

**MODELLI DI TUTELA NON GIURISDIZIONALE: I RICORSI
AMMINISTRATIVI**

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco CALABRÒ

INDICE

- 1. RICORSI AMMINISTRATIVI E FUNZIONE GIUSTIZIALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**
- 2. IL RICORSO IN OPPOSIZIONE E IL RICORSO GERARCHICO: CARENZA DI ATTUALITÀ ED INEFFICACIA**
- 3. PECULIARITÀ DEL RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO E SUE APPLICAZIONI. IL RICORSO IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI**
- 4. LA RECENTE EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO**
 - 4.1 Il tradizionale dibattito circa la natura giuridica*
 - 4.2 La riforma ad opera dell'art. 69 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e la tendenziale giurisdizionalizzazione dell'istituto*
 - 4.3 Le ultime novità introdotte dal Codice del processo amministrativo*

1. RICORSI AMMINISTRATIVI E FUNZIONE GIUSTIZIALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Nell'ordinamento italiano gli istituti ricondotti nell'ambito della categoria dei ricorsi amministrativi¹ sono: il ricorso in opposizione, il ricorso gerarchico, il ricorso gerarchico improprio ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il fenomeno dei ricorsi amministrativi – intesi quali istituti giuridici mediante i quali è riconosciuta al cittadino la facoltà di sindacare l'attività della pubblica amministrazione rivolgendosi non ad un giudice, bensì al medesimo apparato amministrativo – rinviene le sue radici, invero, nello Stato assoluto e nel relativo potere di grazia del sovrano. In quel contesto politico-istituzionale il cittadino era sostanzialmente privo della possibilità di contestare innanzi ad organi giudiziari l'operato degli apparati pubblici, con la conseguenza che tali embrionali fattispecie di contenzioso amministrativo finivano per essere le uniche forme di reazione offerte dall'ordinamento, o meglio sarebbe affermare le modalità attraverso le quali il potere rimarcava la sua unilateralità e insindacabilità da parte di terzi. Sarebbe, infatti, poco corretto attribuire agli istituti in esame – così come inquadrati in quel quadro storico-istituzionale – la qualifica di strumenti di tutela delle posizioni giuridiche private: i caratteri propri dello Stato assoluto e la coesistente immedesimazione dell'interesse generale nell'interesse nazionale di matrice hegeliana comportavano, tra l'altro, l'esigenza di interdire a soggetti terzi (anche di natura giurisdizionale) la conoscenza dei c.d. “affari amministrativi”, attribuendo, pertanto, alla sola autorità amministrativa la competenza a conoscere del suo contenzioso. L'ampia autonomia e discrezionalità riconosciute all'amministrazione erano considerate attribuzioni sue proprie, conseguenze necessarie del suo essere unico soggetto titolare del dovere e della responsabilità di provvedere alla cura

¹ Disciplina dei ricorsi amministrativi A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 381 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2003, 4147 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 143 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 609 ss.

dell'interesse pubblico. L'intervento del cittadino ricorrente, conseguentemente, finiva per rappresentare nulla più che un semplice apporto alla legalità dell'agire pubblico, nella misura in cui l'interesse individuale trovava una sua tutela solo se ed in quanto coincidente con l'interesse oggettivo dell'amministrazione.

Anche a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889) – nonostante si fosse individuato un giudice legittimato a sindacare l'esercizio dell'azione amministrativa – i ricorsi amministrativi continuarono a svolgere un ruolo di carattere pregiudiziale nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, nel senso che l'esperibilità dell'azione giurisdizionale era condizionata alla definitività² dell'atto, conseguibile, appunto, attraverso la previa impugnazione dello stesso in via amministrativa. Anche in tale contesto, pertanto, la valenza propriamente “difensiva” dei ricorsi amministrativi era alquanto limitata; tali istituti (in special modo il ricorso gerarchico) finivano per rappresentare l'ulteriore conferma della sostanziale intangibilità del potere pubblico; basti infatti rilevare al riguardo che alla pubblica amministrazione adita era sufficiente mantenere un atteggiamento inerte per evitare che il provvedimento contestato potesse conseguire il carattere della definitività, con conseguente preclusione della tutela di tipo giurisdizionale.

Invero, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, che esprimeva una netta “preferenza” per i rimedi giurisdizionali, e con il venir meno del requisito della definitività dell'atto quale condizione di ammissibilità dell'azione giudiziaria (L. n. 1034/1971), non si assistette all'abbandono dell'istituto del ricorso amministrativo. Ebbe invece avvio un

² Definitività del provvedimento amministrativo e ricorsi amministrativi L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962, 589 ss.; G. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 80 ss.; G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.; F.G. COCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.

processo di crisi identitaria che tuttora interessa la tutela amministrativa interna, che ha poi condotto ad una riforma contenente una disciplina organica e ed unitaria dei ricorsi amministrativi (d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199³) tendente ad assegnare ad essi una funzione completamente innovativa, effettivamente garantista: prospettiva che, sebbene tra perduranti contraddizioni, ancora oggi rappresenta il nuovo obiettivo al riguardo.

La complessità del fenomeno riguardante i ricorsi amministrativi, e la concezione fortemente evolutiva della tutela amministrativa e dei suoi istituti, si rivelano strettamente legati all'accennato passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale (o di diritto) e, in seguito, all'affermazione di una giurisdizione amministrativa contestuale all'approdo del c.d. Stato sociale. Invero, l'impianto ordinamentale che configurava i ricorsi amministrativi quali rimedi obbligatori condizionanti l'esperibilità stessa del ricorso giudiziario, rendeva legittimo dubitare della funzione propriamente garantista degli stessi, apparendo essi idonei piuttosto a rimarcare connotati propri di un'amministrazione unilaterale e autoritativa. Secondo la dottrina maggioritaria, la concezione tradizionale dei ricorsi amministrativi⁴ equiparava tali istituti, a carattere solo apparentemente contenzioso, alla fase (eventuale) conclusiva del procedimento di formazione dell'atto amministrativo, mediante la quale al cittadino era consentito contribuire all'azione amministrativa nella formazione della definitività dell'atto. Alla luce della soppressione del regime della tutela giurisdizionale condizionata, deve ormai ritenersi definitivamente superata tale posizione: la circostanza che il cittadino che ritenga di essere stato leso in un suo interesse giuridicamente rilevante sia del tutto libero di utilizzare o meno la via della tutela amministrativa – senza che la p.a.

³ D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984.

⁴ Concezione tradizionale dei ricorsi amministrativi V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 78; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 975 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 155.

possa in alcun modo influire sulla scelta – rende incontestabile l’inquadramento dei ricorsi amministrativi nell’ambito delle forme di tutela offerte al privato dall’ordinamento.

Tale processo evolutivo sembra, del resto, coerentemente inquadarsi nell’ambito della più ampia trasformazione che ha nel tempo vissuto la concezione stessa di interesse pubblico. Come si è illustrato, infatti, la tutela amministrativa ha origine in un contesto storico nel quale l’apparato pubblico era considerato il solo titolare del potere di individuare e di perseguire l’interesse pubblico mediante l’esercizio di un’azione avente carattere essenzialmente autoritativo. All’epoca, l’intervento del potere esecutivo (di tipo autoritativo) era limitato a pochi ambiti, essenziali a garantire la protezione “esterna” delle libertà dei singoli e della proprietà, quali l’ordine, la giustizia, la sicurezza, e le finanze. Alla luce di ciò appariva perfettamente coerente che il ruolo del privato fosse quello di soggetto “passivo” di fronte alle scelte di un’amministrazione autoritativa, inaccessibile e dotata di un’ampia sfera di autonomia: il principio di legalità, infatti, affidando alla legge (espressione della sovranità popolare) il compito di perimetrare il campo di azione dell’amministrazione, impediva a quest’ultima di varcare tali confini, ma, nel contempo, le attribuiva una notevole libertà di azione. Con l’emersione dello Stato sociale pluriclasse, e la conseguenziale estensione delle aree di intervento dell’amministrazione nella vita del cittadino, ebbe inizio un lento ma inesorabile processo di riduzione della sfera di autoritatività della p.a.: all’esigenza, propria dello stato liberale, di un esecutivo forte ed autonomo in grado di proteggere il ceto borghese dalle minacce all’esercizio delle sue libertà (prevalentemente a tutela della proprietà, riservata a pochi), si sostituì la pretesa di una società composita, interessata a vedersi garantiti i propri diritti e le proprie legittime aspettative anche attraverso un più penetrante sindacato dell’agire pubblico.

Volendo analizzare il fenomeno nella prospettiva della dialettica autorità/libertà, può infatti rilevarsi come, mentre lo Stato liberale aveva risolto in maniera lineare tale rapporto dicotomico separando nettamente i due elementi (autorità-Stato; libertà-cittadino), lo Stato post-liberale si è dovuto confrontare con una realtà dotata di maggiore complessità, nella quale si registrava una moltiplicazione dei momenti di contatto (e conflitto) tra apparato statale e società civile. Come noto, ciò ha nel tempo condotto ad una sostanziale rivisitazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, poi confluita nella legge

generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990: i principi e le regole di azione *ivi* codificati hanno inevitabilmente contribuito all'evoluzione della nozione stessa di interesse pubblico, il cui perseguimento non è considerata più una prerogativa esclusiva della p.a. (accezione astratta e monolitica), bensì il risultato di un processo di sintesi tra i diversi interessi (pubblici e privati) di volta in volta coinvolti, sintesi cui non solo può, ma deve poter, contribuire anche il cittadino (accezione di interesse pubblico concreto). Con ciò non si intende affermare che il coinvolgimento del privato e la necessaria considerazione dei suoi interessi conducano alla completa erosione dell'autorità dell'amministrazione; tale autorità, tuttavia, non trae più origine dal carattere soggettivo di chi agisce, bensì dalla necessità che la decisione si formi nel rispetto di determinati principi e secondo oggettivi criteri di riconoscimento, tali da rendere l'azione amministrativa idonea a garantire il soddisfacimento di un interesse che appartiene alla collettività, ma della cui realizzazione è investita l'amministrazione. Quest'ultima, infatti, non rinviene più nella (sola) legge la legittimazione della sua azione, nella misura in cui il potere legislativo finisce spesso per limitarsi a fornire all'esecutivo i canoni generali (di principio e di modalità di azione) mediante i quali condurre la delicata operazione consistente nella corretta individuazione dell'interesse pubblico o, meglio, degli interessi pubblici, e della più opportuna (oltre che legittima) via per perseguirli. Appare ormai indiscutibile che nell'ambito della c.d. amministrazione attiva, l'esercizio (autoritativo) del potere pubblico trova una sua più sostanziale giustificazione "dal basso", laddove i soggetti destinatari dello stesso siano stati posti nelle condizioni di partecipare alla formazione della decisione amministrativa, in un momento procedimentale e attraverso strumenti che si rivelino adeguati allo scopo. L'esercizio dell'autorità (opportuno e utile) permane invece nella fase attuativa della decisione "concordata", i cui parametri di valutazione restano comunque fissati dalla norma.

Nel ricondurre le predette considerazioni al peculiare contesto della tutela amministrativa, dunque, può osservarsi come il descritto processo di riduzione della sfera di autoritatività dell'azione pubblica e la relativa trasformazione della nozione di interesse pubblico abbiano inevitabilmente condotto ad una completa rivisitazione (come si avrà modo di evidenziare *infra*, spesso, invero, solo teorica) dell'istituto dei ricorsi amministrativi, non più intesi come strumenti posti apparentemente a tutela del cittadino

ma invero a presidio dell'intangibilità del potere pubblico, bensì quali rimedi in grado di fornire una protezione effettiva alle posizioni giuridiche private "coinvolte" dall'agire dell'amministrazione. Quest'ultima, in altri termini, adita dal cittadino ricorrente, è chiamata a porre in essere un comportamento doveroso, concretantesi nell'esame – secondo canoni di giustizia – della domanda di tutela presentata, la cui pretesa soddisfattiva, peraltro, sembra rinvenire oggi un ulteriore fondamento nel diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Solo tale *ratio* posta a fondamento dei ricorsi amministrativi consente di giustificare ancora la permanenza all'interno dell'attuale assetto ordinamentale, rinvenendo nuova linfa e giustificazione.

In tale prospettiva, i ricorsi amministrativi sono ormai usualmente collocati all'interno dell'esercizio della c.d. funzione giustiziale⁵, intesa quale attività della pubblica amministrazione volta a risolvere al proprio interno, ma in modo imparziale ed obiettivo, un conflitto con il cittadino, senza esigenza del ricorso al potere giudiziario. In realtà è possibile sin d'ora osservare come non tutti i ricorsi amministrativi soddisfino appieno i requisiti propri dell'esercizio di una funzione propriamente giustiziale e tale circostanza rappresenta la principale ragione della crisi identitaria che tuttora investe taluni degli strumenti in esame. Lo scopo istituzionale consistente nel riconoscimento al privato di

⁵ Funzione giustiziale F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.; E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986; T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. St.*, 1988, II, 1687 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 597 ss.; A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010, 457 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 393 ss.

ulteriori strumenti di giustizia appare, infatti, il più delle volte perseguito in maniera inadeguata, parziale, senza idonee garanzie di difesa per il cittadino; in carenza di quei requisiti minimi di giusto processo ed efficienza (e, quindi, anche di fiducia e affidamento da parte del privato) condizioni di qualificazione propri di qualsiasi rimedio paragiurisdizionale. Del resto, se, come da tempo chiarito dalla Corte Costituzionale, i canoni garantistici del “giusto procedimento” – volti ad assicurare scelte trasparenti e verificabili – non possono non trovare una loro piena applicazione nell’esercizio della funzione di amministrazione attiva (Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1353; Corte Cost., 14 dicembre 1995, n. 505, in *Giust. civ.*, 1995, I, 651), a maggior ragione si può sostenere che le suddette garanzie procedurali debbano essere riconosciute al cittadino (e in termini ancora più pregnanti) nel peculiare contesto dell’esercizio della funzione giustiziale, attesa la specificità dell’interesse pubblico (di difesa delle posizioni giuridiche coinvolte) che connota tale ambito.

Tra gli elementi fondanti e giustificativi della funzione giustiziale si suole innanzitutto annoverare il potere di autotutela⁶, in particolare nella sua declinazione di autotutela decisoria a carattere contenzioso, quale peculiare espressione del pubblico potere attraverso cui l’amministrazione ha la capacità di decidere sui ricorsi presentati da parte di soggetti privati, volti a riformare o annullare una precedente decisione. La circostanza che si tratti di attività amministrativa e non giurisdizionale ha in passato indotto la dottrina a sottolineare come la decisione finale non fosse idonea a soddisfare unicamente l’interesse del privato, bensì anche, indirettamente, quello dell’amministrazione al buon andamento della sua azione, con ciò giustificandosi affievolimenti di protezione della posizione del

⁶ Potere di autotutela della pubblica amministrazione F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, (voce) in *Enc dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, (voce) in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 830 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell’autotutela amministrativa*, Padova, 2004; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1223 ss.

cittadino. In questa prospettiva, infatti, la domanda di giustizia sarebbe destinata ad essere esaminata anche attraverso il diaframma del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla funzione di amministrazione attiva, origine del procedimento di autotutela. Come si è già avuto modo di chiarire, invero, la moderna concezione di autotutela contenziosa – adeguandosi al processo di tendenziale riduzione della sfera autoritativa vissuto negli ultimi anni dalla pubblica amministrazione – si fonda piuttosto su di una funzionalizzazione puramente (e non mediatamente) giustiziale, ai sensi della quale la facoltà di risolvere i propri conflitti non risponde a ragioni di privilegio della p.a., bensì di doverosità. Tale passaggio consente, inoltre, di marcare con maggiore intensità la distinzione esistente tra amministrazione attiva e amministrazione giustiziale: se è vero, infatti, che l'agire in modo "giusto", corretto, imparziale è proprio di qualsiasi attività esercitata dalla p.a., la funzione specifica dell'amministrazione giustiziale diventa quella di introdurre momenti particolari di garanzia a salvaguardia di tale interesse alla giustizia. In tal senso, la recente giurisprudenza ha chiarito che il carattere giustiziale del ricorso amministrativo, e le garanzie che esso comporta, implicano che la relativa decisione finale – pur mantenendo la natura di provvedimento amministrativo – non è soggetta a revoca o annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2012, n. 4150, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2059; Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399).

Ulteriore elemento fondativo dell'esercizio di una funzione giustiziale è, poi, rappresentato dalla sussistenza, in capo agli organi titolari del potere di decidere, di un grado di imparzialità tale da soddisfare l'interesse generale alla giustizia cui essi sono preordinati. In tale contesto, il requisito dell'imparzialità⁷ è, invero, declinato nella sua

⁷ Imparzialità della pubblica amministrazione P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 25 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, (voce) in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV. *Diritto*

accezione organizzativa (statica), inteso, in altri termini, non tanto come regola procedimentale in base alla quale l'amministrazione è tenuta a valutare e ponderare i diversi interessi (giuridicamente rilevanti) coinvolti nella fattispecie (accezione dinamica), bensì come indipendenza. E', del resto, evidente che l'attività di risoluzione di una lite, per essere realmente esercitata in funzione del solo interesse generale alla giustizia, deve necessariamente essere attribuita a soggetti pubblici diversi da quelli che esercitano la funzione di amministrazione attiva, soggetti, per l'appunto, da essi indipendenti. Il carattere dell'indipendenza, nell'ipotesi di un organo decidente di tipo amministrativo e non giudiziario, sarà soddisfatto ogni qual volta questi risulterà, da un lato, effettivamente terzo rispetto all'amministrazione la cui attività è oggetto di giudizio, e dall'altro, libero da ingerenze da parte del Governo o di altro soggetto pubblico titolare del potere di nomina. Non è un caso se una certa dottrina, più che richiamare la locuzione di amministrazione imparziale, abbia preferito adoperare in tale contesto la formula amministrazione neutrale⁸, alla luce della verifica del rispetto di criteri quali le modalità di nomina dei vertici, la durata del mandato, le garanzie contro le pressioni esterne, l'indipendenza strutturale e finanziaria (CEDU, Sez. IV, 25 agosto 2005, n. 23695, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1321).

amministrativo, (a cura di) Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 411 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003; S. LARICCIA, *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 1377 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 83 ss.

⁸ Amministrazione neutrale A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione «imparziale»*. (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»), in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Torino, 1997; A. VERZA, *La neutralità impossibile*, Milano, 2000.

Ciò premesso, possono registrarsi, negli ultimi anni, alcuni interventi legislativi con i quali – pur non essendosi affrontata una revisione organica dell’intero settore dei ricorsi amministrativi – si è cercato di valorizzare le potenzialità di alcuni di essi. In particolare, da un lato, si è intervenuti ampliando l’ambito di applicazione del ricorso gerarchico improprio, estendendolo a settori particolarmente delicati quali il diritto di accesso; dall’altro, sono state introdotte sostanziali modifiche alla disciplina del ricorso straordinario, volte ad estendere anche a tale istituto gran parte delle garanzie proprie dei rimedi di tutela a carattere giurisdizionale.

2. IL RICORSO IN OPPOSIZIONE E IL RICORSO GERARCHICO: CARENZA DI ATTUALITÀ ED INEFFICACIA

Il ricorso in opposizione⁹ è lo strumento di tutela che, ove previsto dalla legge, il cittadino può utilizzare rivolgendosi alla medesima amministrazione che ha emanato il provvedimento contestato, e può essere esperito, sia per motivi di legittimità che di merito, entro 30 giorni dalla notifica del suddetto provvedimento o dalla sua piena conoscenza (salvo diverso termine decadenziale individuato da disposizioni speciali). Esso rappresenta un rimedio eccezionale, e, in quanto tale, per essere legittimamente utilizzato, necessita di una disposizione *ad hoc* che ne preveda l’operatività nell’ambito di quella determinata fattispecie, anche se, di frequente, tali previsioni speciali non contengono una completa disciplina del ricorso stesso, limitandosi a contemplarne la vigenza. I settori nei quali è maggiormente frequente l’applicazione del ricorso in opposizione sono quelli dell’impiego

⁹ Ricorso in opposizione S. LESSONA, *Opposizione (dir. amm.)*, (voce) in *Nss. dig. it.*, XI, 1965, 1058 ss.; P. STELLA RICHTER, *Opposizione*, (voce) in *Enc. giur.*, XXX, Milano, 1980, 523 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell’ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, (a cura di) Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 2048; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 628.

presso le pubbliche amministrazioni, della sanità e della pubblica istruzione. Tra le fattispecie più di recente introdotte nel nostro ordinamento si può ricordare il ricorso proponibile, avverso la deliberazione che predispone l'elenco delle candidature, da parte dei dirigenti statali di prima fascia che intendono concorrere alla composizione del Comitato dei garanti di cui al d.lgs. n. 165/2001 (art. 4, d.P.R. 2 marzo 2004, n. 114).

A ben vedere, tale rimedio è del tutto privo del requisito della terzietà dell'organo decidente: la confluenza nel medesimo soggetto di entrambi i ruoli ("parte" e "giudice") inficia *ex se* la possibilità – anche solo astratta – che il rimedio in esame possa garantire quei livelli di neutralità necessari per la realizzazione di una effettiva attività di tutela nei confronti del cittadino; non è un caso, del resto, che tale istituto abbia vissuto negli anni uno sviluppo decisamente limitato. Ciò posto, tuttavia, esso – nonostante i limiti intrinseci che lo connotano – appare comunque in grado di soddisfare alcune peculiari esigenze del cittadino nel suo rapporto con la pubblica amministrazione, fungendo, ad esempio, da strumento ideale per stimolare la p.a. ad ovviare a meri errori di fatto in cui essa può incorrere a causa di una inadeguata attività istruttoria. Né deve dimenticarsi che il rimedio in esame resta uno dei pochi mezzi attraverso cui il cittadino ha la facoltà di eccepire vizi di merito dell'azione amministrativa, sebbene l'importanza di tale prerogativa sembri destinata a ridursi a fronte della recente integrazione dei momenti partecipativi infra-procedimentali, attraverso cui (almeno in linea teorica) è possibile raggiungere i medesimi risultati mettendo in discussione scelte di merito o rilevando errori di fatto prima della formazione definitiva del provvedimento (si pensi, al riguardo, all'introduzione dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10 *bis* della l.n. 241/1990).

Il ricorso gerarchico¹⁰ rappresenta tradizionalmente lo strumento di tutela amministrativa per eccellenza, sia in ragione del carattere della generalità, sia per il ruolo –

¹⁰ Ricorso gerarchico A. DE VALLES, *Per un "sistema" dei ricorsi gerarchici*, in *Foro amm.*, 1930, 37 ss.; F. CAMMEO, *Ricorso gerarchico e rinvio all'autorità inferiore*, in *Giur. it.*, 1935, 1 ss.; G. MIELE, *Questioni in tema di silenzio-rigetto del ricorso gerarchico*, in *Cons. St.*, 1954, 91 ss.; M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto*

per lungo tempo ricoperto – di strumento necessario per pervenire alla definitività del provvedimento amministrativo. Dal punto di vista procedimentale, appare rispettato il principio del contraddittorio, atteso il previsto obbligo (in capo all'amministrazione qualora non abbia provveduto parte ricorrente) di comunicazione del ricorso ai controinteressati, ai quali è data la facoltà di intervenire entro un termine di venti giorni. La presentazione del ricorso da parte del cittadino, fa sorgere, poi, in capo alla p.a., un vero e proprio obbligo di pronunciarsi (nei limiti di quanto richiesto) (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290); la giurisprudenza appare, tuttavia, divisa in merito alle conseguenze della mancanza di una decisione esplicita nei termini di legge: mentre alcune pronunce fanno discendere da tale comportamento la configurazione di una ipotesi di silenzio inadempiuto (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 dicembre 2012, n. 1114, in *Foro amm. TAR*, 2012, 4055; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2351, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1282), altre interpretano il comportamento omissivo della p.a. come mero presupposto processuale, che abiliterebbe il privato ad impugnare non il silenzio, bensì il provvedimento inutilmente contestato in via gerarchica (Cons. Stato, Sez. III, 17 ottobre 2012, n. 5287, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2526; Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4004, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2049). In ogni caso, vi è piena concordia nel ritenere che il mero decorso del termine previsto per pronunciarsi non priva l'amministrazione della potestà di decidere (sebbene in ritardo) il ricorso gerarchico (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290). Attesa la non assimilabilità del ricorso gerarchico ad un atto il cui procedimento sia “ad istanza di parte” (in quanto costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato), nonché il necessario carattere di

del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi, in *Foro it.*, 1963, 49 ss.; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, 43 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso gerarchico: silenzio e facoltà*, in *Giur.it.*, 1990, 113 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. ARCIDIACONO, *Ricorso gerarchico*, voce in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 149; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 616.

segretezza che contraddistingue la decisione fino alla sua emanazione, in ordine all'istituto in esame non trova applicazione il regime della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'art. 10 *bis* cit. (Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2945).

Anche in relazione a tale istituto, tuttavia, devono ripetersi le considerazioni già svolte in ordine ai limiti – in termini di effettiva giustizialità – del ricorso in opposizione: in questo caso, infatti, il titolare della competenza a pronunciarsi sull'istanza – pur non essendo il medesimo organo che ha emanato il provvedimento contestato – è comunque ad esso legato da un rapporto diretto di sovraordinazione, che gli consente di decidere sulla fattispecie “come se” fosse la p.a. competente in sede di amministrazione attiva (con consequenziale effetto di tipo rinnovatorio e non meramente eliminatorio). L'autorità investita del ricorso gerarchico, infatti, ha il potere-dovere di riesaminare la fattispecie nella sua interezza, senza limitarsi ai profili di legittimità, bensì valutando anche il merito, con la conseguenza che il suo provvedimento, anche se a carattere confermativo, assorbe e sostituisce quello dell'organo sottordinato (Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2012, n. 5089, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2273), ed è nei suoi confronti che deve eventualmente essere proposto ricorso giurisdizionale (Cass. Civ., Sez. Un., 7 luglio 2010, n. 16039, in *Giust. civ.*, 2010, 1019).

E' evidente che i legami funzionali che sussistono alla base di una relazione gerarchica non consentono la configurazione di quella “distanza” (organizzativa e funzionale) tra autorità competente a decidere sul ricorso gerarchico e organo titolare della funzione di amministrazione attiva, necessaria per garantire un grado di terzietà idoneo a soddisfare le esigenze proprie di un'attività di tipo giustiziale. Ciò ha spinto la giurisprudenza a leggere, in capo al rimedio in esame, la coesistenza di istanze di tutela e di amministrazione attiva, individuando nel potere esercitato dall'organo decidente tratti caratteristici non meramente gestionali, in quanto orientati a conseguire la massima garanzia di imparzialità seppur “compatibilmente con i requisiti della funzione amministrativa” (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Del resto, come è facilmente verificabile attraverso un'analisi empirica, molto raramente l'organo sovraordinato è disposto a sconfessare quanto originariamente deciso dal soggetto

titolare della funzione di amministrazione attiva, e ciò non solo in ragione di un atteggiamento di aprioristica difesa dell'apparato pubblico, ma anche al fine di preservare la stabilità delle relazioni tra uffici. Deve, altresì, segnalarsi come la crisi del ricorso gerarchico non derivi unicamente dalla sua scarsa efficacia in termini di effettiva tutela, bensì anche da ragioni di ordine strutturale: come è noto, negli ultimi venti anni numerose riforme hanno innovato l'intero assetto organizzativo dell'amministrazione italiana, sostituendo, ad un sistema di tipo accentrato e piramidale, un assetto caratterizzato da una pluralità di centri decisionali, comportante l'instaurazione di rapporti tra organi non più fondato sulla sovraordinazione, bensì sulla direzione e il coordinamento, con connesso affievolimento di uno dei requisiti essenziali per l'impiego del ricorso gerarchico. Al riguardo, deve, in ogni caso, sottolinearsi che, per effetto del riparto di competenze tra organo di indirizzo politico amministrativo e dirigenza statale, il Ministro non è più titolare di alcuna competenza a decidere su ricorsi gerarchici. Conseguentemente, l'art. 11 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ha espressamente riservato ai dirigenti generali il compito di decidere sui ricorsi gerarchici, anche impropri, proposti contro atti e provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti e, per l'effetto, ha reso definitivi i provvedimenti assunti dagli stessi dirigenti generali, non potendo questi ultimi fungere contemporaneamente da autorità emanante in sede amministrativa ed autorità decidente in sede giustiziale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 dicembre 2005, n. 14278, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3995).

3. PECULIARITÀ DEL RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO E SUE APPLICAZIONI. IL RICORSO IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI

Il ricorso gerarchico improprio¹¹ rappresenta un rimedio a carattere eccezionale, sorto al fine di garantire al cittadino, nell'ambito di particolari ed eccezionali fattispecie, l'utilizzo di un rimedio di tutela amministrativo nei confronti di autorità non strutturate verticalmente (si pensi agli organi di vertice, o, ancora, ad organi collegiali, per natura privi di superiore gerarchico) (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Nonostante l'oggettiva diversità che intercorre tra le due tipologie di ricorso gerarchico (proprio e improprio), dottrina e giurisprudenza sono concordi nel sostenere che le disposizioni contenute nel d.P.R. n. 1199/1971 trovano applicazione in entrambe le ipotesi (Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399). Ovviamente, nel caso di ricorso gerarchico improprio, le previsioni generali svolgono un ruolo integrativo rispetto a quelle speciali contenute nelle norme che di volta in volta introducono tale rimedio. Al riguardo, può ad esempio segnalarsi come in alcune ipotesi il legislatore disponga che la semplice proposizione di un ricorso gerarchico improprio abbia l'effetto di sospendere l'esecuzione del provvedimento impugnato, salvo ricorrano ragioni contrarie di particolare urgenza (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290).

Deve sin da subito sottolinearsi come l'assenza di un vincolo gerarchico comporti contestualmente una assoluta alterità organizzativa e funzionale tra amministrazione

¹¹ Ricorso gerarchico improprio L. RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, 209 ss.; F. BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padova, 1958, 50 ss.; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. it.*, 1973, 1 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 71 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 626.

giudicante e giudicata, con la conseguente realizzazione di un grado di terzietà almeno astrattamente compatibile con le esigenze connesse all'esercizio di una funzione giustiziale. Ciò comporta, tra l'altro, che l'organo chiamato a pronunciarsi sul ricorso non diviene affatto titolare del potere di decidere "al posto" dell'amministrazione titolare della funzione di amministrazione attiva. In altri termini, non si assiste ad una forma di sostituzione o trasferimento temporaneo di competenze, e ciò in quanto la p.a. titolare del ricorso gerarchico improprio è chiamata ad agire non sulla base dei medesimi presupposti dell'amministrazione originaria (ponderazione dell'interesse pubblico prevalente di cui è portatrice, con gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti) bensì in posizione di terzietà e con il solo fine di dirimere, secondo giustizia, quella determinata controversia (Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 1999, n. 1782, in *Foro amm.*, 1999, 2549). Da ciò deriva che, ad esempio, l'eventuale accoglimento di un ricorso gerarchico improprio non equivale al rilascio di un'autorizzazione amministrativa il cui diniego rappresenta l'oggetto del gravame, occorrendo a tal fine il rinvio dell'affare all'autorità competente, tenuta a una nuova pronuncia nel rispetto del "decisum" (T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 25 marzo 2002, n. 151, in *Foro amm. TAR*, 2002, 860). Come anche, del resto, in caso di impugnazione della decisione giustiziale confermativa del contenuto del provvedimento contestato, il ricorso giurisdizionale deve essere notificato non solo all'autorità che si è pronunciata sul ricorso gerarchico improprio, bensì anche all'amministrazione titolare della funzione di amministrazione attiva (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 2 novembre 2009, n. 452, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3205).

Dalle peculiari caratteristiche che connotano l'istituto in esame discendono altresì ulteriori conseguenze che lo differenziano rispetto al ricorso gerarchico in senso proprio. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui sia prevista la facoltà di esperire innanzi al Ministero competente un ricorso gerarchico improprio avverso un provvedimento di un ente locale: in tal caso, il rapporto di assoluta autonomia che contraddistingue le amministrazioni coinvolte comporta la sussistenza della legittimazione ad impugnare la decisione giustiziale statale anche in capo all'ente locale, allo scopo di consentirgli la salvaguardia delle proprie prerogative ed attribuzioni, anche di rilievo costituzionale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 febbraio 2011, n. 384, in *Foro amm. TAR*, 2011, 357). Una parte della giurisprudenza effettua, altresì, un'ulteriore distinzione in tema di compatibilità dell'esercizio del potere di

autotutela sulla decisione giustiziale: secondo tale ricostruzione, nel caso di ricorso gerarchico in senso proprio – considerato che il potere di pronunciarsi in ordine ai ricorsi gerarchici e quello di rendere pronunce in sede di autotutela sono caratterizzati dalla medesima *ratio* e dalla sussistenza dei medesimi presupposti (puntuale valutazione delle relative ragioni di interesse pubblico) – ben potrebbe ipotizzarsi l'annullamento o la revoca in autotutela; a conclusioni opposte dovrebbe pervenirsi, invece, nel caso dei ricorsi gerarchici impropri, laddove sussiste una scissione fra la devoluzione *ex lege* del potere di pronunciarsi in ordine al ricorso giustiziale - potere riconosciuto ad un plesso amministrativo diverso da quello che ha emanato l'atto della cui legittimità si tratta - e la generale titolarità del potere di autotutela, riconosciuto alla medesima amministrazione che ha adottato l'atto medesimo (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 367, in *Foro amm. TAR*, 2008, 593).

Le oggettive potenzialità insite nel ricorso gerarchico improprio in termini di integrazione degli strumenti di tutela in capo al cittadino hanno, in passato, indotto il legislatore ad ipotizzarne una sostanziale valorizzazione. Ci si riferisce, in particolare, ai lavori del 1994 della Commissione di studio di nomina governativa su “La giustizia nell’amministrazione”: tra le proposte di riforma *ivi* avanzate, vi era anche quella di istituire autorità (su base regionale), dotate del carattere dell’indipendenza e dell’estraneità rispetto alla p.a. titolare della funzione di amministrazione attiva, cui affidare la risoluzione di determinate controversie attraverso l’esercizio di poteri sia di legittimità che di merito. Nonostante tali proposte non abbiano trovato attuazione, il modello delineato è, come noto, parzialmente rinvenibile, oggi, nei procedimenti di tutela non giurisdizionale esercitati dalle autorità amministrative indipendenti¹² alle quali – oltre alla possibilità di agire in sede

¹² Procedimenti di tutela non giurisdizionale esercitati dalle autorità amministrative indipendenti M. CLARICH, *L’attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna 1996, 149 ss.; A. PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 107 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 19 ss.; F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 540 ss.; P.

conciliativa – è spesso attribuita la competenza a dirimere controversie sulla base di veri e propri ricorsi amministrativi.

Di contro, deve tuttavia registrarsi come negli ultimi anni lo stesso legislatore abbia soppresso alcune (invero non particolarmente rilevanti) fattispecie di ricorso gerarchico improprio. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi originariamente prevista di ricorso al Ministero dell'Interno avverso i provvedimenti (dell'organo straordinario di liquidazione) di diniego di inserimento di un credito nel piano di rilevazione della massa passiva di un'amministrazione comunale (cfr. art. 87, d.lgs. n. 77/1995, abrogato dall'art. 7, co. 1 bis del d.l. n. 80/2004); nonché del ricorso ad una Commissione istituita presso il Ministero dei Lavori Pubblici avverso le determinazioni con le quali l'amministrazione negava o accordava solo parzialmente la revisione in aumento dei prezzi contrattuali degli appalti di opere pubbliche (cfr. art. 4, d.lgs. n. 1501/1947, abrogato dall'art. 24 del d.l. n. 112/2008). Al di là delle contingenze legate all'evoluzione delle specifiche discipline di settore, è possibile spiegare tale fenomeno anche in ragione della circostanza che un'analisi dei ricorsi gerarchici impropri di più risalente istituzione offre un quadro tutt'altro che

LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in F. Francario (a cura di) *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, 68 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2925 ss.; F. ASTONE, F. SAITTA, *La giustizia innanzi all'autorità garante delle comunicazioni*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 247 ss.; M. GOLA, *La giustizia innanzi all'autorità garante della privacy*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 233 ss.; N. PAOLANTONIO, *La giustizia innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 179 ss.

soddisfacente in termini di adeguatezza dei rimedi quali strumenti di tutela effettivamente in grado di affiancarsi alle forme di tutela giurisdizionale in forma alternativa e semplificata, soprattutto in ordine al profilo della reale neutralità dell'organo giudicante.

D'altro canto, è possibile osservare, da un lato, che l'istituto in esame continua ad operare in diversi contesti – quali l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (cfr. artt. 19 e ss., d.P.R. n. 655/1964); l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane (cfr. art. 7, l. 8 agosto 1985, n. 443); la nomina dei componenti i consigli camerali delle Camere di Commercio (cfr. art. 7, d.m. n. 501/1996); l'apposizione della segnaletica stradale (cfr. art. 37, d.lgs. n. 285/1992) –, dall'altro, che il legislatore nazionale (come anche molti regionali) ha di recente introdotto nuove ipotesi di ricorso gerarchico improprio in svariati settori, proprio al fine di consentire una più celere ed agevole risoluzione delle relative controversie (cfr.: art. 69, d.lgs. n. 42/2004 in materia di rilascio di attestato di libera circolazione di beni culturali; art. 17, d.lgs. n. 124/2004 in materia di contestazioni di violazioni da parte della Direzione provinciale del lavoro; art. 145, d.lgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali).

Tra le fattispecie di ricorso gerarchico improprio di più recente introduzione, una delle più interessanti – sia in termini di potenzialità applicative che di rilevanza del settore in cui opera – è quella in materia di accesso agli atti amministrativi. Ai sensi dell'art. 25, co.4 della l. n. 241/1990 (così come modificato dalla l. n. 340/2000 e, in seguito, dalla l. n. 15/2005) in caso di diniego dell'accesso o di differimento dello stesso, il richiedente può ricorrere al difensore civico¹³ (nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali,

¹³ Ricorso al difensore civico in materia di accesso agli atti F. VETRÒ, *Articolo 25, commi 4, 5, 5 bis e 6, in La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 751 ss.; A. SCARCIGLIA, *L'istituto del difensore civico in Italia fra "declamazioni", poteri di fatto e regole procedurali*, in *Dir. pubbl. com. eu.*, 2006, 1773 ss.; M. SANINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: le modalità di esercizio e tutela*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 443 ss.; A. CELOTTO (a cura di), *Il "ruolo" del Difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008; M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 1123 ss.

provinciali e regionali), o ad una Commissione nazionale per l'accesso ai documenti amministrativi¹⁴ (nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato). Entrambi gli organi sono tenuti a pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, scaduti i quali il ricorso si intende respinto. E' previsto, poi, che se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità competente, alla quale è data l'ulteriore facoltà di emanare un provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della decisione del difensore civico o della Commissione, in mancanza del quale l'accesso è consentito.

I caratteri di tale specifica ipotesi di ricorso gerarchico improprio denotano, invero, alcune criticità, prima fra tutte l'inadeguatezza in termini di effettiva indipendenza dell'organo giudicante. La Commissione per l'accesso, infatti, risulta inquadrata nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri e nominata con decreto del Presidente del Consiglio; mentre fra i membri che la compongono la normativa (art. 27, l.n. 241/1990) prevede la presenza – oltre che di parlamentari e tecnici – anche del capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui è affidata la Presidenza della Commissione stessa. Ciò posto, atteso che al suddetto organo è affidato il compito di decidere sui ricorsi amministrativi proprio nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, il forte legame con la Presidenza del Consiglio dei Ministri sembra inficiarne inevitabilmente il carattere dell'indipendenza. Nella seconda ipotesi, poi, sebbene l'opinione dominante escluda la qualificazione del difensore civico in termini di organo di

¹⁴ Ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi W. GIULIETTI, *Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 777 ss.; M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d.p.r. 184/2006*, in www.giustamm.it; G. BUSIA, *La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *L'accesso ai documenti. Limiti, procedimento, responsabilità*, Milano, 2006, 295 ss.; M. CALABRÒ, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 1202 ss.

governo (Corte Cost., 29 aprile 2005, n. 167, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2823), anche in relazione a tale figura può giungersi alle medesime conclusioni, alla luce dell'analisi della normativa regionale e degli statuti locali in tema di procedure di nomina (di tenore altamente politico), e di ruolo effettivamente ricoperto nell'ambito dell'ente in cui esso è incardinato.

Il rimedio in esame, poi, si rivela deficitario anche in termini di efficacia: l'eventuale accoglimento del ricorso comporta semplicemente una comunicazione all'autorità colpevole di aver illegittimamente differito o negato l'accesso, la quale tuttavia può, entro trenta giorni, confermare il suo provvedimento originario (e, quindi, disattendere la decisione della Commissione o del difensore civico) sulla base di differenti motivazioni (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 3 aprile 2008, n. 2835, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, 4 febbraio 2008, n. 218, in *Nuova rass.*, 2008, 853). Laddove l'amministrazione non provveda nel termine stabilito a confermare il provvedimento originario, il legislatore si limita a disporre che "l'accesso è consentito", senza, tuttavia, fornire alla Commissione ed al difensore civico idonei poteri ordinatori di esibizione dei documenti in caso (probabile) di perdurante inerzia della p.a. (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 26 settembre 2011, n. 738, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2761). In altri termini, all'accoglimento del rimedio amministrativo consegue semplicemente un invito all'amministrazione competente di riesaminare la propria precedente determinazione negativa, con l'ulteriore aggravante che tale richiesta non possiede alcun grado di vincolatività, ben potendo la p.a. ripronunciarsi con una motivata conferma del diniego all'accesso (T.A.R. Lazio, Roma, I, 5 maggio 2008, n. 3675, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

In conclusione, nonostante – come si è osservato – alcune delle fattispecie di ricorso gerarchico improprio attualmente esistenti ancora non soddisfino appieno i requisiti propri della funzione giustiziale, buona parte della dottrina auspica un forte sviluppo della figura in esame: l'idoneità dei caratteri del ricorso gerarchico improprio a garantire una tutela non solo rapida ed efficace, ma anche realmente imparziale, dovrebbe spingere il legislatore a perfezionarne il modello, adeguando (ove necessario) le fattispecie già esistenti ed introducendone di nuove, sia nell'ambito dell'ordinamento nazionale che

regionale e locale. Deve sul punto registrarsi come la stessa Unione Europea – nell’ambito di un più ampio processo di valorizzazione di *alternative dispute resolution* (ADR)¹⁵ – abbia di recente promosso l’utilizzo, quale metodo di risoluzione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, dei c.d. *internal reviews*, i cui caratteri fondamentali – rappresentati, da un lato, dall’utilizzo di canoni di giustizia oggettiva, e dall’altro, dall’affidamento della decisione della controversia ad un organo del tutto estraneo a quello che ha adottato il provvedimento contestato – li rendono sostanzialmente assimilabili ai ricorsi gerarchici impropri. Del resto, il rimedio in esame non rischierebbe di ridursi ad una mera duplicazione del ricorso giurisdizionale: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla semplicità delle forme, alla celerità, alla economicità, alla non necessità dell’assistenza di un difensore, ecc., tutte caratteristiche che, in special modo in relazione a posizioni soggettive non particolarmente rilevanti dal punto di vista economico, potrebbero consentire a tale modello di tutela giustiziale di ricoprire un ruolo tutt’altro che marginale.

¹⁵ *Alternative dispute resolution* (ADR) nel diritto amministrativo M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. ADR nel diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2004; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e formazione*, 2004, 1203 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010, 86 ss.; F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in www.giustamm.it; L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 655 ss.

4. LA RECENTE EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

4.1 *Il tradizionale dibattito circa la natura giuridica*

L'incertezza circa la natura giuridica (amministrativa o giurisdizionale) da riconoscere all'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato¹⁶ affonda le sue radici sin nello stesso inquadramento storico dell'istituto: mentre una parte della dottrina, infatti, lo riconduce ai c.d. rimedi di "giustizia ritenuta", quali poteri di carattere puramente giurisdizionale attribuiti direttamente al Sovrano, altri autori ritengono al contrario di poter riconoscere nel ricorso in esame un'evoluzione dei c.d. rimedi in via "graziosa", di cui era sempre titolare il Re, ma che avevano natura di atti amministrativi. Antecedentemente alle ultime riforme di cui alla l.n. 69/2009 e al Codice del processo amministrativo, dottrina e giurisprudenza si erano a lungo interrogate circa la possibilità di inquadrare il ricorso straordinario nell'ambito dell'attività giurisdizionale *tout court*. In tal senso militava, in effetti, più di un elemento: la piena garanzia del contraddittorio (assicurata dalla prevista

¹⁶ Ricorso straordinario al Capo dello Stato S. LESSONA, *La Giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1958; V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, (voce) in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso» del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 152 ss.; C.E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1172 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; M. CALABRÒ, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1/2009, 113 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 160; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, Torino, 2013, 631 ss.

notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati “nei modi e nelle forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali”, art. 9 d.P.R., n. 1199/1971); la circostanza che il parere semivincolante del Consiglio di Stato che precedeva la decisione fosse stato significativamente qualificato “espressione di un’attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo” (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066); nonché la ritenuta assimilazione ad una sentenza della decisione finale, la quale – pur non costituendo un giudicato in senso tecnico (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 13 maggio 2004, n. 1695, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1300; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, in *Foro amm. CDS*, 2002, 3021) – poteva comunque ritenersi “sostitutiva” della decisione del giudice in forza del principio dell’alternatività (T.A.R. Toscana, Sez. II, 15 marzo 2000, n. 451, in *Ragiusan*, 2000, 51; T.A.R. Lombardia Milano, 11 luglio 1995, n. 954, in *TAR*, 1995, 3628). A conforto ulteriore di tale posizione veniva richiamata, poi, una pronuncia della Corte di Giustizia (Corte Giust., 16 ottobre 1997, in *Cons. St.*, 1997, 86), con la quale il supremo organo di giustizia dell’Unione Europea qualificava espressamente “organo giurisdizionale” il Consiglio di Stato che emette il parere nell’ambito del procedimento di un ricorso straordinario, riconoscendogli conseguentemente la facoltà di adire la Corte stessa ai sensi dell’art. 177 (ora 234) del Trattato CE.

L’opinione prevalente, tuttavia, sosteneva che l’istituto in esame – per quanto si rivelasse indubitabilmente, tra i ricorsi amministrativi, il più “affine” ai rimedi di tipo giurisdizionale – dovesse comunque configurarsi quale esercizio di potere amministrativo. Diverse erano le ragioni poste a fondamento di tale posizione. Ci si riferisce, in particolare, alla segretezza dell’attività istruttoria (sostanzialmente gestita in via unilaterale dal Governo) e all’assenza di una discussione orale (Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2322, in www.giustizia-amministrativa.it), anche se il fattore dirimente era senza dubbio rappresentato dalla circostanza che la decisione finale spettasse al Ministro, organo di vertice della pubblica amministrazione (privo del carattere della terzietà), cui era concessa la facoltà di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, investendo della questione il Consiglio dei Ministri (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. it.*, 2002, 229). Anteriormente alla riforma del 2009, infatti, il carattere semivincolante del parere del Consiglio di Stato avrebbe potuto condurre il Ministro a concludere il

procedimento sulla base di una propria autonoma valutazione difforme dal suddetto parere (circostanza invero mai registratasi); a tal fine, tuttavia, lo stesso Ministro avrebbe dovuto sottoporre la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, non essendo ammessa una richiesta di riesame all'organo consultivo, se non nei casi limitati ed eccezionali di revocazione (Cons. Stato, Sez. I, 14 luglio 2010 n. 2775, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ovvero di obiettiva non conformità del parere al diritto per *jus superveniens* nelle more dell'emissione del decreto (Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 4421, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1022).

Dal riconoscimento della natura amministrativa derivavano, poi, diverse rilevanti conseguenze di ordine processuale, quali l'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso la decisione sul ricorso straordinario (Cass. civ., 5 aprile 2007, n. 8618, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 650), nonché l'impossibilità, da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva, di sollevare con il parere una questione incidentale di legittimità costituzionale¹⁷ (Corte Cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460). Il dibattito più acceso si era incentrato, tuttavia, sull'esperibilità o meno del rimedio dell'ottemperanza¹⁸ al fine di

¹⁷ Ricorso straordinario e incidente di costituzionalità A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2005, 2149 ss.; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.giustamm.it*; L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in *www.forumcostituzionale.it*.

¹⁸ Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3737 ss.; A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite:*

imporre all'amministrazione l'esecuzione della decisione finale. Una parte della giurisprudenza propendeva per una risposta favorevole, in considerazione sia della sostanziale detenzione del potere decisorio in capo al Consiglio di Stato (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giur., 18 maggio 2009, n. 415, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Foro amm.*, 2001, 2844), sia della assimilabilità al giudicato della decisione finale, atteso il regime dell'alternatività e la ridottissima passibilità di impugnazione, solo per *errores in procedendo* (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 19 dicembre 2012, n. 5254, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3969; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2007, n. 999, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 532). La giurisprudenza amministrativa maggioritaria sosteneva, al contrario, la non esperibilità del rimedio dell'ottemperanza, affermando che la natura amministrativa dell'atto decisorio, in uno con il suo carattere cogente, imponesse al destinatario che legittimamente ne pretendeva l'esecuzione di impugnare il silenzio rifiuto formatosi sulla diffida a provvedere (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in *Foro amm. CDS*, 2007, 538; Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5036, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2214), ovvero – in caso di atto elusivo o chiaramente contrastante con la decisione presidenziale – di impugnare detto atto ed ottenerne l'annullamento in quanto invalido per eccesso di potere (Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 146, in *Cons. St.*, 1999, 254).

4.2 La riforma ad opera dell'art. 69 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e la tendenziale giurisdizionalizzazione dell'istituto

Tale assetto ha subito un sostanziale stravolgimento a seguito delle novità apportate alla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato ad opera dell'art. 69

la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1466 ss.

della l. 18 giugno 2009 n. 69¹⁹ (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*). Già in precedenza, invero, il legislatore era intervenuto al fine di integrare – in termini di completezza e celerità della tutela – il regime dell’istituto in esame: in particolare, adeguandosi a quanto già sancito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. II, 14 febbraio 2001, n. 127, in *Cons. St.*, 2001, 2222), l’art. 3, co. 4 della l. n. 205/2000 aveva riconosciuto la possibilità di richiedere misure cautelari anche in sede di ricorso straordinario, attribuendo al Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato, il potere di sospendere l’efficacia del provvedimento impugnato. Si segnala, invero, come la disciplina cautelare nell’ambito del procedimento del ricorso straordinario presenti ancora notevoli lacune – se paragonata a quella attualmente in vigore all’interno del processo amministrativo – concretandosi nella sola possibilità di richiedere la sospensione del provvedimento impugnato, con tutti i limiti che ne conseguono (Cons. Stato, Ad. Spec., 28 aprile 2009, n. 920, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1097).

Ma è con la citata riforma del 2009 che il legislatore ha inteso operare in modo organico un intervento volto anche a risolvere quei nodi interpretativi che la giurisprudenza aveva negli anni fatto emergere: da un lato, si è ammessa espressamente la deferibilità di questioni di costituzionalità anche da parte del Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi in sede consultiva su un ricorso straordinario, e, dall’altro, tale parere è stato reso formalmente e sostanzialmente vincolante, nella misura in cui non è più consentito al

¹⁹ Riforma della disciplina del Ricorso straordinario al Capo dello Stato e l. n. 69/2009 L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. AULETTA, *Il legislatore “muove un passo” verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss.; F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l’effettività della tutela (rilevi critici sull’approccio)*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1606 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; G. MARTINI, *Il ‘ricorso straordinario’ al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in www.giustamm.it, 2/2010.

Ministro competente di discostarsene attraverso la rimessione della questione al Consiglio dei Ministri.

Entrambe le modifiche hanno innegabilmente portato ad un incremento nel livello di tutela che l'istituto in esame è in grado di garantire al cittadino: sia la possibilità di sollevare incidenti di costituzionalità all'interno del procedimento, sia – in misura maggiore – l'aver trasferito il potere decisorio da un organo di parte (il Ministro) ad un organo costituzionalmente dotato dei caratteri dell'indipendenza e dell'imparzialità (il Consiglio di Stato), rappresentano un evidente passo in avanti nell'ottica della funzione giustiziale di cui l'istituto è espressione. Per quanto attiene, poi, più nello specifico il secondo dei citati interventi correttivi, esso segna il venir meno della principale argomentazione a favore del riconoscimento della natura amministrativa al rimedio in esame, rappresentata dalla facoltà, precedentemente attribuita al Ministro, di concludere il procedimento sulla base di una propria autonoma valutazione, difforme dal parere del Consiglio di Stato.

4.3 Le ultime novità introdotte dal Codice del processo amministrativo

Il legislatore del 2009 non si era, tuttavia, espresso in ordine alla questione dell'ottemperanza, che fino a quel momento aveva maggiormente impegnato dottrina e giurisprudenza. Sul punto è successivamente intervenuto il Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010)²⁰, il cui art. 112 sembrerebbe estendere l'istituto dell'ottemperanza anche alle decisioni in questione. A ben vedere, invero, esso non

²⁰ Disciplina del Ricorso straordinario al Capo dello Stato e Codice del Processo Amministrativo F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al presidente della Repubblica Storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, 2010; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012; F. TUCCARI, *Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 84 ss.

contempla espressamente i provvedimenti conclusivi del ricorso straordinario, e ciò ha comportato il sorgere di un dibattito – ancora in corso sia in dottrina che in giurisprudenza – circa l’applicabilità alla fattispecie della lett. b) o della lett. d) del II° co. dell’art. 112 cit. In particolare, i sostenitori della prima tesi ritengono che il legislatore, nel prevedere – ai sensi della suddetta lett. b) – l’estensione dell’ambito di operatività del rimedio dell’ottemperanza anche agli “altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo” abbia voluto riferirsi proprio alle decisioni che il Consiglio di Stato prende, sotto forma di parere vincolante, nell’ambito del procedimento in questione (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1520; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). Aderire a tale ricostruzione, tra l’altro, consentirebbe di confermare ulteriormente l’avvenuto mutamento della natura giuridica dell’istituto in esame, da amministrativa a giurisdizionale (Cass. civ., sez. un, 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Giust. civ.*, 2011, 136; Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2039).

Di contro, vi è chi sottolinea come il considerare la decisione sul ricorso straordinario un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo ai sensi della lett. b) cit. nasconda una forzatura nella misura in cui – per quanto il parere del Consiglio di Stato sia ormai vincolante – il provvedimento finale non è in ogni caso imputabile al giudice amministrativo, bensì al Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente. Secondo tale tesi, dunque, che tra le decisioni da ottemperare rientrino anche quelle emesse in sede di ricorso straordinario emergerebbe, piuttosto, dalla lettera d) dell’art. 112, co. II° cit., laddove si estende l’ottemperanza anche ai provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato “per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza”. Tale diversa ricostruzione inquadra, dunque, la decisione sul ricorso straordinario non nei provvedimenti del giudice amministrativo, bensì nei provvedimenti (amministrativi) sostanzialmente (ma non formalmente) equiparati alle sentenze del giudice amministrativo (Cass. Civ., Sez. Un., 7 giugno 2012, n. 9183, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 dicembre 2011, n. 2341, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4145).

Optare per la prima o la seconda delle suddette ricostruzioni incide anche sull'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sull'ottemperanza, nella misura in cui - laddove si dovesse qualificare la decisione come provvedimento amministrativo (lett. d) e non come provvedimento esecutivo del giudice (lett. b) – non troverebbe applicazione il co. I° dell'art. 113 c.p.a. (“giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”, ovvero il Consiglio di Stato in unico grado) (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1520; Cass, Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Guida al diritto*, 2011, 13, 52), bensì il successivo co. II° del medesimo art. 113 cit. (“tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza”, ovvero il T.A.R. del Lazio) (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1001; Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633). Sul punto, la Sez. VI del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 673/2013, – proprio alla luce della perdurante oscillazione tra le due tesi interpretative e pur schierandosi espressamente per l'applicazione della lett. d) dell'art. 112, co II° cit. – ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della natura giuridica da riconoscere alla pronuncia emessa in esito a ricorso straordinario al Capo dello Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*). Con la recentissima pronuncia del 6 maggio 2013, n. 9, l'Adunanza Plenaria ha, quindi, espressamente qualificato “decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale” il decreto decisorio che definisce la procedura iniziata con la proposizione di un ricorso straordinario – ritenendo al riguardo dirimente il carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato – e, di conseguenza, ha optato per l'applicabilità del combinato disposto degli artt. 112, co. II, lett. b) e 113, co. I, c.p.a. in sede di ottemperanza (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *www.lexitalia.it*).

In ogni caso, con il riconoscimento dell'utilizzo dello strumento dell'ottemperanza, il legislatore ha senza dubbio inteso garantire una maggiore efficacia al ricorso straordinario – consentendo così il superamento definitivo di quella giurisprudenza minoritaria che, pur ritenendo che la decisione sul ricorso straordinario avesse, in linea di principio, forza cogente (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in *www.giustizia-amministrativa.it*), non escludeva che, laddove fosse emerso il carattere palesemente infondato della pretesa, l'amministrazione sarebbe stata legittimata a non eseguire la

decisione “in quanto non sarebbe utile per il ricorrente e del tutto pregiudizievole per l'amministrazione l'imposizione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 30 luglio 2007, n. 7179, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Anche a seguito della presa di posizione da parte dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, cit.) sembra permanere l'incertezza circa l'avvenuto mutamento o meno della natura giuridica da strumento di tutela di tipo amministrativo a rimedio giurisdizionale. Non mancano, infatti, pronunce che – pur parlando di “decisioni di giustizia” – sottolineano elementi potenzialmente idonei a mettere in dubbio la ricostruzione del ricorso straordinario quale espressione del potere giurisdizionale, quali l'inesistenza di un contraddittorio orale, l'attribuzione della competenza istruttoria al solo Ministro (di fatto, “parte” della controversia), nonché l'assenza del doppio grado di giurisdizione (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). A ciò si aggiunga come – nel silenzio del legislatore – la giurisprudenza si presenti ancora oscillante circa l'operatività della sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c.²¹ in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale (a favore: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2451; *contra* Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. civ.*, 2011, 826).

Oltre ad aver disposto in ordine al profilo dell'ottemperanza, il Codice del processo amministrativo è altresì intervenuto limitando il regime di operatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato alle sole “controversie devolute alla giurisdizione amministrativa” (art. 7, co. 8, d.lgs. n. 104/2010). Le ragioni di tale modifica rispetto all'assetto precedente devono rinvenirsi nel nuovo ruolo (di titolare “sostanziale” della

²¹ Ricorso straordinario al Capo dello Stato e sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 555 ss.

decisione) riconosciuto al Consiglio di Stato e nella conseguente necessità di non oltrepassare i confini di riparto di giurisdizione dettati dall'art. 103 Cost. In precedenza, al contrario, si riteneva che il ricorso straordinario potesse essere esercitato anche a tutela di diritti soggettivi, benchè ricadenti nella sfera di giurisdizione del giudice ordinario (Cons. Stato, ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2160). La Cassazione ha ritenuto di poter leggere in tale prescrizione una ulteriore conferma della "giurisdizionalizzazione" del rimedio in esame, sottolineando come la giurisdizione sia in tal modo divenuta presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo (Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126) Sull'art. 7 cit. si è altresì pronunciata l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, riconoscendo a tale disposizione portata innovativa e non meramente interpretativa, con conseguente non retroattività della stessa (Cons. Stato, Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 808, in www.giustizia-amministrativa.it). Ancora in ordine ai limiti che connotano l'ambito di operatività del rimedio in esame, si sottolinea come il suo utilizzo sia espressamente escluso in caso di contenzioso sulle operazioni elettorali (art. 128 c.p.a.), nonché – indirettamente – in materie le cui esigenze di celerità richiedono riti speciali o abbreviati, quali l'accesso agli atti (Cons. Stato, Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 4280, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2678; Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 1670, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2409), le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente (art. 120 c.p.a.).

L'art. 48 del Codice del processo amministrativo, poi, conferma e specifica ulteriormente il regime di alternatività sussistente tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso ordinario al giudice amministrativo, in base al quale, come noto, *electa un via non datur recursus ad alteram*. Al riguardo, la più recente giurisprudenza ha ampliato la sfera di operatività del suddetto regime, predicandone l'applicazione non solo in riferimento all'impugnazione del medesimo atto amministrativo, ma in tutte le ipotesi in cui vengano in esame atti posti in rapporto di presupposizione e consequenzialità (T.A.R. Liguria, 11 dicembre 2012, n. 1589, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3827; Cons., Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2158, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 807; Cons. Stato, Sez. II, 22 giugno

2011, n. 3035, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2151). E' noto che il suddetto regime di alternatività comporta unicamente la preclusione del ricorso straordinario una volta che sia stato proposto ricorso giurisdizionale, non avendo valore in senso inverso grazie alla prevista possibilità di chiedere la trasposizione della controversia dalla sede giustiziale a quella giurisdizionale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 gennaio 2013, n. 36, in *Foro amm. TAR*, 2013, 87).

Ciò posto, rispetto a quanto originariamente disposto dall'art. 10 del d.P.R. n. 1199/197, l'art. 48 cit. ha esteso la facoltà di richiedere la trasposizione della controversia non solo ai controinteressati, bensì a qualsiasi "parte" nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, compresi, quindi – oltre all'amministrazione che ha emanato l'atto impugnato – anche i cointeressati (Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126; *contra* T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 27 giugno 2011, n. 321, in *Giur merito*, 2012, 958). Deve segnalarsi come l'art. 10 cit. – non abrogato dal Codice del processo amministrativo – disponga che l'istituto della trasposizione funge da strumento idoneo a consentire "che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale", postulando, quindi, che quella del ricorso straordinario non configuri essa stessa una sede giurisdizionale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818). La giurisprudenza ritiene di poter giustificare la permanenza del regime dell'alternatività – nonostante le recenti importanti novità introdotte all'interno della disciplina del ricorso straordinario – non tanto per il rischio dell'eventuale violazione del principio del *ne bis in idem* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 aprile 2012, n. 572, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1154), quanto in considerazione delle maggiori garanzie che la tutela giurisdizionale è ancora in grado di assicurare, quali il doppio grado di giudizio, la pubblicità delle udienze, la discussione orale, il termine per la pubblicazione delle pronunce, la possibilità di ricorrere in Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111 Cost. (T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538, in *Giur. merito*, 2011, 3197).

Le rilevanti modifiche introdotte dal legislatore del 2009 e, da ultimo, dal Codice del processo amministrativo hanno senza dubbio contribuito a chiarire numerosi profili di incertezza che in precedenza connotavano la disciplina del ricorso straordinario al Capo

dello Stato, nonché ad implementarne il grado di efficacia, nonostante permanga quel grave vizio di fondo, di cui si è già detto, rappresentato dalla conferma del riconoscimento della titolarità dell'attività istruttoria al solo Ministro competente (parte della controversia). Ciò premesso – ed a prescindere dall'avvenuta giurisdizionalizzazione o meno dell'istituto in esame – deve segnalarsi come i caratteri che (oltre al termine di impugnazione più lungo) hanno da sempre giustificato la permanenza di un rimedio di tutela strutturalmente alternativo a quello ordinario, quali la semplicità, la celerità e la gratuità, non trovano piena conferma nella realtà dei fatti. In merito alla presunta semplicità, ad esempio, se è vero che in linea astratta la normativa non impone l'utilizzo di formule tecniche particolari per la predisposizione dell'atto, con consequenziale facoltà del privato di redigerlo senza l'ausilio di un difensore, di fatto tale circostanza si avvera piuttosto di rado, atteso, tra l'altro, che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che le censure devono essere formulate in modo non generico (sebbene atecnico) e supportate da idonei elementi probatori (Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 1998, n. 109, in *Cons. St.*, 1999, 1272); circostanza che sembra trovare ulteriore conferma nella recente sostanziale assimilazione ai rimedi di natura giurisdizionale.

Anche l'affermazione che l'istituto in esame garantisce una forma di tutela celere non si rivela del tutto esente da critiche: se è vero, infatti, che il Ministro competente è tenuto a concludere l'attività istruttoria entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto per la deduzione dei controinteressati (pena la facoltà dell'interessato di rivolgere l'istanza direttamente al Consiglio di Stato), il legislatore non prevede alcun termine per la formulazione del parere da parte del Consiglio di Stato, né per l'emanazione del decreto ministeriale una volta trasmesso il parere, con la conseguenza che la decisione finale viene spesso assunta dopo anni dalla presentazione del ricorso. In ordine alla presunta economicità del rimedio, infine, deve osservarsi come oggi il minor costo rispetto alle forme di tutela giurisdizionale si limiti alla facoltà di difendersi personalmente da parte dell'interessato, facoltà che, come già sottolineato, viene assai raramente sfruttata. Ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), infatti, è stato superato il precedente regime di "gratuità" del ricorso straordinario, essendo stato anch'esso inserito nei procedimenti per i quali è necessario effettuare il pagamento del contributo unificato (pari ad euro 650) occorrente per il deposito degli atti.