa previsti tenendo conto degli ulteriori aumenti già maturati in ragione della precedente L. n. 11 del 1988).

2. Non avendo la competente Amministrazione provveduto a dare esecuzione al decreto, manifestando, di converso, l'intendimento di disattendere il contenuto eccedendo nel contempo una asserita prescrizione del diritto azionato (prescrizione, peraltro, non rilevata in sede di ricorso straordinario), i ricorrenti chiesero al C.G.A.R.S. di ordinare l'esecuzione del decreto de quo, nominando, in caso di inottemperanza, un commissario ad acta.

2.1 L'amministrazione regionale, nel costituirsi, eccepì l'inammissibilità del ricorso in ottemperanza in relazione al provvedimento in contestazione (cui aveva, nelle more, dato esecuzione sia pur nei limiti della eccepita prescrizione).

3. L'adito Consiglio di giustizia amministrativa, sulla premessa che l'atto in questione avesse natura sostanzialmente giurisdizionale - onde la conseguenza della legittimità di un giudizio di ottemperanza in caso di mancata esecuzione del decreto -, ritenne tardiva l'eccezione di prescrizione sollevata dalla resistente regione (non essendo stata la stessa mai formulata nel giudizio di merito), coprendo la decisione adottata in sede di ricorso straordinario tanto il dedotto quanto il deducibile con conseguente preclusione per le questioni intempestivamente sollevate, e accolse il ricorso in

ottemperanza, nominando il commissario ad acta.

4. Avverso tale pronuncia ricorre dinanzi a queste sezioni unite la presidenza della regione Sicilia con un unico, complesso motivo di doglianza, che lamenta, della sentenza impugnata, un vizio di difetto assoluto di giurisdizione, ex art. 362 c.p.c., in relazione all'art. 111 Cost., alla L. n. 1199 del 1971, artt. 8, 10, 14 e 15, al R.D. n. 1054 del 1924, art. 27, comma 1, n. 4, al R.D.Lgs. n. 455 del 1946, art. 23, al D.Lgs. n. 373 del 2003, artt. 9 e 12, al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 245.

4.1. Il motivo si conclude con il seguente quesito di diritto:

Dica codesta Suprema Corte se, alla presente fattispecie, si applichi o no la norma giuridica, ricavata secondo cui, per l'esecuzione del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana, avente natura amministrativa, non si può proporre il giudizio di ottemperanza al giudice amministrativo, con conseguente difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo, anziché la diversa e inesistente regola concretamente applicata dal CGARS secondo cui, ai fini dell'esecuzione del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana, per la sua caratteristica sostanzialmente giurisdizionale, si potrebbe proporre il giudizio di ottemperanza al giudice amministrativo, perché, tra l'altro, il ricorso straordinario in questione sarebbe regolato autonomamente dall'art. 23 dello Statuto della regione siciliana sotto la rubrica del titolo 3^a denominata "Organi giurisdizionali" e oltre tutto tale ammissibilità del giudizio in ottemperanza sarebbe confermata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 245.

4.2. Resistono con contro ricorso le parti intimare indicate in epigrafe.

5. Il ricorso è infondato.

5.1. L'originario orientamento seguito da queste sezioni unite con le sentenze nn. 15978 del 2001 e 734 del 2005 (afferme del principio di diritto secondo il quale, per l'esecuzione del decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana, avente natura amministrativa, non sarebbe legittimamente proponibile il giudizio di ottemperanza al giudice amministrativo) è stato, difatti, definitivamente abbandonato e sostituito da altro, speculare indirizzo secondo il quale il ricorso straordinario in parola ha natura di rimedio alternativo rispetto alla domanda giurisdizionale, ed a questa equivale tout court per finalità e modus operandi (ex multis, Cass. ss.uu. 28.1.2011, n. 2065; 7.2.2011, n. 2818), come confermato dal disposto del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 112 (Codice del processo amministrativo), che estende l'azione di ottemperanza prevista per le sentenze passate in giudicato agli "altri provvedimenti ad esse equiparati, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della P.A. di conformarsi alla decisione".

6. La decisione del Consiglio di giustizia deve, pertanto, essere confermata.

7. Il ricorso è pertanto rigettato.

La disciplina delle spese (che possono essere in questa sede compensate, atteso il recente mutamento di giurisprudenza della Corte in subiecta materia) segue come da dispositivo.

P.Q.M.

La corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 13 dicembre 2011.

Depositata in Cancelleria il 7 giugno 2012.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA GENERALE - parere 22 febbraio 2011 n. 808

Pres. de Lise, Est. Russo - Oggetto: Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla sig.ra Giacomina Amabili, per l'annullamento del provvedimento del dirigente dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Ascoli Piceno n. 7431 del 15 luglio 2009, di diniego di riconoscimento dell'infermità denunciata come dipendente da causa di servizio.

1. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Esperibilità per controversie concernenti i rapporti di pubblico impiego privatizzato - Sussisteva prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

2. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Esperibilità per controversie rientranti nella giurisdizione dell'A.G.O. ed in particolare concernenti i rapporti di pubblico impiego privatizzato - Non sussiste dopo dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo - Riferimento all'art. 7, comma 8, del Codice.

3. Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Disposizione di cui all'art. 7, comma 8, del Codice del processo amministrativo - Che ritiene ammissibili i ricorsi straordinari solo "per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa" - Inapplicabilità alle controversie instaurate prima dell'entrata in vigore del Codice - Fattispecie in materia di ricorso concernente un rapporto di p.i. privatizzato.

4. Pubblico impiego - Infermità e lesioni - Infortunio *in itinere* - Dipendenza da causa di servizio - Condizioni per il riconoscimento - Individuazione.

5. Pubblico impiego - Infermità e lesioni - Infortunio *in itinere* - Dipendenza da causa di servizio - Incidente automobilistico occorso ad un dipendente nell'itinerario abitazione-ufficio - Diniego di riconoscimento della causa di servizio - Ove: a) il tratto di strada in cui si è verificato l'incidente non rientri nel normale percorso abitazione-ufficio; b) i trasporti pubblici assicurino il collegamento almeno ogni ora; c) l'uso del mezzo proprio non sia stato autorizzato né imposto dall'Amministrazione - Legittimità.

1. Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), la giurisprudenza aveva costantemente affermato la regola secondo cui 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 e comunque anche nelle materie che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, tra cui anche quelle concernenti le controversie aventi ad oggetto atti di gestione del rapporto di impiego privatizzato (1), salve le ipotesi in cui vengano attribuite al giudice ordinario competenze speciali e funzionali (nel qual caso si ritiene che il legislatore abbia voluto escludere il rimedio del ricorso straordinario).

2. A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), il quale in particolare dispone (all'art. 7, comma 8) che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa", deve ritenersi che non sia più proponibile un ricorso straordinario per una controversia rientrante nella giurisdizione dell'A.G.O. ed in particolare per una controversia concernente la materia del pubblico impiego c.d. contrattualizzato (2).

3. L'art. 7, comma 8, del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), secondo cui il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa", ha contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulato (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e quindi ad esso non può attribuirsi una valenza retroattiva. Anche in applicazione del principio desumibile dall'art. 5 del codice di procedura civile (nel testo risultante dall'art. 2 della L. 26 novembre 1990, n. 353) - secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda - deve pertanto ritenersi possibile rendere un parere su di un ricorso straordinario in materia di pubblico impiego privatizzato, ove quest'ultimo sia stato notificato anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice; viceversa, per quelli proposti successivamente a tale data, si deve ritenere senz'altro applicabile l'art. 7, comma 8, c.p.a.

4. L'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* subito dal lavoratore nel percorrere, con un mezzo proprio, la distanza tra la sua abitazione ed il luogo di lavoro, postula: a) la necessità dell'uso del veicolo privato, adoperato dal lavoratore, per il collegamento fra abitazione e luogo di lavoro, considerati i suoi orari di lavoro e quelli dei

pubblici servizi di trasporto; b) la sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso seguito e l'evento, nel senso che tale percorso costituisca, per l'infortunato, quello normale per recarsi al lavoro e per tornare alla propria abitazione; c) la sussistenza di un nesso almeno occasionale tra itinerario seguito e attività lavorativa, nel senso che il primo non sia dal lavoratore percorso per ragioni personali o in orari non collegabili alla seconda (4).

5. E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha negato il riconoscimento della causa di servizio ad un dipendente per un incidente automobilistico che si è verificato durante il tragitto tra l'abitazione e l'ufficio, nel caso in cui risulti che: a) il tratto di strada in cui si è verificato l'incidente non rientri nel normale percorso abitazione-ufficio; b) i trasporti pubblici assicuravano il collegamento almeno ogni ora; c) l'uso del mezzo proprio non era stato autorizzato né imposto dall'Amministrazione. Da ciò deriva che deve considerarsi corretta la motivazione addotta dall'Amministrazione a fondamento del provvedimento di diniego (la P.A., nella specie, aveva negato il riconoscimento perchè "le circostanze di tempo, di modo e di luogo in cui si è verificato l'incidente, escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto *in itinere*") (5).

(1) Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 7, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cdsadgen_1999-06-10.htm; Cons. Stato, Sez. II, 23 giugno 2010, n. 1255/2006.

(2) Nella motivazione del parere in rassegna si ricorda che la relazione illustrativa della recente disposizione di cui all'art. 7, comma 8 cit., precisa che con tale disposizione "è stato altresì chiarito che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa".

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

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

E' stata quindi ritenuta preferibile l'opinione che consente di rendere comunque il parere sul merito dell'affare in trattazione, così come sui ricorsi straordinari in materia di pubblico impiego privatizzato, notificati anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice, in applicazione dei principi desumibili dall'art. 5 c.p.c., mentre per quelli proposti successivamente a tale data si deve ritenere senz'altro applicabile il citato art. 7, comma 8, c.p.a.

(4) Cfr. Cass. Sez. Unite, sentenza n. 12326/2009; v. anche cfr. Cass. n. 995/2007 e Cass. n. 17167/2006.

(5) Ha aggiunto il parere in rassegna che i motivi ai quali aveva fatto riferimento la P.A. nella specie rendevano irrilevante la questione dell'itinerario seguito dalla dipendente.

Documenti correlati:

Sull'infortunio in itinere:

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 11-1-2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/51/ccost_2005-01-11.htm (ritiene infondata la q.l.c. dell'art. 2, terzo comma, del d.P.R. n. 1124 del 1965 e s.m. che disciplina le ipotesi di esclusione dalla copertura assicurativa nel caso di infortunio del lavoratore occorso in itinere).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 25-9-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds6_2006-09-25-2.htm (sui presupposti per il riconoscimento della causa di servizio nel caso di infortunio occorso ad un dipendente pubblico in itinere ed in particolare sulla sufficienza o meno di una mera deviazione rispetto al tragitto ritenuto più breve per negare il riconoscimento stesso).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 17-7-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds6_2006-07-17-2.htm (sui presupposti per il riconoscimento della causa di servizio nel caso di infortunio occorso in itinere ed in particolare sulla possibilità o meno di disporre detto riconoscimento nel caso in cui il dipendente sia "inciampato" accidentalmente nel recarsi al luogo di lavoro).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I, sentenza 13-10-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/tarlazio1_2006-10-13.htm (sui presupposti per il riconoscimento dalla causa di servizio nel caso di infortunio avvenuto in itinere).

Numero 00808/2011 e data 22/02/2011

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Adunanza Generale del 20 gennaio 2011

Gabinetto 00001/2011

NUMERO AFFARE 04520/2010

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla sig.ra Giacomina Amabili, per l'annullamento del provvedimento del dirigente dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Ascoli Piceno n. 7431 del 15 luglio 2009, di diniego di riconoscimento dell'infermità denunciata come dipendente da causa di servizio.

Vista la relazione del 7 ottobre 2010, con la quale il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, direzione risorse umane, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore Consigliere Nicola Russo;

Premesso:

La signora Giacomina Amabili, assistente amministrativo a tempo indeterminato, ha impugnato il provvedimento n. 7431 del 15 luglio 2009 con cui il Dirigente dell'Ufficio Scolastico Provinciale (U.S.P.) di Ascoli Piceno non ha accolto, su conforme parere del Comitato di Verifica delle cause di servizio in data 22 giugno 2009, la richiesta tesa ad ottenere il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle lesioni riportate in seguito ad incidente stradale occorso in data 27 giugno 2006 in località Grottammare, mentre rientrava a casa dopo essere uscita dal lavoro svolto presso il Liceo Scientifico Statale "B. Rosetti" di San Benedetto del Tronto (AP).

Con istanza in data 22 dicembre 2006 la ricorrente ha chiesto il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio. Tale istanza è stata trasmessa, a cura del competente dirigente scolastico, alla Commissione Medica Periferica di Verifica di Ascoli Piceno, che, con verbale n. 331 ICS del 27 marzo 2007, ha giudicato l'infermità "N.C." (non classificabile). Il fascicolo è stato poi inviato per il prescritto parere circa il nesso di causalità tra il servizio prestato e l'infermità riscontrata, al Comitato di Verifica per le cause di servizio in Roma, che, nell'adunanza n. 349/11/2008, ha chiesto un rapporto dettagliato sulle circostanze di tempo, modo e luogo in cui si verificò l'incidente.

Il Dirigente dell'U.S.P. di Ascoli Piceno ha, quindi, acquisito un nuovo rapporto informativo dal dirigente del Liceo Scientifico "Rosetti" di San Benedetto del Tronto, che ha dichiarato, fra l'altro, che "...il tratto di strada in cui si è verificato l'infortunio NON rientra nel percorso abitazione-ufficio secondo quanto risulta dagli atti".

Il predetto Comitato di Verifica, acquisiti gli atti, con parere espresso nell'adunanza n. 296/2009 del 22 giugno 2009, ha

deliberato che l'infermità denunciata "NON può riconoscersi dipendente da fatti di servizio", in quanto le circostanze di tempo, modo e luogo in cui si è verificato l'incidente escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto *in itinere*. Il Dirigente dell'U.S.P. di Ascoli Piceno, conformandosi al citato parere, con atto prot. n. 7431 del 15 luglio 2009, non ha, quindi, accolto la richiesta della signora Amabili.

A fondamento dell'impugnativa la ricorrente deduce che "nell'istanza di riconoscimento del 22.12.2006 - ... *mea culpa* - non ho menzionato di essere stata domiciliata stabilmente in Via Cairoli in quel periodo, ho citato soltanto la mia nuova residenza (per disattenzione o superficialità credo...poiché tutti a scuola sapevano ...che ero ospite stabilmente da mia madre, con mio marito e mio figlio, a causa delle disavventure legate alla realizzazione della mia nuova abitazione!)".

A riprova di tali asserite circostanze di fatto la ricorrente deposita la dichiarazione testimoniale in data 9 dicembre 2009 del signor Angelo Ciarimboli, amministratore del condominio di Via Cairoli n. 65 in Grottammare, affermando che, di fronte a tale comprovata situazione, non possa essere negata la correlazione causale e possa ritenersi dimostrato che l'infortunio è avvenuto in itinere.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso straordinario, in quanto attinente a materia che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

La Sezione, nell'adunanza del 17 novembre 2010, ha ritenuto di dover rimettere il ricorso all'Adunanza generale del Consiglio di Stato.

Considerato:

Nell'ordine logico deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Ministero referente, ad avviso del quale il gravame sarebbe inammissibile in quanto la controversia rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

In proposito, occorre premettere che la giurisprudenza ha costantemente affermato la regola secondo cui 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 e comunque anche nelle materie che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, tra cui, appunto, quelle concernenti le controversie, come quelle in esame, aventi ad oggetto atti di gestione del rapporto di impiego privatizzato (cfr. Cons. St., Ad. gen., 10 giugno 1999, n. 7; Cons. St. Sez. II, 23 giugno 2010, n. 1255/2006), salve le ipotesi in cui vengano attribuite al giudice ordinario competenze speciali e funzionali, nel qual caso si ritiene che il legislatore abbia voluto escludere il rimedio del ricorso straordinario.

Tuttavia, al fine della soluzione della questione prospettata con l'eccezione di inammissibilità occorre prendere in considerazione la norma sopravvenuta di cui al comma 8 dell'art. 7 del nuovo codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), entrata in vigore dal 16 settembre 2010, la quale stabilisce che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa".

La questione di diritto che si pone, dunque, all'attenzione dell'interprete è quella di stabilire se tale norma si applichi anche ai ricorsi straordinari, come quello in esame - vertente nella materia del pubblico impiego c.d. contrattualizzato - proposti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, oppure si applichi solo a quelli proposti successivamente a tale data.

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

Ritiene, tuttavia, la Sezione, che seppure l'espressione utilizzata nella relazione al codice del processo amministrativo possa far pensare ad un carattere interpretativo della norma, debba invece ritenersi che la norma medesima abbia contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e che quindi ad essa non possa attribuirsi una valenza retroattiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'eccezione di inammissibilità spiegata dal Ministero dell'istruzione va, pertanto, disattesa.

3. Occorre, perciò, passare ad esaminare il merito dell'affare in trattazione.

Il provvedimento impugnato, prot. n. 7431 del 15 luglio 2009, nega il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio sulla base del parere espresso dal Comitato di Verifica per le cause di servizio n. 296 del 22 giugno 2009, il quale ha ritenuto di non riconoscere l'infermità denunciata dalla docente in quanto "le circostanze di tempo, di modo e di luogo in cui si è verificato l'incidente, escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto in itinere".

La giurisprudenza della Cassazione (si veda Cass. n. 5063/2000 e Cass. n. 9099/1994), ritiene in proposito che l'indennizzabilità dell'infortunio in itinere subito dal lavoratore nel percorrere, con un mezzo proprio, la distanza tra la sua abitazione ed il luogo di lavoro postuli:

- a) la necessità dell'uso del veicolo privato, adoperato dal lavoratore, per il collegamento fra abitazione e luogo di lavoro, considerati i suoi orari di lavoro e quelli dei pubblici servizi di trasporto;
- b) la sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso seguito e l'evento, nel senso che tale percorso costituisca, per l'infortunato, quello normale per recarsi al lavoro e per tornare alla propria abitazione;
- c) la sussistenza di un nesso almeno occasionale tra itinerario seguito e attività lavorativa, nel senso che il primo non sia dal lavoratore percorso per ragioni personali o in orari non collegabili alla seconda.

Sulla base della legislazione infortunistica (cfr. art. 13 D. Lgs. n. 38/2000, che prevede che "l'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo privato, purché necessitato"), la Cassazione si è più volte pronunciata negando l'indennizzabilità dell'infortunio quando non sia dimostrata la "necessità" dell'uso del mezzo privato di trasporto per raggiungere il posto di lavoro (cfr. Cass. n. 995/2007, che ha escluso la indennizzabilità dell'infortunio poiché il risparmio di quaranta minuti che la lavoratrice conseguiva con l'uso del mezzo privato configura solo "una mera comodità personale, trattandosi di differenza di tempo di entità modesta e sicuramente tollerabile"; Cass. n. 17167/2006 nega l'indennizzabilità dell'infortunio in itinere partendo dalla considerazione che il risparmio di tempo di circa 25 minuti per ogni viaggio - si trattava di una lavoratrice part/time con orario variato di mese in mese - non era da considerare "gravoso in relazione alle comuni esigenze di vita familiare").

Con la sentenza n. 12326/2009 la Corte di Cassazione, tornando a pronunciarsi in materia di indennizzabilità degli infortuni in itinere, ha ribadito che l'infortunio in itinere è indennizzabile anche nell'ipotesi in cui il lavoratore sia tornato a casa per la pausa pranzo, usufruendo di un mezzo proprio, purché l'uso del mezzo proprio sia giustificato dalla mancanza di mezzi di trasporto pubblici, ovvero dalla mancanza di una mensa aziendale.

Tanto premesso, e venendo ad esaminare il caso di specie, dalla documentazione versata in atti (v., in particolare, nota prot. n. 4423 del 6 aprile 2009, a firma del dirigente scolastico del liceo ove presta servizio la ricorrente), emerge che il tratto di strada in cui si è verificato l'incidente non rientra nel normale percorso abitazione-ufficio (punto 1), che i trasporti pubblici assicuravano il collegamento almeno ogni ora (punto 5) e che l'uso del mezzo proprio non era stato autorizzato né imposto dall'amministrazione (punto 6). Da ciò consegue, dunque, che deve considerarsi corretta la motivazione addotta dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di diniego impugnato ("le circostanze di tempo, di modo e di luogo in cui si è verificato l'incidente, escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto in itinere").

Alla stregua dell'indirizzo sopra riportato della Cassazione il ricorso non può, quindi, essere accolto, in quanto l'uso del mezzo proprio non solo non era stato autorizzato, ma lo stesso non poteva ritenersi necessitato, stante la presenza di mezzi pubblici di trasporto.

Le argomentazioni sopra esposte finiscono, a ben vedere, con il rendere irrilevante la questione dell'itinerario seguito dalla dipendente.

A tale riguardo, si deve solamente aggiungere che la circostanza dedotta a fondamento del ricorso straordinario in questione, vale a dire l'essersi la ricorrente da tempo trasferita stabilmente assieme con la famiglia nell'abitazione della madre, come dalla medesima ammesso, non solo non è stata comunicata formalmente all'Amministrazione scolastica, come, invece, sarebbe stato obbligo dell'interessata, ma ciò non è avvenuto nemmeno nell'istanza di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, per cui del tutto correttamente l'Amministrazione non ne ha tenuto conto, sia in sede di istruttoria, che in sede di emanazione del provvedimento definitivo di diniego.

In conclusione, si esprime il parere che il ricorso debba essere respinto in quanto privo di fondamento.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto.

IL PRESIDENTE

Pasquale de Lise

L'ESTENSORE

Nicola Russo

IL SEGRETARIO

Mario Luigi Torsello

SOGGETTI LEGITTIMATI A CHIEDERE LA TRASPOSIZIONE DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

Giur. merito, fasc.4, 2012, pag. 958

Francesco Buscicchio - Avvocato

Classificazioni: RICORSI AMMINISTRATIVI - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - - trasferimento e trasposizione in sede giurisdizionale e opposizione

Sommario:1. Premessa — 2. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo la l. n. 69 del 2009 e il c.p.a. — 3. L'istituto della trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario — 4. La trasposizione ad opera dei cointeressati e la soluzione adottata dal Tar Friuli Venezia Giulia alla luce del Codice del processo amministrativo — 5. Note critiche.

1. PREMESSA

Con la sentenza 27 giugno 2011, n. 321, il Tar Friuli Venezia Giulia si è espresso negativamente sulla possibilità di riconoscere ai cointeressati la facoltà di richiedere la trasposizione in sede processuale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: il Collegio, infatti, esercitando i poteri *ex officio* previsti dall'art. 73 c.p.a. (1), ha dapprima prospettato e, successivamente, confermato, l'inammissibilità dell'opposizione (ovvero la richiesta di trattazione del rimedio giustiziale davanti al giudice amministrativo) proposta da un mero cointeressato, *id est* da un soggetto titolare di un interesse non di segno opposto, bensì sostanzialmente identico a quello del ricorrente.

A fondamento della declaratoria d'inammissibilità, il Tar Friuli Venezia Giulia ha addotto non solo la mancata menzione della categoria dei «cointeressati» nell'art. 10 comma 1 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (2), ma anche l'espressa abrogazione, da parte del codice del processo amministrativo, dell'art. 34 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (3), disposizione che consentiva anche ai portatori di interessi omologhi a quelli del ricorrente principale di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario.

La decisione *de qua*, pertanto, è una delle prime sentenze del G.A. ad affrontare l'incidenza del nuovo codice del processo amministrativo sulla delimitazione del novero dei soggetti legittimati a proporre la richiesta di trasposizione: al fine di comprendere appieno la *ratio* della sentenza in commento, è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, non solo sull'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma anche su quello dei c.d. cointeressati.

2. IL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA DOPO LA L. N. 69 DEL 2009 E IL C.P.A.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (4), tradizionalmente annoverato, al pari del ricorso in opposizione e di quello gerarchico, tra i c.d. ricorsi amministrativi (5), trae origine dalle prerogative attribuite al Re nelle monarchie assolute: il sovrano, collocato al vertice della gerarchia costituzionale, nell'esercizio della propria funzione di moderatore e custode del diritto (6), aveva infatti il potere di ristabilire la legalità violata, correggendo eventuali illegittimità poste in essere dagli organi dell'amministrazione statale.

Recepito dallo Stato unitario e sopravvissuto alla definitiva emersione della giurisdizione amministrativa ed al successivo avvento della Costituzione repubblicana, il ricorso straordinario ha costituito un valido rimedio alternativo al processo amministrativo, anche a cagione dei limitati costi (7) e del carattere meramente facoltativo dell'assistenza tecnica.

Organicamente disciplinato dagli artt. 8-15 d.P.R. n. 1199 del 1971, il ricorso straordinario consente ai consociati di impugnare, per motivi di legittimità, atti amministrativi definitivi (8), al fine di tutelare i propri diritti (entro i limiti fissati dall'art. 7 comma 8 c.p.a.) ed interessi legittimi; come si vedrà in seguito, una peculiare caratteristica del prefato rimedio è rappresentata dal suo carattere alternativo rispetto allo strumento giurisdizionale, la cui *ratio* viene individuata nella necessità di evitare pronunce contrastanti (seppur rese in sedi diverse) da parte del Consiglio di Stato.

I dubbi relativi alla compatibilità del ricorso straordinario con gli artt. 24 e 113 Cost. sono stati fugati da un'importante sentenza della Consulta (9), la quale ha evidenziato che l'attribuzione al privato della facoltà di scegliere liberamente tra l'ordinario ricorso all'autorità giudiziaria ed il rimedio straordinario esclude possibili profili di illegittimità costituzionale di quest'ultimo.

Da sempre dottrina e giurisprudenza s'interrogano sulla natura, amministrativa ovvero giurisdizionale, del ricorso straordinario (10): tale problematica, lungi dall'essere meramente teorica, porta seco alcuni corollari applicativi di primaria importanza quali, ad esempio, la possibilità di adire il giudice dell'ottemperanza in caso di inadempimento del decreto presidenziale o, ancora, quella di sollevare questione di legittimità costituzionale all'interno della procedura straordinaria.

È innegabile che il ricorso straordinario presenti alcune caratteristiche tipiche degli strumenti giurisdizionali: ci si riferisce, in particolare, all'operatività del principio del contraddittorio ed alla possibilità di chiedere la revocazione, mezzo d'impugnazione a carattere eccezionale, proponibile avverso i provvedimenti di natura giurisdizionale (11). Da tali elementi, suffragati da un importante arresto della Corte di giustizia (12) relativo alla c.d. pregiudiziale comunitaria, parte della giurisprudenza amministrativa ha dedotto il carattere giurisdizionale del rimedio *de quo*, prospettando anche per esso l'esperibilità del giudizio di ottemperanza (13).

La giurisprudenza costituzionale (14) ha invece sempre sostenuto la tesi della natura amministrativa del ricorso straordinario, valorizzando principalmente la posizione di preminenza dell'amministrazione, non vincolata dal parere reso dal Consiglio di Stato: ai sensi del previgente testo dell'art. 14 d.P.R. n. 1199 del 1971, infatti, l'organo ministeriale poteva discostarsi dall'atto emanato dal giudice amministrativo in sede consultiva, sottoponendo l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Sulla questione è intervenuto il Legislatore il quale, mediante la l. n. 69 del 2009 ed il nuovo Codice del processo amministrativo, sembra aver optato per la natura giurisdizionale del ricorso straordinario: in particolare, l'art. 69 della novella del 2009 ha modificato il testo dell'art. 14 d.P.R. n. 1199 del 1971, rendendo definitivamente vincolante per l'autorità ministeriale il parere del Consiglio di Stato; come sottolineato dalla dottrina (15), il *novum* legislativo ha trasformato i poteri decisorii originariamente attribuiti al Ministro in meri adempimenti di natura formale.

Un'ulteriore innovazione apportata dalla l. n. 69 del 2009 è rappresentata dall'attribuzione (avvenuta attraverso la riscrittura dell'art. 13 d.P.R. n. 1199 del 1971) al Consiglio di Stato del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta: tale scelta, secondo alcuni Autori (16) sintomatica dell'intento legislativo di conferire definitiva natura giurisdizionale al ricorso straordinario, ha tuttavia destato alcune perplessità, relative soprattutto all'avvenuta individuazione, mediante una legge ordinaria, di un nuovo giudice *a quo*, legittimato pertanto ad invocare l'intervento della Corte costituzionale (17).

La riforma del 2009, da molti salutata come un opportuno adeguamento dell'ordinamento italiano ai principi della CEDU (18) e come il completamento dell'evoluzione del ricorso straordinario sotto il profilo giuridico (19), ha trovato conferma nel codice del processo amministrativo il quale, attraverso due importanti disposizioni, ha confermato la natura giurisdizionale del rimedio in questione.

Un primo indizio dell'ormai avvenuto processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario è infatti rappresentato dal *dictum* dell'art. 7 c.p.a. (20), disposizione che, come noto, funge da cardine in materia di giurisdizione amministrativa: l'ultimo comma della suddetta norma stabilisce che il rimedio contemplato dagli artt. 8-15 d.P.R. n. 1199 del 1971 «è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa». Come sottolineato dalla dottrina, la scelta del Codice risulta coerente con la nuova natura del ricorso straordinario: infatti, essendo ormai il parere reso dal Consiglio di Stato un'esplicazione, in forma semplificata, della giurisdizione amministrativa, esso non può andare al di là dei confini tracciati dall'art. 103 Cost. (21); su tale questione si è recentemente espressa l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato la quale, nel riconoscere la natura innovativa (e non meramente interpretativa) dell'art. 7 comma 8 c.p.a., ne ha conseguentemente stabilito la portata non retroattiva (22).

Un ulteriore segnale a favore della definitiva acquisizione del carattere giurisdizionale del ricorso straordinario è peraltro desumibile dalla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza: in passato, infatti, la giurisprudenza (23) aveva negato l'applicabilità di tale rito alle decisioni rese in sede straordinaria, valorizzando soprattutto la circostanza che, nella complessa architettura del procedimento, vero soggetto protagonista risultava essere l'autorità amministrativa, non vincolata in modo assoluto dal parere espresso dal Consiglio di Stato.

Secondo tale approccio ermeneutico, pertanto, risultava decisiva l'assenza di un fondamentale requisito, tipico dei meccanismi giurisdizionali, rappresentato dalla preminenza (e non dalla semplice presenza) di un giudice terzo ed imparziale, come richiesto dagli artt. 111 e 101 Cost.: tale orientamento è stato criticato da parte della dottrina (24), la quale ne ha evidenziato la contrarietà rispetto alle posizioni assunte dalla Corte di giustizia e dalla Corte di Strasburgo (25). Quest'ultima, in particolare, è da lungo tempo orientata a riconoscere, ai fini dell'ottemperanza, la natura irrevocabile del provvedimento, anche ove esso provenga da organi non giurisdizionali: secondo tale canone ermeneutico, pertanto, il decreto del Presidente della Repubblica, reso in sede straordinaria, rientrava nel novero delle decisioni eseguibili coattivamente già anteriormente alla novella del 2009.

Il Codice del processo amministrativo, seguendo il percorso tracciato dalla l. n. 69 del 2009, ha definitivamente risolto la questione, seppur con qualche ambiguità terminologica: l'art. 112 c.p.a., infatti, nel consentire l'azione di ottemperanza per un'ampia gamma di provvedimenti *judicial* o *quasi judicial*, non menziona espressamente l'atto con cui viene deciso il ricorso straordinario, lasciando, di fatto, all'interprete il compito di stabilire se esso sia ottemperabile ai sensi della lettera *b*) ovvero della lettera *d*) del secondo comma (26).

La questione non ha carattere puramente teorico, in quanto dalla sua soluzione deriva l'individuazione del giudice funzionalmente competente per il giudizio di ottemperanza: il primo comma dell'art. 113 c.p.a., infatti, stabilisce che, nell'ipotesi *sub b*) di cui all'art. 112, il ricorso va proposto al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta (nel caso del ricorso straordinario, pertanto, si tratterebbe del Consiglio di Stato); viceversa, nei casi contemplati dall'art. 112 comma 2, lett. *d*), il capoverso dell'art. 113 c.p.a. attribuisce la competenza al Tar nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza.

A fronte di un orientamento dottrinario favorevole a tale ultima soluzione (27), le Sezioni unite della Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato (28), con due sentenze quasi coeve, nel ribadire il carattere ormai definitivamente giurisdizionale del ricorso straordinario, ne hanno ammesso l'ottemperabilità: in particolare, la Corte di Cassazione, dopo aver analiticamente ricostruito il percorso evolutivo dell'istituto, ha stabilito che la decisione che ne rappresenta il momento conclusivo va

sussunta *sub* lettera *b*) del secondo comma dell'art. 112 c.p.a., al pari delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti di natura esecutiva del giudice amministrativo.

Tale «mutazione genetica» del ricorso straordinario, seppur lodevole, presenta, tuttavia, alcune ombre: in primo luogo, in sede di commento (29) alle recenti modifiche legislative è stato posto l'accento sulla necessità di implementare ulteriormente le garanzie del ricorrente, ammettendo, ad esempio, la discussione orale innanzi al Consiglio di Stato; in secondo luogo, va evidenziato che il ricorso straordinario, assumendo natura giurisdizionale, ha perso una delle peculiarità che ne avevano determinato il successo: ci si riferisce alla sua sostanziale gratuità (30), atteso che la l. n. 111 del 2011 ha previsto per esso, al pari del processo amministrativo, la disciplina del contributo unificato (31).

3. L'ISTITUTO DELLA TRASPOSIZIONE IN SEDE GIURISDIZIONALE DEL RICORSO STRAORDINARIO

Un'ulteriore modifica apportata dal Codice del processo amministrativo, anch'essa rivelatrice dell'anima ormai giurisdizionale del ricorso straordinario, riguarda l'istituto della trasposizione di quest'ultimo in sede processuale: tuttavia, prima di affrontare le recenti novità legislative, è opportuno un breve *excursus* storico.

Come noto, il meccanismo della trasposizione rappresenta un corollario della regola dell'alternatività tra ricorso straordinario e processo amministrativo, riassunta nel brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*: funzione dell'alternatività è di consentire che, avverso il medesimo atto amministrativo, sia conseguibile una sola forma di tutela, non cumulabile con altri rimedi (32).

Dal punto di vista storico, il rapporto di alternatività tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario trae fondamento dal riscontro di alcune carenze di quest'ultimo e dalla conseguente istituzione, nel 1889, della IV Sezione del Consiglio di Stato (33): la dottrina si è interrogata sulla *ratio* giustificatrice di tale regola, individuandola nella necessità di evitare due pronunce discordanti sul medesimo atto (34), sottolineando, peraltro, come essa si esprima attraverso il congiunto operare degli artt. 8 e 10 d.P.R. n. 1199 del 1971 (35).

Il capoverso dell'art. 8, infatti, stabilisce che la proposizione, avverso il medesimo provvedimento, del ricorso giurisdizionale prima di quello straordinario, determina l'inammissibilità di quest'ultimo: nel silenzio della legge, la regola inversa è stata affermata unanimemente e costantemente dalla giurisprudenza amministrativa (36). Come evidenziato in precedenza, anche l'ultimo comma dell'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971 esprime la regola dell'alternatività, consentendo di impugnare — in sede giurisdizionale — la decisione del ricorso straordinario solo per vizi di forma o di procedimento: la ragione giustificatrice di tale disposizione va rinvenuta nell'esigenza di tutelare fino in fondo la scelta del rimedio giustiziale, evitando decisioni che risultino il frutto di violazioni procedurali (37).

Il principio di alternatività, come sottolineato da autorevole dottrina (38), risulta in realtà «temperato», stante la preferenza, espressa dal Legislatore, per la sede giurisdizionale: infatti, a norma dell'art. 10 comma 1 d.P.R. n. 1199 del 1971, i controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono proporre opposizione, chiedendo che il ricorso sia deciso attraverso la celebrazione di un ordinario processo amministrativo.

L'atto di opposizione, il quale ha la funzione di «esprimere il dissenso dell'opponente in ordine alla definizione della lite nella sede straordinaria» (39), ove ritualmente esperito, determina l'estinzione della procedura amministrativa, consentendo la rimessione in termini dell'originario ricorrente, sul quale incomberà l'onere di riassumere il giudizio in sede processuale, secondo le modalità indicate dall'art. 10 comma 1 d.P.R. n. 1199 del 1971.

L'art. 48 c.p.a., norma — ponte tra il d.P.R. n. 1199 del 1971 ed il d.lg. n. 104 del 2010 (40), nel coordinare il *dictum* dei suddetti testi normativi, non si limita a disciplinare il giudizio successivo alla trasposizione: esso, infatti, pone anche in rilievo la nuova natura giurisdizionale del ricorso straordinario, sia riproponendo la terminologia adoperata dall'art. 16 comma 2 c.p.a. in materia di *translatio iudicii*, sia considerando le problematiche relative all'opposizione come questioni intrinseche alla giurisdizione amministrativa. Tale ultimo profilo risulta evincibile dai commi 2 e 3 dell'art. 48 c.p.a., disciplinanti, rispettivamente, l'efficacia delle misure cautelari rese in sede straordinaria e l'ipotesi della declaratoria d'inammissibilità dell'opposizione, con conseguente restituzione del fascicolo (da parte del Tar) per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria (41).

Come sottolineato dai primi commentatori (42), l'art. 48 c.p.a., nel valorizzare l'anima giurisdizionale del ricorso straordinario, ha attuato il principio di parità delle parti, consentendo l'opposizione anche all'amministrazione statale, precedentemente esclusa dalla Consulta con la sentenza 9 luglio 1982, n. 148 (43): la natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, infatti, ha ormai dequotato il ruolo dell'amministrazione, rimuovendo le ragioni che inducevano a considerare quest'ultima non legittimata a chiedere la trasposizione del ricorso dalla sede straordinaria a quella processuale (44).

4. LA TRASPOSIZIONE AD OPERA DEI COINTERESSATI E LA SOLUZIONE ADOTTATA DAL TAR FRIULI ALLA LUCE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Ben più peculiare, all'interno del giudizio instaurato con il ricorso straordinario, è la posizione dei c.d. cointeressati: quest'ultimi, rientranti nel novero delle parti non necessarie del processo amministrativo, possono essere definiti quali «soggetti che hanno un interesse identico o analogo a quello del ricorrente e che potrebbero quindi impugnare il provvedimento in quanto direttamente lesivo anche nei loro confronti» (45).

L'entrata in vigore del d.P.R. n. 1199 del 1971 ha generato non pochi dubbi in dottrina e giurisprudenza in relazione

all'operatività, nei confronti dei cointeressati, della regola dell'alternatività e della conseguente possibilità, per quest'ultimi, di opporsi al ricorso straordinario, chiedendo la trasposizione del giudizio dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale. Originariamente, infatti, il terzo comma dell'art. 34 r.d. n. 1054 del 1924, nel disciplinare i rapporti tra i due rimedi, prendeva espressamente in considerazione la posizione dei soli cointeressati, attribuendo loro, in caso di proposizione del ricorso straordinario, la possibilità di chiedere la *transpositio* del giudizio innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa (46): il fondamento di tale disposizione è stato rinvenuto nella volontà di concentrare il più possibile le impugnative proposte da più soggetti avverso un medesimo atto inscindibile (47), evitando, di conseguenza, interventi contrastanti del Consiglio di Stato (in sede processuale ed in sede consultiva) e così garantendo il corretto esercizio della funzione giurisdizionale (48).

La dottrina (49) ha rilevato che l'entrata in vigore del d.P.R. n. 1199 del 1971 ha ridotto il campo d'azione del principio di alternatività, atteso che l'art. 8 del suddetto testo normativo ne limita l'operatività al solo ricorrente, non contemplando più i cointeressati: di conseguenza, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sull'opportunità di applicare — nonostante il silenzio legislativo — tale regola anche ai portatori di interessi omologhi a quelli del ricorrente, propendendo, tuttavia, per la soluzione negativa (50).

Altrettante divisioni ha generato la questione afferente alla possibilità di riconoscere ai cointeressati la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale: la tesi maggioritaria (51), coerentemente con quanto già statuito in tema di alternatività, ha affermato che il meccanismo delineato dall'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971 è riservato esclusivamente ai soli controinteressati, risultando di guisa precluso ai meri cointeressati.

A sostegno di tale approccio ermeneutico deponono diverse ragioni giustificatrici: *in primis*, la giurisprudenza ha costantemente affermato che riconoscere ai cointeressati la facoltà di chiedere la trasposizione consentirebbe loro di poter strumentalizzarne tale istituto, utilizzandolo quale mezzo improprio ed elusivo per rimediare all'ipotesi in cui sia spirato il termine decadenziale per proporre ricorso in sede giurisdizionale.

In secondo luogo, la medesima giurisprudenza, conformemente alla prevalente opinione dottrinale (52), ha ritenuto abrogato, per sopravvenuta incompatibilità con il testo legislativo del 1971, il comma 3 dell'art. 34 Testo unico sulle leggi del Consiglio di Stato, disposizione che fungeva da supporto normativo alla trasposizione ad opera dei cointeressati.

Sul punto, parte della dottrina (53) ha altresì sostenuto la tesi di segno opposto, giudicando pienamente compatibile il d.P.R. n. 1199 del 1971 con l'art. 34 comma 3 r.d. n. 1054 del 1924: in particolare, è stato rilevato che la Corte costituzionale, con la sentenza 1 febbraio 1964, n. 1, nel dichiarare l'illegittimità dei commi secondo e terzo della norma *de qua*, aveva integrato tali disposizioni, estendendo il loro campo di applicazione anche ai controinteressati; il d.P.R. n. 1199 del 1971, nel tutelare espressamente soltanto quest'ultimi, avrebbe semplicemente ripristinato l'originaria portata dell'art. 34 Testo unico del 1924, il cui scopo (evitare due pronunce di segno opposto sul medesimo provvedimento) non sarebbe stato in conflitto con lo *ius superveniens*.

L'incertezza sulla sopravvivenza o meno dell'art. 34 risulta evidente dalla circostanza che anche la giurisprudenza contraria alla trasposizione da parte dei cointeressati, pur aderendo alla tesi dell'ormai avvenuta abrogazione di tale norma, ha comunque delineato gli scenari derivanti dall'ipotesi di segno contrario, attribuendo ai titolari di interessi omologhi a quelli del ricorrente la possibilità di chiedere la *transpositio* in pendenza del termine decadenziale per proporre ricorso giurisdizionale (54), ovvero, secondo un differente approccio ermeneutico, nel termine di quindici giorni indicato dall'art. 34 r.d. n. 1054 del 1924 (55).

Con la sentenza in commento, il Tar Friuli Venezia Giulia ha affrontato tale problematica, dichiarando inammissibile la trasposizione richiesta da un soggetto che, essendo titolare del medesimo interesse del ricorrente principale all'annullamento del provvedimento impugnato, risultava essere un mero cointeressato.

Il Giudice di prime cure, dopo aver ricostruito dal punto di vista storico — sistematico la tematica della proponibilità dell'opposizione da parte dei cointeressati, ha risolto la controversia facendo governo delle rilevanti novità introdotte *in subiecta materia* dal codice del processo amministrativo: il d.lg. n. 104 del 2010, infatti, nel tentativo di rendere il più possibile piena ed effettiva la tutela giurisdizionale, ha realizzato un'opportuna opera di riordino e chiarificazione normativa, cassando una pluralità di norme, stratificatesi nel tempo ed ormai superate dalla sopravvenuta codificazione.

Tra di esse, l'Allegato 4) c.p.a ha abrogato anche l'art. 34 r.d. n. 1054 del 1924, eliminando definitivamente i residui dubbi sulla sopravvivenza di tale norma anche dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 1199 del 1971: tale circostanza, ritenuta decisiva dal Tar Friuli Venezia Giulia, ha pertanto indotto il Collegio a dichiarare inammissibile la richiesta di trasposizione proposta da un soggetto qualificato come «*cointeressato*» atteso che, rispetto alla suddetta categoria, tale facoltà risulta non essere più contemplata dall'ordinamento.

Conseguentemente, il Tribunale amministrativo, applicando gli artt. 48 comma 3 c.p.a. e 10 comma 2 d.P.R. n. 1199 del 1971, ha disposto la restituzione del fascicolo alla competente autorità ministeriale per l'esecuzione degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge.

5. NOTE CRITICHE

La vicenda processuale testé descritta, ineccepibilmente trattata dal Tar Friuli Venezia Giulia, consente di tracciare un primo bilancio, invero non scevro da alcune ombre, sul «nuovo» ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la cui

giurisdizionalizzazione ha fornito al privato maggiori possibilità di tutela rispetto al passato (56).

Tale profilo, certamente meritorio e conforme a quel diritto europeo cui espressamente rinvia l'art. 1 c.p.a., non deve tuttavia porre in secondo piano alcune problematiche che, paradossalmente, derivano dalla nuova natura del ricorso proposto al Capo dello Stato: ci si riferisce, in particolare, al principio della ragionevole durata del processo (57), la cui potenziale incompatibilità con il ricorso straordinario (cui è ormai applicabile) è paradigmaticamente evincibile dal caso affrontato dal Tar Friuli Venezia Giulia.

Dall'analisi della sentenza in commento, infatti, emerge come la richiesta di trasposizione, ove ritenuta inammissibile dal giudice amministrativo, determini (*ex art. 48 comma 3 c.p.a.*) la restituzione del fascicolo per la prosecuzione della controversia in sede straordinaria: tale meccanismo, seppur lodevolmente volto a coordinare i due rimedi, determina un'inevitabile dilatazione dei tempi (di per sé già non brevi) del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

A parere di chi scrive, tale esempio dimostra che l'odierna fattispecie della trasposizione, operante ormai da un rimedio «giurisdizionale» ad un altro, ha perso la propria originaria vocazione: essa, infatti, garantiva ai soggetti diversi dal ricorrente la possibilità di accedere alle garanzie fornite dal processo amministrativo, in una prospettiva nitidamente gerarchizzata in cui, ai fini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei consociati di fronte alla P.A., il ricorso straordinario costituiva un *minus* rispetto a quello giurisdizionale.

È anche vero che il ricorso straordinario, pur avendo assunto «natura» giurisdizionale, non ha ancora acquisito fino in fondo la «struttura» tipica dello *ius dicere*: il procedimento disciplinato dagli artt. 8-15 d.P.R. n. 1199 del 1971, infatti, è tuttora privo di alcuni tratti somatici tipici del processo, quali, ad esempio, la possibilità di discutere oralmente la causa innanzi al Consiglio di Stato e, soprattutto, l'operatività del principio del doppio grado di giudizio (58).

De iure condendo, un'utile soluzione, volta a garantire appieno la celerità dei giudizi (e, pertanto, il rispetto del principio del giusto processo), potrebbe essere rappresentata dalla definitiva eliminazione dell'istituto della trasposizione: in sostanza, il privato potrebbe liberamente optare tra due rimedi i quali, pur essendo entrambi giurisdizionali, risulterebbero sostanzialmente diversi: l'uno (il processo amministrativo), caratterizzato da un'ampia gamma di tutele e dal principio di atipicità delle azioni, l'altro (il ricorso straordinario), sorretto da una logica meramente impugnatoria, tipica dei giudizi amministrativi anteriori allo storico arresto n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(1) Il comma 3 dell'art. 73 c.p.a. stabilisce che «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie».

(2) Il primo alinea dell'art. 10 comma 1 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, stabilisce che «i controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale».

(3) L'art. 34 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, disciplinava il rapporto tra il ricorso giurisdizionale e quello proposto in sede straordinaria, sancendo la regola dell'alternatività tra i due rimedi: il comma 3 dell'art. 34 prendeva espressamente in considerazione la posizione dei cointeressati, stabilendo che «Tuttavia quando il provvedimento si riferisce direttamente ad altri interessati, il ricorso al Presidente della Repubblica non può essere proposto se non siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale; ovvero quando nessuno degli interessati abbia dichiarato, entro quindici giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso al Presidente della Repubblica, di fare opposizione. In caso contrario il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale».

(4) La letteratura sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è molto ampia. Si vedano, a titolo meramente esemplificativo: De Roberto - Tonini, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; Ferrari, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato Cassese*, V, Milano, 2003, 4147; Chevallard, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1040; Bachelet, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario*, in *Giur. cost.*, 1964, 3; Paleologo, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; Travi, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 421.

(5) Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 141, definisce i ricorsi amministrativi quali «rimedi giuridici, diretti a un'autorità amministrativa per ottenere da essa l'annullamento di un provvedimento amministrativo, o la sua riforma, nel caso del ricorso gerarchico e del ricorso in opposizione».

(6) Landi - Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1974, 670. Gli stessi Autori ricordano che il ricorso straordinario trae la propria origine dalle funzioni di giustizia ritenuta del sovrano assoluto.

(7) Sottolineano tale profilo De Roberto - Tonini, cit., 222. Tuttavia, come si vedrà in seguito, tale caratteristica è venuta meno con la l. 15 luglio 2011, n. 111.

(8) Sulla nozione di atto definitivo, v. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 943 ss.

(9) C. cost., 15 giugno 1966, n. 78, in www.cortecostituzionale.it.

(10) Sul punto, v. Pignatelli, *Sulla «natura» del ricorso straordinario*, in Garofoli, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009, 119 ss.; Garofoli - Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1685 ss.; Quinto, *Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm. Tar*, 2010, VII-VIII, 2720 ss.

(11) Pignatelli, cit., 121.

(12) C. giust. CE 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96.

(13) Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934. Sul punto, v. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 97 ss.

- (14) C. cost. 19-31 dicembre 1986, n. 298, in www.cortecostituzionale.it; C. cost. 8-21 luglio 2004, n. 254, in www.cortecostituzionale.it. Sul punto, cfr. Pignatelli, cit., 127 ss.
- (15) Travi, Lezioni, 161. Lo stesso Autore, tuttavia, afferma che «nonostante le modifiche recenti, il ricorso straordinario si colloca in tutti i sensi fra i rimedi amministrativi».
- (16) Pignatelli, cit., 133, sottolinea il rapporto di consequenzialità tra la riscrittura dell'art. 14 e quella dell'art. 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.
- (17) Pignatelli, cit., 137 ss.
- (18) Maruotti, Commento al libro primo, in Leone - Maruotti - Saltelli, Codice del processo amministrativo, Padova, 2010, 35; Quinto, L'onerosità del ricorso: il prezzo per la giurisdizionalizzazione, in Foro amm. Tar, 2011, VII-VIII, 2636 ss.; Carbone, La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela, in www.giustizia-amministrativa.it, propende per il carattere retroattivo degli effetti derivanti dall'intervento dell'art. 69 l. n. 69 del 2009, attribuendo a tale norma valore di «revisione ricognitiva di un istituto avente natura giurisdizionale già ab initio, o quanto meno dalla riforma che nel 1971 aveva richiamato la normativa sulla revocazione sul conflitto di giudicati, ovvero da quando si sono rivelati applicabili i principi comunitari e quelli della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»; di avviso contrario Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in www.giustizia-amministrativa.it.
- (19) Viola, Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico, in Foro amm. Tar, 2011, III, 1141.
- (20) Caringella, in Caringella-Protto (a cura di), Manuale di diritto processuale amministrativo, Roma, 2011, 1449. L'Autore ritiene che il ricorso straordinario sia diventato «un rimedio giurisdizionale speciale all'interno del sistema della giurisdizione amministrativa».
- (21) Caringella, Manuale, 1450. Lo stesso Autore sottolinea l'opportunità della scelta del Legislatore: il carattere concorrente (e non alternativo) del ricorso straordinario rispetto alla giurisdizione ordinaria avrebbe comportato, da parte del giudice ordinario, una sindacabilità «anomala» nei confronti della decisione giurisdizionale amministrativa emanata in seguito all'esperimento del rimedio contemplato dal d.P.R. n. 1199 del 1971.
- (22) Cons. Stato, Ad. plen., 22 febbraio 2011, n. 808, in www.giustizia-amministrativa.it.
- (23) Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978.
- (24) Maruotti, cit., 32 ss.
- (25) C. Giust. CE 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96; C. eur. dir. uomo, 19 marzo 1997, Hornsby c. Grecia.
- (26) A tal proposito, va segnalata la posizione di Quinto, L'onerosità del ricorso: il prezzo per la giurisdizionalizzazione, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, 2643, il quale auspica che — in sede di decreto correttivo del codice — sia esplicitamente affrontata la questione dell'ottemperabilità delle decisioni rese in sede di ricorso straordinario, al duplice fine di superare alcune incertezze manifestatesi nel dibattito dottrinario e di dare piena applicazione all'art. 44 l. n. 69 del 2009.
- (27) Maruotti, cit., 36.
- (28) Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065; Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto, cfr. Corsaro, Il giudizio di ottemperanza e il ricorso straordinario. Nota alla sentenza della Cass. civ., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in www.giustizia-amministrativa.it; Per un commento ad entrambe le sentenze, cfr. Quinto, Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario, in www.giustizia-amministrativa.it. Va anche ricordato che la tesi favorevole all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza era stata già propugnata da Cons. Reg. Sic. 28 aprile 2008, n. 379.
- (29) Quinto, Il codice e la giurisdizionalizzazione in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, 2729, ritiene che alcune problematiche derivanti dalla nuova natura del ricorso straordinario possano essere risolte «attraverso quella elaborazione pragmatica, che, anteriormente al Codice, ha consentito al processo amministrativo di conseguire lo standard del giusto processo»; In tal senso anche Maruotti, cit., 39.
- (30) De Roberto - Tonini, cit., 222.
- (31) Per un commento a tale novità legislativa, cfr. Quinto, L'onerosità del ricorso, cit., 2636 ss.
- (32) De Roberto - Tonini, cit., 234.
- (33) De Roberto - Tonini, cit., 236. Gli stessi Autori sottolineano che, almeno astrattamente, sarebbe stata più logica, da parte del Legislatore, la soppressione del ricorso straordinario o, quantomeno, l'esclusione della sua operatività nelle aree affidate alla competenza della neonata sez. IV. Tuttavia, i consensi riscossi dal rimedio straordinario indussero il Legislatore ad una scelta conservativa, che pareva armonizzarsi con la convinzione — definitivamente superata con l'istituzione della sez. V del Consiglio di Stato — della natura amministrativa dei ricorsi presentati innanzi alla sez. IV.
- (34) Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1980, 865. L'Autore evidenzia anche la necessità di evitare due pronunzie sul merito della medesima questione da parte del Consiglio di Stato; Travi, Lezioni, 163, ricorda che la regola dell'alternatività viene spesso ricondotta alla «straordinarietà» del rimedio giustiziale: in realtà, secondo l'Autore, essa si spiega «con l'esigenza di evitare una concorrenza tra il Consiglio di Stato in sede consultiva (che deve esprimere il suo parere sul ricorso straordinario) e il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», soprattutto nell'attuale assetto legislativo, caratterizzato dalla natura vincolante dei pareri resi in sede straordinaria dal giudice amministrativo; Caringella, Manuale, 1459, nell'aderire alla tesi che rinviene nella regola del *ne bis in idem* dell'alternatività, ricorda che, in passato, essa trovava origine nella primazia del sovrano: si riteneva, infatti, che i provvedimenti di quest'ultimo, il quale era istituzionalmente superiore non *recognoscens*, non potessero essere annullati dall'autorità giurisdizionale; Landi - Potenza, cit., 673, precisano che, originariamente, si era voluto evitare la possibile contraddittorietà tra le pronunce delle Sezioni giurisdizionali ed i pareri dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, atteso che i consiglieri delle prime, partecipanti all'Adunanza generale, sarebbero stati vincolati dal parere precedentemente reso in sede consultiva: tuttavia, secondo gli Autori, il venir meno dell'intervento dell'Adunanza generale ha eliso, almeno in parte, tale ragione giustificatrice; De Roberto - Tonini, cit., 236, sottolineano, invece, che «la soluzione dell'alternatività veniva anche sollecitata dalla generale persuasione circa il carattere amministrativo del nuovo rimedio (il ricorso alla sez. IV)» ritenendo pertanto postume le soluzioni proposte dalla dottrina.
- (35) Anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la regola dell'alternatività era espressa anche dall'art. 20 comma 3 l. n. 1034 del 1971, il quale stabiliva: «Quando sia stato promosso ricorso al tribunale amministrativo regionale è escluso il

ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»; La dottrina (De Roberto - Tonini, cit., 234) ha rilevato che tale disposizione, di analogo tenore a quella del d.P.R. n. 1199 del 1971, rappresenta un «ulteriore elemento rivelatore del mancato coordinamento tra i due testi normativi».

(36) De Roberto - Tonini, cit., 237; Va ricordato che l'art. 34 r.d. n. 1054 del 1924 disciplinava anche l'ipotesi inversa rispetto a quella enunciata dall'art. 8 d.P.R. n. 1199 del 1971. Sulla vigenza o meno dell'art. 34 r.d. n. 1054 del 1924 dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 1199 del 1971, si veda il paragrafo successivo.

(37) De Roberto - Tonini, cit., 301. In particolare, gli Autori ritengono che possibili gravi violazioni delle forme e delle procedure che caratterizzano il ricorso straordinario non consentirebbero di considerare la controversia risolta in base al meccanismo prescelto dai privati, ledendo, di fatto, la loro posizione giuridica. Va rilevata la posizione di Travi, Lezioni, 164, il quale ritiene che i vizi formali e procedurali di cui al terzo comma dell'art. 10 d.P.R. n. 1199 del 1971, siano solo quelli successivi al parere del Consiglio di Stato.

(38) Sandulli, cit., 866.

(39) L'espressione è di De Roberto - Tonini, cit., 287.

(40) Del Vecchio, Commento all'art. 48, in Leone - Maruotti - Saltelli, cit., 518.

(41) Maruotti, cit., 38; Quinto, Il codice e la giurisdizionalizzazione, 2723.

(42) Maruotti, cit., 38; Quinto, L'onerosità del ricorso, cit., 2729. Sottolinea l'apertura all'opposizione dell'amministrazione statale, Travi, Lezioni, 164.

(43) Va ricordato che la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che anche le Autorità indipendenti possono chiedere la trasposizione del giudizio dalla sede straordinaria a quella giurisdizionale: sul punto, cfr. Tar Lazio, Roma, III, 19 novembre 2009, n. 11363, in www.giustizia-amministrativa.it.

(44) Maruotti, cit., 36, evidenzia che, in seguito alle recenti modifiche legislative, la decisione del ricorso straordinario è oggi definibile come un «actus duorum auctoritatum», riferibile al Consiglio di Stato ed al Presidente della Repubblica, «organi di cui è indiscussa l'indipendenza».

(45) Domenichelli, in Mazarroli - Pericu - Romano - Roversi Monaco - Scoca, Diritto amministrativo, II, Bologna, 1993, 1589; Secondo Travi, Lezioni, 228, il secondo comma dell'art. 28 c.p.a. ha concesso ai cointeressati la facoltà di intervenire in giudizio, a condizione che essi non siano decaduti «dall'esercizio delle relative azioni», superando, pertanto, il prevalente orientamento giurisprudenziale che negava tale possibilità, prospettando una possibile elusione del termine decadenziale stabilito per impugnare il provvedimento amministrativo.

(46) Sul punto, cfr. Mazarroli, in Mazarroli - Pericu - Romano - Roversi Monaco - Scoca, cit., 1810.

(47) De Roberto - Tonini, cit., 239.

(48) Mazarroli, cit., 1810. Landi - Potenza, cit., 676, ricordano che l'ipotesi delineata dall'art. 34 comma 3 r.d. n. 1054 del 1924 si è verificata raramente, anche per la mancanza di disposizioni volte a disciplinare il passaggio del ricorso straordinario in sede giurisdizionale; tale situazione aveva pertanto generato una peculiare prassi giurisprudenziale, derivante da una risalente pronuncia del Consiglio di Stato: la Sezione consultiva, evocata per l'emanazione del parere in sede straordinaria, trasmetteva gli atti alla Sezione giurisdizionale, affinché in quella sede fosse deciso anche il ricorso straordinario.

(49) De Roberto - Tonini, cit., 240.

(50) Per l'analisi dei diversi orientamenti giurisprudenziali, cfr. Caringella, Corso, 73 ss.; Garofoli - Ferrari, cit., 1701; Per quanto concerne, invece, i rapporti che intercorrono tra le impugnative esperite in sedi diverse dal ricorrente e dai cointeressati, cfr. De Roberto - Tonini, cit., 240 ss.

(51) Tar Puglia, Lecce, I, 22 febbraio 2007, n. 613, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 4 aprile 2002, n. 557, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 10 marzo 2008, n. 1179, in www.giustizia-amministrativa.it.

(52) Si vedano, ad esempio, Landi - Potenza, cit., 677; De Roberto - Tonini, cit., 234.

(53) Mazarroli, cit., 1811.

(54) Tar Sicilia, Catania, I, 4 aprile 2002, n. 557, in www.giustizia-amministrativa.it.

(55) Tar Puglia, Lecce, I, 22 febbraio 2007, n. 613, in www.giustizia-amministrativa.it.

(56) Il privato, infatti, oltre ad avere a disposizione il rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni straordinarie non adempite, può anche prospettare — in virtù della riscrittura dell'art. 13 d.P.R. n. 1199 del 1971 — una questione di legittimità costituzionale. Esprime dubbi sull'utilizzo della legge ordinaria per qualificare il Consiglio di Stato in sede straordinaria come «giudicea quo», Pignatelli, cit., 137 ss.

(57) Pignatelli, cit., 134 ss, ha individuato alcuni possibili corollari derivanti dalla natura giurisdizionale del ricorso straordinario: tra questi, vanno ricordati l'applicabilità dell'art. 111 comma 8 Cost. e della l. n. 89 del 2001.

(58) S'interroga sul principio di trasposizione e sulla compatibilità del nuovo ricorso straordinario con il principio del doppio grado di giudizio anche Pignatelli, cit., 140.

