

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 7 maggio 2024, n. 11

1. Giustizia Amministrativa – Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – Natura di rimedio giustiziale.

2. Giustizia Amministrativa – Ricorso straordinario al presidente della Repubblica – Trasposizione del giudizio in sede giurisdizionale – Decisione resa sul ricorso straordinario trasposto in sede giurisdizionale – Difetto assoluto di attribuzione – Nullità.

1. L'Adunanza plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

a) il ricorso straordinario è un rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale, di cui condivide soltanto alcuni profili strutturali e funzionali;

b) la decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sebbene il giudizio fosse stato ritualmente trasposto in sede giurisdizionale, è nulla ai sensi dell'art. 21-*septies* della l. n. 241 del 1990, in quanto emanata in difetto assoluto di attribuzione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il Cons. Dario Simeoli e udito per la parte appellante l'avvocato Achille Morcavallo, in sostituzione dell'avvocato Oreste Morcavallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– I fatti, rilevanti ai fini del decidere, possono essere così riassunti:

- il signor -OMISSIS- acquistava, nell'anno 1983, un fondo in località Zolfara del Comune di Rossano Calabro, ricadente in zona demaniale marittima, realizzandovi abusivamente (senza alcun previo titolo abilitativo) un manufatto in muratura «facente parte di un fabbricato di maggiore consistenza» adibito ad «abitazione primaria», nonché, «un piccolo corpo di fabbrica adibito ad autoclave»;

- in data 26 settembre 1986, relativamente a tale manufatto, l'appellante presentava un'istanza di condono ai sensi della legge 28 febbraio 1985, n. 47;

- nelle more del procedimento di condono, la Capitaneria di Porto del Compartimento Marittimo di Crotone, con ingiunzione n. 333 del 13 ottobre 1994, disponeva lo sgombero e il ripristino dell'area, contestando l'occupazione di «una zona demaniale marittima della superficie di mq. 296.00 sulla quale sono stati realizzati n. 2 manufatti in muratura ordinaria ad un piano fuori terra con annessa recinzione»;

- il procedimento penale avente ad oggetto il medesimo manufatto si concludeva con la sentenza del Tribunale di Rossano, sezione penale, -OMISSIS--OMISSIS-, che dichiarava «non doversi procedere

nei confronti dell'imputato per intervenuta prescrizione» in relazione ai reati ascritti, oltre che «per intervenuta abolitio criminis» con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1161 del codice della navigazione, disponendo nel contempo «la restituzione dell'area in sequestro all'autorità competente per il demanio marittimo»;

- con provvedimento n. 1817 del 30 marzo 2005, il Comune, richiamata l'ingiunzione della Capitaneria di Porto e rilevato che l'immobile insisteva su area demaniale (come accertato dalla verifica dell'Agenzia del Territorio di Cosenza del 20 settembre 2002), negava il condono poiché l'istanza era priva: i) della «autorizzazione paesistico ambientale in sanatoria», in ragione del vincolo di cui all'art. 142 comma 1 lettera a) del d.lgs. n. 42 del 2004; ii) del «titolo di proprietà»; iii) dell'«atto di residenza storico»; iv) della «dichiarazione sullo stato dei lavori»; v) del «certificato di residenza storico»; vi) del «convenzionamento stipulato ai sensi degli artt. 7 e 8 della legge 1077»; vii) della «perizia giurata sullo stato e dimensioni» dell'opera;

- il diniego di condono veniva impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, trasposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria (con ricorso n.r.g. 1258 del 2005), giudizio che si concludeva con la sentenza di rigetto n. 383 dell'8 febbraio 2006, confermata in appello dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 5517 del 12 ottobre 2011;

- nel frattempo, il Comune adottava l'ordinanza di demolizione n. 754 del 7 febbraio 2006 della predetta opera, in quanto realizzata «in assenza di titolo autorizzativo», impugnata anch'essa con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, trasposto in sede giurisdizionale dinnanzi al medesimo Tribunale Amministrativo Regionale (con ricorso iscritto al n.r.g. 1240 del 2006);

- nelle more del giudizio da ultimo indicato, il Comune ingiungeva nuovamente la demolizione delle stesse opere con ordinanza n. 43 del 15 aprile 2008 (ripetitiva nei contenuti della precedente ordinanza n. 754 del 2006), impugnata innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (con ricorso iscritto al n.r.g. 528 del 2008), che respingeva la domanda con sentenza n. 584 del 5 giugno 2009 (confermata dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 2906 del 2020);

- nonostante l'avvenuta trasposizione in sede giurisdizionale, con decreto del Presidente della Repubblica del 18 novembre 2010, veniva accolto il ricorso straordinario proposto avverso l'ingiunzione n. 754 del 2006, recependo il parere reso dal Consiglio di Stato, di cui all'Adunanza della Sezione Seconda del 13 gennaio 2010 (affare n. 4921 del 2006), motivato sul presupposto della mancata prova della localizzazione del manufatto su area demaniale e dell'omesso esperimento del procedimento previsto dall'art. 32 del codice della navigazione (e senza affrontare gli ulteriori profili di non conformità urbanistica addotti a fondamento dell'ordinanza demolitoria);

- la decisione resa sul ricorso straordinario veniva impugnata dall'Amministrazione dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (con ricorso iscritto al n.r.g. 871 del 2011); il giudizio veniva tuttavia dichiarato perento con decreto n. 1149 del 17 novembre 2015;

- in sede giurisdizionale, a definizione del giudizio (n.r.g. 1240 del 2006) relativo allo stesso ordine di demolizione n. 754 del 2006, il Tribunale Amministrativo Regionale, con la sentenza n. -OMISSIS- – oggetto del presente giudizio di appello – rilevava preliminarmente che: «il decreto presidenziale [...] è intervenuto dopo la rituale trasposizione del contenzioso innanzi a questo giudice in cui si era radicata definitivamente la giurisdizione e, pertanto, esso non preclude una decisione sul merito nel presente giudizio [...]»;

- nel merito, il giudice di prime cure respingeva il ricorso, ritenendo assorbente (rispetto al profilo dell'occupazione di suolo demaniale) la circostanza che «esiste agli atti il provvedimento reiettivo di una domanda di condono presentata dal ricorrente, che vale senza dubbio a suffragare la correttezza della motivazione, quanto meno nella parte relativa all'assenza (iniziale e sopravvenuta, rispetto alla realizzazione dell'opera) di un titolo abilitativo edilizio».

2.– Il signor -OMISSIS- ha quindi appellato la predetta sentenza di primo grado, sulla scorta di tre ordini di motivi, il primo dei quali incentrato sull'asserita «elusione» del decreto del Presidente della Repubblica del 18 novembre 2010 (il secondo ed il terzo contestano, invece, l'erroneità della sentenza nel merito).

L'appellante, premessa la riconosciuta «natura sostanzialmente giurisdizionale» del ricorso straordinario «e dell'atto terminale della relativa procedura», sostiene che «l'efficacia, o quantomeno l'influenza, del decreto presidenziale, sul processo di convincimento del giudice cui è trasposto il giudizio, avente, peraltro, ad oggetto la medesima vicenda sostanziale», sarebbe «lapalissiana». Ne deriverebbe l'impossibilità di disattendere il parere recepito nel decreto presidenziale, pena la violazione della regola dell'alternatività tra i due mezzi di gravame espressa dall'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

La controversia, in conclusione, dovrebbe oramai ritenersi definita in virtù della decisione del ricorso straordinario che affermava l'estraneità del terreno di proprietà dell'appellante al demanio marittimo.

3.– La Sezione Sesta del Consiglio di Stato osserva come l'odierna controversia ponga la questione inedita del rapporto esistente fra la decisione resa su un ricorso straordinario, nonostante il giudizio fosse stato ritualmente trasposto, e la sentenza adottata in sede giurisdizionale, nel caso in cui le due pronunce abbiano avuto esiti contrastanti.

Sussistendo ancora profili di incertezza circa la 'natura' del ricorso straordinario e la portata del principio di alternatività enunciato all'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, la Sezione Sesta ha quindi rimesso all'esame di questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99,

comma 1, c.p.a., **il quesito volto a chiarire quale sia «il regime giuridico del decreto decisorio del Presidente della Repubblica reso erroneamente su ricorso straordinario ormai trasposto, ossia: se ad esso sia o non sia riferibile l'insegnamento consolidatosi che considera la decisione di un ricorso straordinario non trasposto avente valore di cosa giudicata e, nel caso in cui tale decreto decisorio del Presidente della Repubblica non abbia valore di cosa giudicata, se debba essere considerato nullo ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 perché reso in astratta e totale carenza di potere per violazione del principio di alternatività dei rimedi».**

La Sezione Sesta – richiamato il dibattito sulla qualificazione del ricorso straordinario alla luce delle recenti emergenze normative e giurisprudenziali – afferma di propendere per la tesi della nullità, sul rilievo della natura soggettivamente amministrativa della decisione che definisce il ricorso straordinario, con conseguente applicabilità delle norme che regolano le invalidità del provvedimento amministrativo. La Sezione rimettente aggiunge che la questione è rilevante anche se, in ordine alla medesima fattispecie, è intervenuta un'identica misura demolitoria la cui legittimità è stata confermata con sentenza passata in giudicato, in quanto tale circostanza «potrebbe essere influente sul ricorso in esame solo nel caso in cui l'Adunanza Plenaria non condivida la tesi della nullità».

4.– All'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024, la causa è stata discussa dall'Adunanza Plenaria e decisa nei termini che seguono.

DIRITTO

1.– La Sezione Sesta, dopo un'esauritiva ricostruzione della fattispecie controversa in rapporto a tutti i suoi elementi identificativi di fatto e diritto, ha sottoposto a questa Adunanza Plenaria un «punto di diritto» indubbiamente rilevante rispetto alla res controversa, nel senso che il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione (art. 99, comma 1, del c.p.a.).

Nella vicenda in esame, **il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto avverso un ordine di demolizione è stato deciso e accolto, nonostante fosse stato ritualmente trasposto in sede giurisdizionale, dove invece il Tribunale Amministrativo Regionale – con sentenza successiva alla definizione del ricorso straordinario – ha rigettato la medesima domanda di annullamento.**

L'individuazione della regola atta a dirimere il contrasto pratico tra le due statuizioni è dipeso dalla qualificazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e dal regime giuridico conseguentemente applicabile al decreto decisorio.

Seguendo l'impostazione tradizionale che vede nel ricorso straordinario un rimedio di natura amministrativa, la fattispecie andrebbe sussunta sotto le norme che disciplinano l'invalidità dell'atto amministrativo (segnatamente, la nullità per difetto di attribuzione), che in quanto tale sarebbe privo della forza e del valore giuridico per imporsi o condizionare l'accertamento giurisdizionale.

La tesi che invece configura il ricorso straordinario come rimedio «sostanzialmente giurisdizionale» dovrebbe a rigore comportare – traendo le debite conseguenze di tale impostazione – una soluzione del tutto opposta. La pronuncia sul ricorso straordinario sarebbe infatti idonea a passare in giudicato (in maniera non dissimile alla sentenza assunta dal giudice amministrativo), soggiacendo al relativo regime processuale, con il risultato che:

i) la violazione della norma sull'alternatività tra sede straordinaria e giurisdizionale (articoli 8 e 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199) si tradurrebbe in un vizio del decreto che, in applicazione del principio generale della conversione dei motivi di nullità in motivi d'impugnazione, andrebbe fatto valere tramite il mezzo di impugnazione previsto dalla legge (nella specie, quello «per vizi di forma o di procedimento» di cui all'art. 10, comma 3, del d.P.R. n. 1199 del 1971), vizio che invece risulterebbe 'sanato' ove non dedotto attraverso tale impugnazione (ovvero quando, come è avvenuto nel caso di specie, il gravame sia andato perento);

ii) il mezzo attraverso il quale dovrebbe essere rilevata l'esistenza di un precedente decreto decisorio (equiparato alla sentenza) oramai «stabile», sarebbe l'eccezione di cosa giudicata, la quale, se fondata, dovrebbe precludere al giudice di giudicare nuovamente la lite già decisa;

iii) soltanto qualora non fosse rilevata l'eccezione di cosa giudicata, né proposta revocazione avverso la seconda sentenza (ai sensi dell'art. art. 395, n. 5, del c.p.c.), si determinerebbe (in caso di difformità tra le due pronunce) un contrasto tra i giudicati, in cui (secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti) sarebbe l'ultimo giudicato a prevalere su quello precedente (trattandosi della successione temporale di atti giuridici entrambi validi e muniti di pari efficacia).

1.1.– Come correttamente rilevato dalla Sezione rimettente, l'alternativa ermeneutica sopra accennata – nonostante il consolidamento di una successiva ordinanza di demolizione delle stesse opere – è tale da influenzare comunque l'esito della lite e il conseguente impianto motivazionale della sentenza, oltre che essere preliminare sul piano logico.

2.– Tralasciando ogni considerazione sull'origine storica dell'istituto (che, come è noto, affonda le sue radici nell'Italia preunitaria, quale strumento di grazia del Re nei confronti di decisioni amministrative non suscettibili di altri rimedi) e sul percorso normativo e giurisprudenziale che ha accompagnato il suo trapianto nel sistema costituzionale, sino alla configurazione attualmente assunta con gli articoli 8 e seguenti del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (e con l'art. 9 del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, che disciplina l'omologo ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana), **è invece necessario, ai fini del decidere, ripercorrere rapidamente e in modo schematico i termini del recente dibattito sulla 'natura' del ricorso straordinario.**

2.1.– Sino al 2009, l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza amministrativa (se si eccettua una risalente pronuncia che lo qualificava come rimedio giurisdizionale: *cfr.* Adunanza

generale, 16 gennaio 1908) intendeva il ricorso straordinario come un rimedio contenzioso di natura amministrativa.

In tal senso si erano espressi, a più riprese, sia la Corte costituzionale, al fine di negare alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato la legittimazione a sollevare l'incidente di costituzionalità (Corte Costituzionale n. 31 del 1975, n. 148 del 1982, n. 298 del 1986, n. 254 del 2004, ordinanza n. 56 del 2001), sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per escludere l'ottemperabilità delle decisioni rese su ricorso straordinario e la loro ricorribilità per motivi di giurisdizione (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 3141 del 1953, n. 15978 del 2001).

2.2.– Successivi interventi legislativi hanno rivitalizzato la discussione.

L'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile), ha modificato: l'art. 13 del d.P.R. n. 1199 del 1971, prevedendo che la Sezione consultiva «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» (comma 1); nonché l'art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, eliminando la potestà del Governo di deliberare in senso difforme rispetto al parere espresso dal Consiglio di Stato (comma 2).

Ulteriori innovazioni sono state introdotte dal nuovo 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 (art. 7, comma 8); ha (sia pure non espressamente) definitivamente riconosciuto la possibilità di azionare il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del decreto presidenziale (art. 112); ha generalizzato la facoltà di opposizione di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971 in favore di tutte le parti nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario (art. 48, comma 1); ha previsto che, qualora «l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria», delineando (secondo alcuni) una particolare ipotesi di 'translatio iudicii' (art. 48, comma 3, c.p.a.).

2.3.– Facendo leva sulle predette disposizioni, si sono registrati significativi mutamenti di indirizzo. La Corte di cassazione ha riconosciuto l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti resi su ricorsi straordinari (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 2065 del 2011), nonché la loro impugnabilità per motivi inerenti alla giurisdizione (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 23464 del 2012, n. 20569 del 2013, n. 10414 del 2014). Alla base del nuovo orientamento, le Sezioni Unite assumono che l'intervenuta eliminazione del potere di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato «conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo

di un giudizio: che questo sia vincolante, se non trasforma il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela, sotto il profilo della effettività [...]» (così la citata sentenza n. 2065 del 2011).

Anche questa Adunanza Plenaria, nel solco tracciato dalle Sezioni Unite, ha tratto dalle medesime modifiche normative 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 degli artt. 112, comma 2, lettera b), e 113, comma 1, del codice del processo amministrativo (sentenze n. 18 del 2012; n. 9 e n. 10 del 2013). Secondo tali arresti, 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 comunque «estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale» che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti (la sentenza n. 7 del 2015 della stessa Adunanza Plenaria ha poi affermato la portata innovativa e non meramente interpretativa delle predette modifiche normative, come tali inidonee «ad incidere sulla natura giuridica» di decreti presidenziali adottati prima della loro entrata in vigore).

Diverso il tenore delle pronunce della Corte costituzionale, secondo cui le innovazioni intervenute con la citata legge n. 69 del 2009, pur avendo determinato l'ampliamento delle garanzie e degli strumenti di tutela a disposizione di chi si avvale di tale rimedio, non hanno comportato alcuna 'giurisdizionalizzazione' dell'istituto, al quale va riconosciuta una natura "giustiziale" che differisce da quella giurisdizionale (sentenze n. 63 del 2023, n. 24 del 2018 e n. 73 del 2014), per quanto ad esso assimilabile ai fini della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità.

Recentemente, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, (Sezione Prima, n. 2848 del 12 novembre 2019, n. 2935 del 22 novembre 2019), pur riconoscendo che il ricorso straordinario «ha perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo», ha concluso che «non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili» e che l'atto conclusivo della procedura va qualificato come provvedimento amministrativo, «solo per certi aspetti equiparato» ad una sentenza (su queste basi, è stata giustificata la non perfetta operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità).

2.4.– Le formule linguistiche che, prudentemente e con sfumature diverse, alludono ad una sorta di «assimilazione» del rimedio straordinario a quello giurisdizionale, non appaiono conclusive sul piano definitorio, in quanto non chiariscono in quali termini l'asserita antinomia – o ambivalenza – tra

‘forma’ (di atto amministrativo) e ‘sostanza’ (di atto decisorio) possa incidere sulla collocazione sistematica e sul regime giuridico dell’istituto.

Il caso in esame impone all’Adunanza Plenaria di affinare ulteriormente il quadro concettuale e ricostruttivo.

3.– Il punto di partenza è la nozione di «giurisdizione», il cui termine viene utilizzato nelle fonti, non come rappresentazione astratta o ideale della funzione di ‘rendere giustizia’ (la Costituzione, all’art. 101, comma primo, preferisce, in questo caso, parlare di «giustizia»), bensì come attributo di una specifica e concreta attività statale da disciplinare.

L’«attività giurisdizionale» (art. 2907 c.c.) – cioè quella classe di procedimenti a cui soltanto si applica la disciplina del processo – si distingue dalle altre funzioni dello Stato sulla base di criteri di imputazione formale e non ‘sostanziali’.

I tentativi dottrinali di definizione della giurisdizione sulla base di aspetti di tipo contenutistico – si pensi a: «l’attuazione del diritto sostanziale»; la «composizione della lite contestata o insoddisfatta»; il «puro e oggettivo concretarsi dell’ordinamento»; la «realizzazione delle sanzioni»; l’«attuazione in via secondaria e sostitutiva delle posizioni soggettive» – non si sono rivelati risolutivi, dovendosi constatare che, nel nostro ordinamento, in modo non sporadico, attività rientranti nell’ambito di pertinenza di una funzione sono svolte da organi titolari di una diversa funzione.

L’attuazione del diritto nel caso concreto può spettare anche all’Amministrazione (si pensi, alle funzioni giustiziali e all’accertamento delle sanzioni amministrative c.d. ‘punitive’); la gestione di interessi viene affidata anche ai giudici (si pensi alla volontaria giurisdizione deputata al controllo di legittimità di alcuni atti o all’autorizzazione di attività negoziali); la funzione di dirimere controversie può essere esercitata anche dai privati (si pensi all’arbitrato rituale). La tripartizione delle funzioni e la separazione dei poteri esprime un principio politico che, nell’ordinamento vigente, non si realizza come ‘divisione’ rigida, ma nei termini più attenuati di ‘equilibrio’ tra i poteri stessi, avente carattere dinamico e non statico.

Non è risolutivo neppure il dato strutturale – quello cioè di essere l’accertamento dei giudici contrassegnato dal particolare regime della cosa giudicata – in quanto, da un lato, il giudicato non connota tutti gli atti giurisdizionali, dall’altro non è esclusa l’attribuzione del crisma dell’irretrattabilità anche a meccanismi ‘alternativi’ alla giurisdizione, come accade per le funzioni giustiziali attribuite ad organi amministrativi resi indipendenti e operanti con procedure imparziali.

Sono quindi chiare le ragioni per cui l’unica definizione attendibile di «attività giurisdizionale» non è di tipo ontologico o «a priori», bensì di tipo soggettivo. La giurisdizione è l’attività di accertamento e decisoria che l’ordinamento imputa ai «giudici», come individuati dalle norme costituzionali sulla competenza (art. 101, 102, 103). A questa stregua, gli organi statali qualificabili formalmente come

giurisdizionali sono dunque l'autorità giudiziaria ordinaria, istituita e regolata «dalle norme sull'ordinamento giudiziario», le «sezioni specializzate per determinate materie» da istituirsi «presso gli organi giudiziari ordinari» e gli altri organi di giurisdizione contemplati nella Costituzione, tra cui i Tribunali amministrativi regionali ed il Consiglio di Stato. Si tratta di un 'numero chiuso', in quanto l'art. 102 vieta di istituire giudici straordinari o giudici speciali, mentre la sesta disposizione transitoria imponeva (e consentiva) la sola revisione degli organi speciali di giurisdizione già esistenti al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione.

I caratteri che devono accompagnare l'organizzazione della giurisdizione (in termini di indipendenza, imparzialità e terzietà) e la sua azione (il c.d. giusto processo) sono predicati costituzionalmente necessari della qualificazione formale di «giudice».

Su queste basi, ogni riflessione deve muovere dalla qualificazione normativa dell'istituto.

3.1.- Il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (concomitante alla creazione dei Tribunali amministrativi regionali, con legge 6 dicembre 1971, n. 1034), configura espressamente il ricorso al Presidente della Repubblica come un rimedio amministrativo.

In ordine al procedimento che conduce alla decisione, il legislatore prevede che: il ricorso venga notificato all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente, il quale ordina, se del caso, l'integrazione del procedimento (art. 9); l'Amministrazione competente per materia, svolge l'istruttoria (art. 11); l'affare già istruito viene trasmesso alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato (art. 12) per l'adozione del parere vincolante (art. 13).

Oltre al modello istruttorio basato sull'affidamento dell'indagine alle strutture ministeriali, una specifica connotazione del parere è illuminata dall'art. 49, comma 1, del regio-decreto 21 aprile 1942, n. 444 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato), secondo cui «gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti». Il parere, dunque, è espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell'adunanza (cfr., ex plurimis, Consiglio Stato, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1407; sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600).

La decisione sul ricorso straordinario «è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato» (art 14). Il decreto del Capo dello Stato è «atto ministeriale, non di prerogativa, di cui il Ministro proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma la responsabilità politica e giuridica» (Corte costituzionale, sentenza n. 31 del 1975).

Sul piano della struttura giuridica, **il parere del Consiglio di Stato è atto distinto dalla decisione, connotandosi come atto endoprocedimentale, vincolante solo «all'interno» del procedimento.**

nei confronti del Ministro competente all'istruttoria e del Presidente della Repubblica. Il parere, per spiegare i suoi effetti, necessita del decreto presidenziale. La decisione è dunque imputata allo Stato come persona giuridica, e non – come avviene per gli organi giurisdizionali – con effetti imputabili all'ordinamento nella sua oggettività.

L'autonomia strutturale della decisione rispetto al parere è confermata dal fatto che eventuali vizi propri del segmento successivo al parere possono essere fatti valere con l'impugnazione di cui all'art. 10, comma 3, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

Anche l'affermazione secondo cui la decisione finale sarebbe meramente dichiarativa di un giudizio formulato da un organo giurisdizionale in modo compiuto e definitivo (il parere avrebbe assunto carattere «pienamente decisorio») non appare persuasiva. **Per quanto il Capo dello Stato debba rimettersi a quanto deciso dal Consiglio di Stato, non può ritenersi esclusa – al pari di tutti gli atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente governativi – una facoltà, rimessa al Presidente della Repubblica, di richiedere il riesame del parere per motivi di legittimità, restituendo il decreto al Ministero competente.**

La creazione pretoria di una nuova categoria di atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente giurisdizionali contrasta anche con la qualificazione scolpita nella legge 12 gennaio 1991, n. 13 (Determinazione degli atti amministrativi da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica) che, nel tipizzare gli «atti amministrativi» (non previsti espressamente dalla Costituzione o da norme costituzionali) da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del consiglio o del ministro competente, all'art. 1, comma 1, lettera bb), vi include espressamente la «[...] decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica» (lettera bb).

La qualifica amministrativa del rimedio è ribadita, con riguardo all'omologo ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, nell'art. 23 del regio decreto legislativo del 15 maggio 1946 n. 455, recante lo Statuto della Regione Siciliana, avente rango costituzionale perché convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 (ove si legge che «[i] ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato»), e nell'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 24 dicembre 2003, che riconduce espressamente il ricorso straordinario alle funzioni del Consiglio di giustizia amministrativa «nella sua composizione consultiva».

È ancora significativo osservare che il «ricorso straordinario» viene espressamente tratteggiato come 'alternativo' rispetto al «ricorso giurisdizionale» (l'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, subordina l'ammissibilità del ricorso straordinario alla condizione che lo «stesso interessato» non abbia impugnato il medesimo atto con ricorso giurisdizionale). Il ricorso straordinario diviene

improcedibile qualora l'amministrazione o il controinteressato abbiano trasposto il giudizio «in sede giurisdizionale» (art. 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199).

Lo stesso Codice del processo amministrativo prende in considerazione il ricorso straordinario solo per disciplinare gli effetti processuali della predetta trasposizione. La generalizzazione della facoltà di opposizione estesa a tutte le parti (art. 48, comma 1, c.p.a.) si spiega per salvaguardarne il diritto di azione in sede giurisdizionale. La locuzione contenuta nell'art. 48, comma 3 – secondo cui, se l'opposizione è dichiarata inammissibile, il tribunale amministrativo dispone la restituzione del fascicolo «per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria» – è semplicemente un meccanismo di raccordo con il rimedio amministrativo conseguente all'accertata inidoneità dell'opposizione a provocare la trasposizione.

In definitiva, la ratio dell'«opposizione» dei controinteressati e delle parti resistenti è quella di garantire loro la piena libertà di adire la tutela giurisdizionale, non quella di scegliere tra due rimedi entrambi giurisdizionali, l'uno 'ordinario' e l'altro 'meno garantito', come se il termine «opposizione» (in contrasto anche con la sua portata semantica) equivallesse ad una sorta di rinuncia ad usufruire delle garanzie assicurate in via ordinaria. La trasposizione esprime piuttosto un rapporto di complementarità tra il mezzo giustiziale e quello giurisdizionale, entrambi parti di un sistema comunicante e integrato di tutela. Tale rapporto di complementarità spiega anche perché, ai sensi dell'art. 7, comma 8, «[i]l ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa».

Da ultimo, va rimarcato che lo stesso art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, è rubricato «Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione», e ciò sottolinea l'intenzione del legislatore di incrementare le garanzie di un rimedio giustiziale e non di trasformarlo in un mezzo di impugnazione giurisdizionale.

3.2.– Il diritto positivo contiene dunque riferimenti precisi che non è possibile disattendere.

Poiché le norme processuali rinviano ad una nozione formale di giurisdizione, le relative disposizioni non possono estendersi ad attività che, pur contenutisticamente affini, siano poste in essere da soggetti diversi dai «giudici».

Pur considerando la indeterminatezza dei termini del linguaggio naturale, l'interpretazione non è mai un atto di decisione libero da vincoli, consistendo pur sempre nell'attribuzione di significato agli enunciati del testo in cui si manifesta la volontà del legislatore. Il giudice può colmare eventuali «lacune», ricavando norme inesprese in via analogica o attingendo ai principi generali (ai sensi dell'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile). Procedere, invece, alla 'riqualificazione' in via pretoria di un intero istituto – ricollocando una classe di ipotesi da una sede

normativa ad un'altra – è un'operazione che supera il testo e finisce per creare ulteriore antinomie, come il caso in esame dimostra.

4.– Va aggiunto che le definizioni 'autonome' di giurisdizione elaborate in seno agli ordinamenti sovranazionali non possono essere generalizzate ed estrapolate dal loro contesto funzionale.

4.1.– La nozione di «giurisdizione dello Stato membro» utilizzata in ambito europeo – basata su indici sostanziali atti a ricomprendere la diversità delle culture giuridiche degli Stati membri, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente – è funzionale a permettere che il rinvio pregiudiziale garantisca l'«effettività» del diritto europeo. Con questa finalità, essa abbraccia ogni attività di decisione dei conflitti posta in essere da soggetti dell'ordinamento e può ricomprendere, in taluni casi, anche l'attuazione oggettiva delle norme di diritto assegnata a corpi amministrativi.

Non a caso, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sin dal 1997 (sentenza 16 ottobre 1997, in cause riunite da C-69/96 a 79/96, Garofalo e altri), ben prima della novella del 2009 (e, dunque, quando era possibile una decisione difforme dal parere), aveva affermato la legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario a sollevare questione pregiudiziale, reputando sussistenti i caratteri necessari per qualificarlo, «agli specifici fini del rinvio pregiudiziale», come «giurisdizione nazionale».

4.2.– Anche la Corte di Strasburgo ha più volte affermato che, ai fini dell'articolo 6 § 1 della CEDU, un «tribunale» non deve essere necessariamente un organo giudiziario inserito nell'ordinario apparato giudiziario del Paese interessato. Tra gli organi ai quali è stata riconosciuta la qualità di «tribunale», ad esempio, vanno citate: un'autorità regionale per le operazioni immobiliari (Sramek c. Austria, 1984, § 36); una Commissione per il risarcimento delle vittime di reati (Rolf Gustafson c. Svezia, 1997, § 48); un Comitato per la risoluzione di controversie forestali (Argyrou e altri c. Grecia, 2009, § 27); il Tribunale arbitrale dello sport (Mutu e Pechstein c. Svizzera, 2018, § 149), e una Commissione arbitrale in materia calcistica (Ali Rıza e altri c. Turchia, 2020, §§ 202-204); organi istituiti per compiere un'ulteriore valutazione dell'abilità dei giudici e dei pubblici ministeri del Paese di svolgere le loro funzioni (Xhoxhaj c. Albania, 2021, §§ 283 e ss., Loquifer c. Belgio, 2021, § 55). Nelle decisioni 28 settembre 1999 (Nardella contro Italia) e 31 marzo 2005 (Nasalli Rocca contro Italia), la Corte EDU aveva ricostruito la disciplina dell'istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed escluso che esso ricadesse nell'ambito dell'art. 6 della Convenzione (sulla medesima linea anche la sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia). A rilevare, secondo questa prima impostazione, era il fatto che il Governo potesse anche discostarsi dal parere espresso dal Consiglio

di Stato, disattendendo, così, i principi di terzietà e di imparzialità che connotano l'attività giurisdizionale.

Il mutamento di giurisprudenza è intervenuto con una recente decisione (8 settembre 2020, Mediani contro Italia), nella quale la Corte EDU, preso atto delle modifiche normative che hanno reso vincolante il parere, ha affermato che nella sua configurazione attuale il rimedio è un procedimento contenzioso del tipo descritto all'articolo 6 della Convenzione.

Ebbene, la Convenzione impone che i procedimenti svolti da un «tribunale» (intesi nell'ampia nozione convenzionale sopra ricordata) debbano soddisfare alcune esigenze (indipendenza, imparzialità, durata del mandato dei suoi componenti, garanzie offerte dalla sua procedura), ma non impone di riorganizzare il sistema giuridico nazionale, inglobando un rimedio amministrativo nel sistema giurisdizionale (così come l'estensione delle garanzie 'penali' alle sanzioni amministrative 'punitive' non ha imposto agli Stati membri di procedere alla 'criminalizzazione' delle condotte che ne costituiscono oggetto).

4.3.– Vale pure la pena osservare che anche la nozione di «giudizio» e di «giudice», ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, è più ampia di quella di «giurisdizione». La relatività delle definizioni si spiega qui per la necessità di mediare la struttura incidentale del giudizio costituzionale – che, per quanto finalizzato all'oggettiva espunzione delle norme incostituzionali, può essere avviato solo per la tutela di posizioni soggettive individuali – con la copertura più larga possibile del controllo di costituzionalità.

Sul piano oggettivo, la legittimazione è stata estesa a procedimenti non contenziosi ma svolti sotto l'ufficio giurisdizionale (e segnatamente: alla volontaria giurisdizione, sentenza n. 129 del 1957; al giudice dell'esecuzione immobiliare esattoriale, sentenza n. 62 del 1966; al giudice dell'esecuzione penale, sentenza n. 53 del 1968; al giudice di sorveglianza, sentenze n. 110 e n. 204 del 1974).

Sul piano soggettivo, la legittimazione è stata estesa anche ad organi estranei all'organizzazione della giurisdizione, ma che pur sempre adottano pronunce su posizioni soggettive idonee alla irretrattabilità (si pensi: alla sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 12 del 1971; ai Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici e agli Intendenti di finanza; alla Corte dei conti nel corso del giudizio di parificazione, sentenze n. 213 del 2008, n. 89 del 2017; alla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità, sentenza 226 del 1976; agli organi di autodichia, sentenza n. 213 del 2017; agli arbitri rituali, sentenza n. 376 del 2001). Ai fini del controllo di costituzionalità, nella categoria concettuale dell'esecuzione della legge rientra, quindi, non solo la giurisdizione contenziosa, ma in alcune ipotesi anche l'attività di organi amministrativi che agiscono in posizione di indipendenza per l'applicazione del diritto obiettivo.

5.– Sono così poste le basi per tirare le fila della digressione.

5.1.– Il ricorso straordinario è un rimedio «giustiziale», alternativo a quello giurisdizionale, di cui condivide solo alcuni tratti strutturali e funzionali.

Il decreto presidenziale è atto ‘della’ Amministrazione – in quanto formalmente imputato alla responsabilità dell’organo ministeriale – **ma non ‘di’ amministrazione attiva, trattandosi di una «decisione» che definisce una controversia nell’ambito di un procedimento contenzioso in contraddittorio con le parti e avente carattere vincolato in ragione della sua funzione dichiarativa** (essendo cioè espressione della volontà del diritto nel caso concreto).

La natura puramente contenziosa del ricorso straordinario lo distingue dai ricorsi amministrativi che consentono all’amministrazione di rivedere, nel proprio interesse, le precedenti determinazioni.

L’intervento legislativo del 2009 si è mosso nella direzione di delineare compiutamente la fisionomia giuridica dell’istituto, depurandolo dai profili spuri e incoerenti rispetto alla sua struttura e funzione contenziosa. La possibilità, per il Ministro, di discostarsi dal parere sulla base di valutazioni discrezionali, per quanto ipotetica, metteva in dubbio il requisito della terzietà del decidente.

5.2.– L’esistenza di una comune finalità di giustizia tra strumenti giurisdizionali e strumenti giustiziali giustifica la condivisione di alcune forme e garanzie. Anche l’amministrazione contenziosa esige un modello organizzativo che valorizzi l’indipendenza, l’imparzialità e l’autorevolezza del soggetto decidente ed una specifica struttura del procedimento, in grado di giustificare la sua capacità di essere ‘alternativa’ alla giurisdizione (in tal senso deve leggersi anche la possibilità di revocazione delle decisioni adottate con decreto presidenziale per i casi previsti dall’art. 395 c.p.c., da proporsi nelle stesse forme prescritte per il ricorso al Presidente della Repubblica, come previsto dall’art. 15 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199).

L’incremento delle garanzie del ricorso straordinario (il parere vincolante, la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale, l’esperibilità del ricorso per l’ottemperanza), tuttavia, non ne comporta alcuna necessità di «assimilazione» alla giurisdizione.

Fermo restando la garanzia di accesso alla tutela giurisdizionale, nulla impedisce al legislatore di delineare un rimedio di giustizia – preordinato a risolvere conflitti – posto ‘fuori’ dalla giurisdizione, perché attribuito a organi decidenti diversi dalla giurisdizione statale.

5.3.– Anche nel caso dell’amministrazione giustiziale, ragioni di opportunità pratica e di utilità sociale inducono ad introdurre un limite alla discutibilità di ciò che è stato statuito: il decreto presidenziale, per questi motivi, è assistito dai caratteri della irretrattabilità (salva, naturalmente, l’impugnazione straordinaria) e della incontestabilità esterna.

La stabilità garantita dal legislatore alla decisione amministrativa non impone l’applicazione di tutte le specifiche norme processuali che riguardano il giudicato, né l’esperibilità del giudizio di ottemperanza ha il significato della sua «giurisdizionalizzazione».

In primo luogo, l'ottemperanza è strutturata come garanzia ampia dell'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi a decisioni immodificabili, anche non giurisdizionali (l'art. 112, comma 2, lettera e, estende il ricorso all'esecuzione dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili).

Come poi è stato osservato dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2015, l'ottemperabilità di una decisione è «una qualitas non sovrapponibile a quella diversa della sussistenza di un giudicato resistente al potere della legge».

Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il diritto all'esecuzione delle decisioni definitive e vincolante che le ha pronunciate, è parte integrante del «diritto a un tribunale» (Scordino c. Italia, GC, 2006, § 196; Hornsby c. Grecia, 1997, § 40; Burdov c. Russia, 2002, §§ 34 e 37), nell'ampia accezione 'convenzionale' sopra ricordata (inclusiva cioè anche di organi non inseriti nell'apparato giudiziario).

Che la decisione resa su ricorso straordinario non configuri un giudicato in senso tecnico non comporta, tuttavia, alcuna modifica dell'orientamento espresso da questa Adunanza plenaria, nelle sentenze n. 9 e 10 del 2013, secondo cui il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica «il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta». Nei predetti precedenti, l'assunto è stato

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. La ratio 'materiale' così individuata, incentrata sulla paternità ideologica della decisione, consente, ai limitati fini della soluzione del problema di competenza, di estendere in via analogica al ricorso straordinario la previsione dettata per gli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» (contenuta nell'art. 112, comma 2, lettera b, del c.p.a.).

5.4.– L'impostazione suggerita si inserisce in modo armonico nel quadro delle attribuzioni costituzionali del Consiglio di Stato.

L'art. 100 della Costituzione – confermando le funzioni ausiliarie 'originarie' del Consiglio di Stato, poste a garanzia imparziale e oggettiva dell'ordinamento giuridico – distingue la «tutela della giustizia nell'amministrazione», non solo dalla «consulenza giuridico-amministrativa» (riordinata

dall'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127), ma anche dalla funzione giurisdizionale di cui agli artt. 103 e 113 Cost., come è possibile argomentare alla luce della sua collocazione sistematica e sulla base dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.

La «tutela della giustizia nell'amministrazione», secondo l'opinione più condivisibile, fa riferimento proprio alla competenza giustiziale del Consiglio di Stato in materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato. Su queste basi, la novella del 2009 ha inteso precisare che il Consiglio di Stato, nella definizione del ricorso straordinario, non opera come mero organo consultivo dell'Amministrazione, ma come organo composto di magistrati investito di una funzione giustiziale in posizione di autonomia e indipendenza.

Tale considerazione induce a ritenere che soluzione proposta sia anche quella conforme al divieto di istituzione di nuovi giudici speciali sancito dall'articolo 102, comma 2, Cost.: la tesi, infatti, che ammette un tardivo intervento di revisione, similmente a quanto avvenuto per le Commissioni tributarie, si scontra con l'evidenza storica per cui, a differenza delle prime, il ricorso straordinario non ha mai goduto della qualificazione giurisdizionale, ma solo di quella giustiziale.

5.5.– Le conclusioni cui si è pervenuti non ostacolano certo l'eventuale percorso giurisprudenziale di ulteriore affinamento dell'istituto (ad esempio con riferimento alle azioni esperibili, alle forme di esplicazione del contraddittorio, al novero dei mezzi istruttori). Con la consapevolezza, tuttavia, che – al di là di quanto imposto dal diritto convenzionale – il legislatore ben può preservare i profili di specialità dei rimedi alternativi alla giurisdizione, volti ad assicurare una tutela, ove possibile, più semplice e rapida.

6.– A titolo di leale collaborazione istituzionale e nel pieno rispetto per le prerogative delle Sezioni Unite, questa Adunanza Plenaria non può non rilevare come strida con la ricostruzione sopra fornita l'ammissibilità del ricorso per cassazione contro le decisioni adottate in sede straordinaria ai sensi dell'art. 362 c.p.c. (quindi, per i soli motivi attinenti alla giurisdizione).

Sono emerse le ragioni per le quali la decisione amministrativa giustiziale non può essere qualificata come cosa giudicata in senso tecnico, anche perché – sul piano della struttura formale – ad essere impugnabile sarebbe il decreto presidenziale e non certo il parere del Consiglio di Stato avente effetti endoprocedimentali.

L'orientamento favorevole al ricorso di cui all'art. 362 c.p.c. appare poi collidere con il seguente dato positivo.

Il legislatore prevede, all'art. 10, comma 3, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, la possibilità di impugnare la decisione resa su ricorso straordinario davanti al giudice amministrativo: per le parti del giudizio, unicamente per vizi di forma o di procedimento; per il soggetto pregiudicato dalla decisione

straordinaria, ma non evocato in sede straordinaria, anche per tutti altri possibili errori di giudizio della decisione (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 giugno 2006, n. 9).

Sicché appare quantomeno 'asistematico' fare discendere dalla (asserita) 'ambivalenza' del ricorso straordinario finanche una divaricazione del regime delle impugnazioni: il giudizio amministrativo di legittimità con riguardo alla «forma amministrativa»; il ricorso per cassazione in ragione della «sostanza giurisdizionale». Impugnazioni che, per giunta, sarebbero concorrenti tra di loro, mancando una qualsivoglia norma di coordinamento.

Appare, quindi, preferibile ritenere che l'art. 7, comma 8, del c.p.a. – il quale ammette il ricorso straordinario «unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa» – contenga una norma che delimita l'ambito di applicazione del ricorso giustiziale, la cui violazione è censurabile in sede giurisdizionale (e nei vari gradi di giudizio) tramite l'impugnazione di cui al predetto art. 10, comma 3, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

7.– Il regime della decisione resa su ricorso straordinario, per tutto quanto non previsto dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, e dalle pertinenti norme del codice del processo amministrativo, è dettato dalle disposizioni in materia di procedimento amministrativo.

Il caso sottoposto dalla Sesta Sezione – della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nonostante il giudizio fosse stato ritualmente trasposto in sede giurisdizionale – va dunque ricondotto alle norme sull'invalidità amministrativa.

7.1.– **L'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241** – secondo cui «[è] nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge» – **ha confermato le precedenti acquisizioni giurisprudenziali circa l'inserimento a pieno titolo della nullità nell'ambito dell'invalidità del provvedimento amministrativo, che diviene così una categoria composita e idonea a ricomprendere i diversi stati viziati entro una cornice sistematica unitaria** (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nn. 1, 2, 5, 6 e 10 del 1992, con le quali veniva a mutare l'orientamento precedente che riconduceva all'annullabilità le pur rare ipotesi configurate dal legislatore come fattispecie nulle; nonché, Sez. V, n. 166 del 1998 e n. 1190 del 1996).

7.2.– **Tra i vizi che determinano la nullità, la norma contempla il difetto assoluto di attribuzione, il quale è il portato del principio di tipicità del potere amministrativo, a sua volta corollario del principio di legalità cui è soggetta l'attività amministrativa di diritto pubblico.**

Il difetto assoluto di attribuzione è ravvisabile nell'ipotesi in cui venga esercitato un potere non previsto né attribuito dall'ordinamento (c.d. carenza di potere in astratto), nonché come conseguenza del divieto, da parte di un'Amministrazione, di esercitare un potere che, ancorché

definito dall'ordinamento, sia attribuito ad una diversa Amministrazione (incompetenza assoluta) ovvero per il quale sussista un impedimento legale assoluto al suo esercizio (la categoria pretoria della carenza di potere in concreto, invece, rientra oramai nell'area dell'annullabilità: cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5228 del 2015; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 5097 del 2018).

La fattispecie in esame ricade, senza dubbio, nell'ipotesi del difetto assoluto di attribuzione.

L'intervenuta opposizione e la rituale riassunzione del giudizio in sede giurisdizionale spogliano, infatti, l'amministrazione del potere di definire la controversia (l'art. 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, inibisce qualsiasi pronuncia, nel rito e nel merito, sul ricorso straordinario che sia stato trasposto in sede giurisdizionale). Se ne desume che l'istruzione dell'affare da parte del Ministero competente, il parere del Consiglio di Stato ed il decreto stesso di definizione del ricorso, sono assolutamente preclusi dall'atto con il quale si opera la trasposizione del ricorso dalla sede straordinaria a quella giurisdizionale (salva l'ipotesi dettata dall'art. 10, comma 2, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199).

7.3.– Veniamo ora al regime della nullità.

7.3.1.– Nell'assetto anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, annullabilità e nullità rappresentavano il precipitato di tecniche normative marcatamente diverse.

L'atto nullo (nel solco della teoria generale del negozio giuridico) veniva considerato giuridicamente rilevante (in quanto sussumibile in una fattispecie normativa, in primis quella che contempla le diverse ipotesi di nullità), ma improduttivo di effetti.

Il regime dell'annullabilità, rispondendo all'esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, consentiva, a differenza della nullità, che il provvedimento illegittimo si consolidasse rapidamente in caso di mancata impugnazione e comunque producesse i suoi effetti fino all'eventuale caducazione.

7.3.2.– Sennonché, il Codice del processo amministrativo ha dettato una disciplina dell'azione di nullità del tutto difforme rispetto alla tradizione civilistica.

Ai sensi dell'art. 31, comma 4, del c.p.a. «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni».

L'azione di nullità, dunque, non può essere fatta valere da «chiunque vi abbia interesse» (art. 1421 c.c.) e «senza essere soggetta a prescrizione» (art. 1422 c.c.), ma solo da coloro che sono legittimati a far valere ogni altra illegittimità del provvedimento ed entro un breve termine di decadenza (sia pure più lungo di quello previsto per l'azione di annullamento).

Essendo configurata come vizio la cui contestazione è soggetta a termine decadenziale, la nullità si atteggia in termini di illegittimità 'forte', suscettibile anch'essa di consolidamento per coloro che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli.

Le principali differenze riguardano le tecniche di sindacato: il giudizio sulla nullità si misura in termini ‘parametrici’ di difformità dell’atto rispetto allo schema legale; l’annullabilità consente di sanzionare anche la devianza ‘funzionale’ dell’atto rispetto al perseguimento dell’interesse pubblico assegnato alla cura dell’Amministrazione, ovvero di controllarne la ragionevolezza e proporzionalità (sia pure con il divieto di procedere a valutazioni sostitutive di merito).

L’inesistenza si configura, invece, quando il fatto non trova corrispondenza in alcuna fattispecie astratta, quando cioè non è nemmeno possibile procedere ad un giudizio di rilevanza sull’evento materiale (si tratta, dunque, di una categoria residuale che sanziona fattispecie del tutto ‘abnormi’).

7.3.3.– Rilevanti quesiti interpretativi sono stati sollevati con riguardo al secondo periodo del comma 4 dell’art. 31, il quale precisa che «[l]a nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice».

Non è rilevante ai fini del decidere affrontare, in questa sede, il problema se, per «parte resistente» occorra riferirsi alla posizione processuale o anche alla situazione sostanziale degli interessati (in quanto coloro che subiscono gli effetti sfavorevoli del provvedimento nullo potrebbero anche essere le parti intime), né indagare le ragioni della disciplina ‘asimmetrica’ dettata dal legislatore (la quale sembra favorire coloro che beneficiano degli effetti del provvedimento nullo, in quanto l’eccezione di nullità, in qualunque tempo e senza le forme del ricorso incidentale, è consentita alla parte resistente in chiave difensiva, in funzione del consolidamento del provvedimento amministrativo impugnato in via principale).

7.3.4.– Sono invece necessarie alcune precisazioni sul rilievo officioso.

Il potere del giudice di rilevare in via officiosa l’esistenza di una causa di nullità di un contratto va temperato e coordinato con il principio dispositivo della domanda e con la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo.

Il rilievo d’ufficio della nullità – possibile solo ex actis, sulla base cioè dei fatti ritualmente introdotti o comunque acquisiti in causa – non trova ostacoli se volto a paralizzare la domanda di annullamento del ricorrente (questa è l’ipotesi oggetto dell’ordinanza di rimessione).

Il rilievo della nullità da parte del giudice non può invece sopperire alla carenza di allegazioni del ricorrente, introducendo un tema decisivo che non era stato dedotto nell’atto di impugnazione: l’esercizio del potere officioso, in tale caso, renderebbe vana la previsione stessa del termine decadenziale per la deduzione del vizio da parte del ricorrente (così come già osservato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4566 del 2019).

Sussistendone i presupposti e in ossequio al principio di legalità e di parità delle armi, non può riconoscersi alcuna discrezionalità al giudice nel rilevare la nullità.

8.– Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

«Il ricorso straordinario è un rimedio giustiziale alternativo a quello giurisdizionale, di cui condivide soltanto alcuni profili strutturali e funzionali.

La decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sebbene il giudizio fosse stato ritualmente trasposto in sede giurisdizionale, è nulla ai sensi dell'art. 21-septies del c.p.a., in quanto emanata in difetto assoluto di attribuzione».

8.1.– Ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., l'adunanza plenaria ritiene opportuno restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente, per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) enuncia i principi di diritto di cui al punto 8) del considerato in diritto della motivazione;
- b) restituisce gli atti alla Sesta Sezione di questo Consiglio di Stato, per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Presidente

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Chieppa, Presidente

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Giancarlo Montedoro, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere