



07 MAGGIO 2025

Prime riflessioni sul concetto di forma
a partire dal ricorso straordinario al
Capo dello Stato

di Chiara Castaldo

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino



Prime riflessioni sul concetto di forma a partire dal ricorso straordinario al Capo dello Stato*

di Chiara Castaldo

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il contributo intende proporre alcune considerazioni sul concetto di “forma” a partire dal ricorso straordinario al Capo dello Stato, quale spunto per una prima e più ampia analisi del rapporto tra forma e sostanza nel diritto amministrativo. Viene esaminata la natura di tale ricorso, sospesa tra amministrazione e giurisdizione, con particolare attenzione ad una pretesa scissione tra la “forma” (con imputazione dell’atto conclusivo ad un organo non appartenente alla giurisdizione) e la “sostanza” (il contenuto decisorio dell’atto, rimesso ad un parere vincolante del Consiglio di Stato). In tale contesto e alla luce di recente giurisprudenza, si propone una lettura della forma non come mero aspetto esteriore, ma come modalità dell’essere giuridico, intrinsecamente legata ai principi ordinatori della funzione e dell’organizzazione amministrativa.

Title: First reflections on the concept of form from the extraordinary appeal to the Head of State

Abstract [En]: This paper seeks to advance certain considerations on the concept of “form”, taking the extraordinary appeal to the Head of State as a basis for a preliminary and broader inquiry into the relationship between form and substance in administrative law. The analysis focuses on the hybrid nature of this appeal, situated between administrative and judicial domains, with particular emphasis on the asserted dissociation between “form” (the attribution of the final act to non-judicial body) and “substance” (the decisional content of the act, determined by the binding opinion of the Council of State). Within this framework, and in light of recent jurisprudence, the paper proposes an interpretation of form not merely as an external element, but rather as part of juridical being, inherently linked to the foundational principles governing administrative function and organization.

Parole chiave: forma; sostanza, ricorso straordinario, funzione amministrativa, pubblica amministrazione

Keywords: form, substance, extraordinary appeal, administrative function, public administration

Sommario: **1.** Dalla funzione amministrativa alla difficoltà di inquadramento di taluni casi “limite”. **2.** In particolare: il ricorso straordinario al Capo dello Stato. **3.** L’impossibilità di scissione tra la forma (di diritto amministrativo) e la sostanza (di atto decisorio). **4.** Per una più ampia riflessione sul concetto di “forma”.

1. Dalla funzione amministrativa alla difficoltà di inquadramento di taluni casi “limite”

Da tempo s’è affermato che la nozione di amministrazione – ove slegata dalla tipizzazione costituzionale degli organi di Governo (artt. 92 e ss., Cost.) e degli enti, locali e territoriali (artt. 114 e ss., Cost.) – non ha contorni chiaramente definiti¹. Né il legislatore s’è premurato di definire puntualmente il concetto di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, spec. p. 79 ss.

pubblica amministrazione² o di delineare una nozione di “attività amministrativa”³, evidenziandosi peraltro che, a fianco di una riserva di legge e di giurisdizione, nulla è disposto circa la sussistenza di una riserva di amministrazione, salvo quanto può interpretativamente derivarsi da alcune norme costituzionali (art. 117, co. 6, Cost.), con vivo dibattito circa la sua configurabilità o meno nell’ordinamento giuridico italiano⁴.

In tale contesto, s’afferma che all’amministrazione pertiene una “funzione dell’ordinamento generale”⁵ che, a prescindere dalla struttura che in concreto l’attua e ne realizza le corrispondenti attività anche provvedimentali⁶, è diretta all’attuazione del disegno Costituzionale e dei principi che lo compongono, «riassumibili nel pieno sviluppo della persona umana (principio personalista, art. 2), da conseguirsi attraverso la previsione di diritti individuali e collettivi, e al contempo di doveri di solidarietà sociale (artt. 3 e 4, 13-54)»⁷. I compiti attribuiti (o riservati⁸) all’amministrazione sarebbero pertanto vari, poiché posti in funzione degli interessi generali alla cui cura essa è costituzionalmente preposta, individuandosi una loro tipizzazione nel principio di legalità⁹, che consente di ricondurre l’amministrazione come

² Ciascuna legge di settore individua il proprio ambito di applicazione includendo od escludendo taluni enti dalla nozione di amministrazione: si pensi ad esempio agli articoli 1, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*; 2-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n.33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*; art. 7, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*; art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

³ Salvo inferire quest’ultima dai principi che la governano, come enunciati in Costituzione (art. 97, Cost.; art. 114, Cost.) nonché nella l. n. 241 del 1990, cit. Sul concetto di amministrazione pubblica e attività amministrativa, per tutti: M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in F. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Barbera, Firenze, 1950, p. 155 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; G. ZANOBINI, *L’attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 281 ss. poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 203 ss.; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 239 ss.; M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 233 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e della struttura della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1977; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, V, 1984, p. 205 ss.; E. CASETTA, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Utet, Torino, 1997, p. 272 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 95 ss.

⁴ In generale, sulla riserva di amministrazione, tra gli altri: D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 673 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 155-159; A. MITROTTI, *Riserva di Amministrazione versus Amministrazione per legge. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 2020, p. 1 ss. In giurisprudenza, la questione è da ultimo toccata da Corte Cost., 19 maggio 2020, n. 116. Per tutti, sulla riserva di giurisdizione: A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1967, p. 257 ss.

⁵ G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell’odierno quadro costituzionale*, in *Annuario 2002 dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 463.

⁶ L’ordinamento italiano è caratterizzato da una amministrazione plurale, come emerge in G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino, 2013, spec. p. 22 ss.

⁷ *Ivi*, p. 42.

⁸ Cfr. *supra* nota 4.

⁹ Sul principio di legalità, sia consentito il breve rimando a: R. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Utet, Torino, 1963, p. 577 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova,

organizzazione sociale all'ordinamento democratico e alle espressioni di sovranità popolare¹⁰. Ciò, in tutta estraneità dall'indirizzo politico, risultando l'amministrazione in questo senso imparziale, seppur la sua attività sia parziale perché volta all'attuazione dell'interesse pubblico affidatole, come poc'anzi ricordato¹¹. Porre l'accento sull'oggetto – o contenuto – dell'attività amministrativa consente solo in parte di definire quest'ultima nei suoi tratti essenziali¹². Talvolta, il diritto positivo affida il perseguimento dell'interesse pubblico a soggetti che assumono una veste non direttamente riconducibile alla sfera pubblica¹³. Talaltre, pare attribuire alcune attività rientranti nell'ambito di pertinenza di una funzione ad organi titolari di diversa funzione: così, all'amministrazione è attribuita attività giustiziale¹⁴ nonché l'accertamento di

1969; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 659 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, p. 84 ss.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna – Villa Monastero – 20-22 settembre 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 21 ss.

¹⁰ Così G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1986, p. 16.

¹¹ Ciascuna delle precisazioni sinora riportate nel testo meriterebbe autonomo approfondimento, intendendosi piuttosto in questa sede fornire un quadro generale dell'amministrazione pubblica ai fini della trattazione che seguirà sui concetti di "forma" e "sostanza". Sul principio di imparzialità (art. 97, Cost.), per tutti: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1965; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967, p. 198 ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, p. 131 ss.; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, p. 4 ss.; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1973; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna – Villa Monastero – 20-22 settembre 1984, Giuffrè, Milano, 1987, p. 155 ss.

¹² F. SEVERO SEVERI, *Funzione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1991, § 1, che richiama in particolare M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 85. Il riferimento all'oggetto dell'attività concretamente svolta è tuttavia richiamato più volte in giurisprudenza al dichiarato fine di consentire l'applicazione di una disciplina sostanziale pubblicistica, nel caso in cui l'attività sia finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico: *ex multis*: Cons. St., sez. I, 3 giugno 2022, n. 934; Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2021, n. 10244; Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667.

¹³ Il riferimento è a taluni enti, intesi come soggetti "formalmente privati", cui è affidato l'espletamento di attività "sostanzialmente pubbliche" in ragione degli interessi perseguiti. La dottrina sul punto è vasta, potendosi in questa sede brevemente richiamare: F. GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 279 ss.; G. ARENA, *Enti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. III, Utet, Torino, 1982, p. 401 ss.; G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 366 ss.; A. BARDUSCO, *Ente pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, p. 64 ss.; V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 97 ss. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Utet, Torino, 1997; D. MARRAMA, *Contributo alla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, fasc. 3-4, 2000, pp. 585 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2003, p. 801 ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 20 ss.; G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. II, Cedam, Padova, 2007, p. 415 ss.; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009; F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 411 ss.; Per la giurisprudenza si rimanda alla nota che precede.

¹⁴ Il riferimento è ai ricorsi amministrativi e, altresì, al ricorso straordinario al Capo dello Stato. Sul punto, *infra*, § 2.

sanzioni amministrative a carattere punitivo¹⁵, mentre alla giustizia è affidata l'amministrazione di taluni interessi privati¹⁶.

In tali ultimi casi, l'analisi si colloca nel contesto di una distinzione tra “funzioni”¹⁷ (legislativa, giurisdizionale e, per l'appunto, amministrativa), avente fondamento nella tripartizione dei poteri dello Stato¹⁸: eppure, non pare consentire una volta e per tutte di definire ciascuna di esse nel caso concreto, definendole piuttosto nei tratti essenziali di distinzione dell'una dall'altra¹⁹, ricordandosi che la tripartizione dei poteri è in primo luogo un principio politico, che non intende perpetrare una rigida divisione, quanto piuttosto individuare un equilibrio dinamico²⁰. L'amministrazione – come poco sopra definita – contribuirebbe all'attuazione del diritto positivo, del pari della giurisdizione²¹, seppur questa

¹⁵ Per alcune delle quali si pone, peraltro ed in termini analoghi a quelli di cui *infra*, la questione della loro natura (“formalmente” amministrativa e “sostanzialmente” penale) a seguito della nota pronuncia della Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. Tratta di questione che esula dal presente scritto, per cui si rimanda sinteticamente a: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1775 ss.; A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2014, p. 627 ss. Recentemente, per la giurisprudenza costituzionale italiana: Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68.

¹⁶ Il riferimento è alla volontaria giurisdizione, rimandandosi in questa sede brevemente, oltre a quanto più oltre citato, a: E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487 ss.; G.A. MICHELI, *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Cedam, Padova, 1950, p. 380 ss.; E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Cedam, Padova, 1953 e poi ID., *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 331 ss.; P. PAJARDI, *La giurisdizione volontaria*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 29 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, parte I: *Premesse storiche e sistematiche*, Cedam, Padova, 1941, pp. 81-85.

¹⁷ In generale, sul concetto di funzione, si v. F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 301 ss. Più specificamente, con riferimento alla “funzione pubblica”, nel diritto amministrativo, si v. M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 237-238. Si esprime in senso negativo sul carattere «del tutto immaginoso della formula funzione dello Stato»: S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 223.

¹⁸ Su cui per tutti: G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 670 ss., nonché dello stesso A., *La separazione dei poteri*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1984; S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947; G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 820 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 52 ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 474 ss.

¹⁹ Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2024, n. 11. Critico verso i tentativi di definizione della “giurisdizione” come funzione dello Stato è S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., p. 218 ss. Nel prosieguo, il riferimento alla separazione dei poteri sarà limitato a quanto strettamente necessario ai fini della trattazione.

²⁰ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit. Cenni anche in M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 239, che elenca in proposito una serie di fattispecie.

²¹ M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 235. In questi termini distingue giurisdizione e amministrazione S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., p. 223: «l'altro [l'amministrazione] è la concreta azione (che in quella volontà generalmente espressa [la legge] trova la sua ragione e la sua legittimità), il terzo [la giurisdizione o giustizia] è l'affermazione della volontà generale nel caso concreto». Peraltro, deve ritenersi riduttiva l'affermazione di amministrazione e giurisdizione come attuazione del diritto, in ragione della discrezionalità della prima e della forza creatrice della seconda, ciascuna conformemente al sistema: G. SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 694-703.

assicuri l'osservanza delle norme poste dall'ordinamento²², intervenendo a valle di una lesione di posizioni giuridiche soggettive e garantendo tutela dei diritti soggettivi ed interessi legittimi (art. 113, Cost.)²³.

Così, in ciascuna delle ipotesi "limite" sopra brevemente accennate, sarebbero affidate all'amministrazione o al giudice – in via concorrente o alternativa –, o finanche a soggetti la cui struttura non è direttamente riferibile alla sfera pubblica²⁴, attività che potrebbero ritenersi nell'un caso appartenenti ad altro potere per tradizione o affinità strutturale e, nell'altro, "oggettivamente" pubbliche, con difficoltà di inquadramento delle fattispecie – e conseguente incerta individuazione della disciplina applicabile –, rispondendo ciascuna di esse a diversi principi e modelli organizzativi.

Ove si sottopongono ad analisi critica tali ipotesi, s'evidenzia una tendenza interpretativa alla scissione tra la forma²⁵ (amministrativa o giurisdizionale; pubblica o privata) e la sostanza dell'attività svolta e del provvedimento adottato all'esito del procedimento o processo, talvolta con il pregevole intento di estendere talune garanzie a fattispecie di non chiaro inquadramento²⁶, talaltra al solo fine di concretamente individuare la disciplina residuale applicabile a provvedimenti la cui peculiarità si evidenzia nella stessa disciplina che li riguarda²⁷. Scissione, quella ora ricordata, che non pare valorizzare il rapporto intercorrente tra la forma – come modalità dell'essere, anche in senso giuridico – e il suo principio

²² M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 234.

²³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 671, nel dare una lettura di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, rist. 2° ed., a cura di S. COTTA, Torino, 1973, cap. I, p. 66.

²⁴ Sul punto, già *supra* la nota 12.

²⁵ In generale sulla "forma" nelle sue plurime sfaccettature: L. CAIANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 83 ss.; N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 998 ss.; A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1018 ss.; N. IRTI, *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985; S. SICA, *Formalismo e attività giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 207 ss.; M. JORI, *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 425 ss.; F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, IX-X, 2000, p. 3443 ss.; A. LISERRE, *Forma degli atti*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, Roma, 2007, p. 1 ss. Con specifico riferimento al diritto amministrativo, seppur con significative note di carattere più generale, da ultimi: A. DE SIANO, *Le forme della decisione della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2021, pp. 911 ss.; V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2024.

²⁶ È il caso delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, su cui già poco sopra la nota 15.

²⁷ Si pensi alla volontaria giurisdizione – ma anche, come si vedrà (§ 2), al ricorso al Capo dello Stato – ove l'emanazione del provvedimento da parte del giudice tutelare o collegiale non si accompagna alle garanzie processuali e al regime giuridico del provvedimento finale che caratterizzano l'attività giurisdizionale: Cass. civ., 19 gennaio 1987, n. 403; Cass. civ., 26 novembre 1997, n. 11860; Cass. civ., 22 gennaio 1982, n. 444; Cass. civ., 26 febbraio 1993, n. 2395; Cass. civ., sez. un., 9 maggio 1973, n. 1247; Cass. civ., 28 maggio 1992, n. 6451; Cass. civ., 26 aprile 1994, n. 3942; Cass. civ., 10 giugno 1987, n. 5046; Cass. civ., sez. un. 28 gennaio 1995, n. 1026. In dottrina, ritengono la volontaria giurisdizione attività sostanzialmente od oggettivamente amministrativa, anche se soggettivamente giurisdizionale: P. PAJARDI, *op. cit.*, p. 29 ss.; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 81-85.

ordinatore²⁸, relegando la prima ad un mero aspetto esteriore²⁹, e per questo ritenendosi talvolta la sua non necessarietà al raggiungimento del presumibile scopo dell'atto o dell'azione³⁰. La difficoltà stessa di definire il concetto di “forma”³¹ ha dato adito a una moltiplicazione delle classificazioni giuridiche – soprattutto in tema di invalidità, con distinzione tra mere irregolarità e nullità formali e sostanziali³², su cui qualche cenno in conclusione (§ 4) – e finanche suggerendosi la possibilità che un atto vesta la forma amministrativa ma abbia contenuto sostanzialmente differente³³.

Nella varietà delle ipotesi che hanno indotto ad una scissione tra “forma” e “sostanza”, l'analisi d'una di esse – il ricorso straordinario al Capo dello Stato (§ 2) – consente una prima ricomposizione del legame tra il concetto di “forma” e il principio ordinatore d'una attività o funzione (§ 3), favorendo

²⁸ È l'accezione di forma Aristotelica, nelle parole di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 3: «In Aristotele la forma è ciò che definisce il carattere stesso della sostanza, la sua essenza ultima, senza la quale essa cessa di esistere come tale e, potremmo dire, diventa materia inerte. La forma, pertanto, non è solo l'aspetto esteriore di qualcosa, ma ne è la struttura intima e riconoscibile». Simile accezione è ripresa da più parti, limitandosi in questa sede a citare da ultimi A. DE SIANO, *op. cit.*, pp. 911 ss. e A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2003, par. 1, che ricorda che la forma, in quanto “possibilità della struttura” è sostanza vera di ogni struttura o di ogni prodotto dell'ordinamento giuridico”. L'A. da ultimo citata richiama A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Giappichelli, Torino, 1998 e A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I: *Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. p. 178 ss. Il concetto di forma è indissolubilmente legato al diritto, cui apporta tutta la sua indeterminazione sul piano etimologico e filosofico: M. JORI, *op. cit.*, p. 433.

²⁹ Si tratta di un peculiare concetto di “forma” veicolato dal diritto privato, ove a differenza del diritto amministrativo minore è il rilievo degli atti preparatori alla formazione della volontà (E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 819 ss.), e che s'è fatto strada nel passaggio dal diritto antico al diritto moderno, come ben evidenziato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, pp. 22 ss.

³⁰ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 1, 2004, p. 189. Per la giurisprudenza relativa al procedimento amministrativo, seppur non in esatti termini, da ultime: Cons. St., sez. II, 8 giugno 2023, n. 5642; Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4278; Cons. giust. amm. Sicilia, 24 gennaio 2022, n. 116. Nel processo, in relazione alla nullità della notificazione del ricorso, *ex multis*: Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4979; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 422; Cons. St., sez. IV, 31 agosto 2017, n. 4109; Cons. St., sez. III, 10 agosto 2016, n. 3586.

³¹ Si v. T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, vol. III, Utet, Torino, 1999, p. 25. Sul formalismo giuridico, per tutti, già *supra* la nota 15.

³² In diritto amministrativo, si pensi alla disciplina dei vizi del provvedimento e in particolare all'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, cit., su cui ormai copiosa giurisprudenza e dottrina, per le quali si richiama brevemente e senza pretesa di esaustività: A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993; A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 49 ss. L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2008, p. 107 ss.; P. LAZZARA, *Articolo 21 octies. Annulabilità del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 1° ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 838 ss. In giurisprudenza, da ultime: Cons. St., sez. III, 27 giugno 2024, n. 5688 (che ha ritenuto violazione sostanziale l'assenza di motivazione); Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2024, n. 5183, e Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34961 (sull'omissione di comunicazione di avvio del procedimento); Cons. St., sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790 (preavviso di rigetto). Simili considerazioni hanno peraltro avuto spazio anche nel diritto privato e commerciale, richiamandosi da ultimi: G. PETRELLI, *Natura e disciplina della nullità urbanistica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2019, pp. 671 ss.; G.W. ROMAGNO, *Irregolarità urbanistica e validità dell'atto: lo stato dell'arte dopo le Sezioni Unite (Cass. n. 8230/2019)*, in *Riv. not.*, fasc. 6, 2019, pp. 1201 ss.

³³ A titolo esemplificativo: giurisdizionale, per il decreto decisorio all'esito di ricorso al Capo dello Stato (su cui *infra*, § 2); amministrativo, per la volontaria giurisdizione (così: G. ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 195 ss. *Contra*: S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., p. 226).

un'interpretazione del primo come modalità dell'essere, con possibili riflessi più generali nel diritto amministrativo sostanziale (§ 4).

2. In particolare: il ricorso straordinario al Capo dello Stato

S'è introduttivamente ricordato che, talvolta, nella definizione del regime giuridico d'una attività di rilevanza pubblica, s'individuano delle zone d'ombra, così che ad un teorico inquadramento dell'attività svolta in ragione del suo contenuto – quale attività amministrativa o giurisdizionale – corrisponde l'individuazione di differenti organi ad essa deputati, nonché peculiari modalità d'azione e caratteri dell'atto decisorio conclusivo³⁴.

Si consideri ora il ricorso straordinario al Capo dello Stato³⁵, su cui recente pronuncia³⁶ volta a definire il regime giuridico del decreto decisorio del Presidente della Repubblica erroneamente reso su di un ricorso straordinario ormai trasposto³⁷. Il rapporto tra pronuncia giurisdizionale e decreto decisorio reso nell'ambito del ricorso straordinario non può essere definito prescindendo dalla natura di quest'ultimo³⁸,

³⁴ Ricorda M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 240, che sussistono casi in cui «il concetto dell'amministrazione in senso soggettivo, non coincide con quello della medesima intesa oggettivamente»: In particolare, sono state richiamate, nel precedente paragrafo, le seguenti ipotesi: la volontaria giurisdizione (nota 16); le sanzioni amministrative a carattere “sostanzialmente” penale (nota 15); il ricorso straordinario al Capo dello Stato (su cui ci si soffermerà ora); le società formalmente private che svolgono attività “oggettivamente” pubbliche in ragione del perseguimento di un interesse pubblico (nota 12).

³⁵ Oltre alla dottrina che verrà più ampiamente *infra* citata, si rimanda a: A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Zanichelli, Bologna, 1953, p. 401 ss.; M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1959; V. BACHELET, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzie giurisdizionali*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 99 ss.; G. CHEVALLARD, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Utet, Torino, 1968, p. 1040 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e garanzia costituzionale della giurisdizione per i controinteressati*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 214 ss.; M. CANTUCCI, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 168 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991, p. 1 ss.; G. MORBIDELLI, *Il ricorso straordinario al capo dello Stato*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 165 ss.; L.S. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Giuffrè, Milano, 2008; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 619 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, fasc. 11, 2013, p. 2374 ss.

³⁶ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit., alla quale è stato posto il seguente quesito: «se ad esso [al ricorso straordinario al Capo dello Stato] 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 L. n. 241 del 1990 perché reso in astratta e totale carenza di potere per violazione del principio di alternatività dei rimedi».

³⁷ Nel caso di specie il ricorso straordinario, proposto avverso un ordine di demolizione di opera abusiva costruita su area demaniale marittima, è stato deciso e accolto, nonostante la sua rituale trasposizione in sede giurisdizionale, nell'ambito della quale – con sentenza successiva alla definizione del ricorso straordinario – la medesima domanda di annullamento è stata rigettata.

³⁸ Ed infatti, ove si riconosca nel ricorso straordinario un rimedio di natura amministrativa, potrebbe risolversi con l'applicazione delle norme che governano l'invalidità dell'atto amministrativo (segnatamente, la nullità per difetto d'attribuzione). Di contro, il riconoscimento di una natura “sostanzialmente” giurisdizionale comporterebbe l'idoneità del decreto presidenziale decisorio al passaggio in giudicato, del pari di qualsiasi sentenza, soggiacendo così al relativo regime processuale.

ossia dall'analisi di una questione che ha visto contrapporsi differenti tesi, delle quali è opportuno ora argomentare.

L'istituto, che trae origine dal ricorso al Re come strumento di grazia nei confronti delle decisioni amministrative non suscettibili di altri rimedi³⁹, è spesso avvicinato al processo giurisdizionale⁴⁰, in ragione del suo carattere contenzioso e di alcuni elementi di disciplina, peraltro introdotti da recenti modifiche⁴¹. Ed infatti, è ammessa nell'ambito di tale ricorso – con distinzione rispetto ai ricorsi amministrativi ordinari – la legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità⁴² e rinvio pregiudiziale⁴³, nonché il ricorso per ottemperanza sulle decisioni rese e la loro ricorribilità per Cassazione per motivi di giurisdizione⁴⁴. S'aggiunge l'impossibilità per l'organo decidente di discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Stato⁴⁵, spesso intesa a giustificazione dall'alternatività tra l'un e l'altro rimedio⁴⁶, principio il

³⁹ Per le discipline precedenti quella attuale: art. 9, l. 29 marzo 1865, all. D; art. 12, co. 4, t.u. 2 giugno 1889, n. 6166; art. 16 e art. 34, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 687. Sui profili storici si rimanda a: V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Sel, Milano, 1901, p. 688 ss.; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1934, p. 258 ss., ma più di recente F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2010, p. 184 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2015, p. 55, nota 2.

⁴⁰ L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, p. 2664 ss. *Contra*, L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2004, p. 691 ss.

⁴¹ Il riferimento è alla l. 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile*, e al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*. Secondo A. CARBONE, *op. cit.*, p. 55 ss., tali modifiche sono state introdotte anche al fine di sopire le discussioni in merito alla natura del – e conseguentemente alla disciplina applicabile al – ricorso. Si ricorda che, di tali modifiche s'è affermata la portata innovativa e non meramente interpretativa, affermandosi la loro idoneità ad incidere sulla natura giuridica dei decreti presidenziali decisorii sui ricorsi: Cons. St., ad. plen., n. 7 del 2015, cit.

⁴² Art. 13, d.p.r. n. 1199 del 1971, cit., che ha definitivamente superato i precedenti orientamenti negativi della Corte Costituzionale per cui si rimanda a: C. Cost., 13 febbraio 1974, n. 31; C. Cost., 29 luglio 1982, n. 148; C. Cost., 31 dicembre 1986, n. 298; C. Cost., 13 marzo 2001, ord. n. 56; C. Cost., 21 luglio 2004, n. 254.

⁴³ A partire da C. giust., sez. V, 16 ottobre 1997, C-69/96 e C-79/96. In dottrina, per tutti: M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 147 ss. Si consideri tuttavia che sussiste nell'ordinamento europeo una nozione di giurisdizione slegata dalla nozione caratterizzante ciascuno Stato membro: C. giust., 30 giugno 1966, C-61/65; C. giust., ord. 18 giugno 1980, C-138/80 (che ha escluso la possibilità di rinvio pregiudiziale per l'ordine degli avvocati); C. giust., 30 marzo 1993, C-24/92; C. giust., 19 ottobre 1995, C-111/94; C. giust., 17 settembre 1997, C-54/96; C. giust., 27 gennaio 2005, C-125/04 (che ha escluso la possibilità di rinvio pregiudiziale per gli arbitri); C. giust., 28 febbraio 2019, C-579/17; C. giust., 21 gennaio 2020, C-274/14; C. giust., 2 settembre 2021, C-66/20 (che ha escluso la possibilità di rinvio pregiudiziale per la Procura).

⁴⁴ Cass. civ., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065; Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cass. civ., sez. un., 6 settembre 2013, n. 20569; Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414; Cons. St., ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18; Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9. *Contra*, il precedente orientamento della Corte di legittimità: Cass. civ., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141; Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978. La giurisprudenza ora citata s'è peraltro espressa in favore di una natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

⁴⁵ Art. 14, d.p.r. n. 1199 del 1971, cit., come modificato dall'art. 69 della l. n. 69 del 2009, cit.

⁴⁶ Art. 8, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199. Recentemente, con riferimento al ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana (art. 9, co. 5, d.lgs. n. 373 del 2003): Corte Cost., 7 aprile 2023, n. 63. Sul principio di alternatività: Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 479; Cons. St., sez. VII, 11 novembre 2022, n. 9937; Cons. St., sez. VII, 27 aprile 2022, n. 3296; Cons. St., sez. VII, 19 aprile 2022, n. 2958; Cons. St., sez. VII, 22 luglio 2022, n. 6471; Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2020, n. 112. Ricorda M. GIOVANNI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione*

quale renderebbe il ricorso straordinario uno strumento (apparentemente) differente dai ricorsi amministrativi propriamente detti⁴⁷ – gerarchico, gerarchico improprio e in opposizione – della cui natura “sostanzialmente” e “formalmente” amministrativa non s’è dubitato⁴⁸.

D’altro canto, permangono elementi significativi che potrebbero contribuire ad affermare una natura amministrativa del rimedio, come già tradizionalmente riconosciuto in periodo più risalente⁴⁹, in ragione d’un istruttoria che è condotta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e di una responsabilità per l’adozione del provvedimento finale gravante su di un organo non appartenente alla giurisdizione⁵⁰. Né, peraltro, l’alternatività del rimedio deve necessariamente comportare una sua attrazione alla giurisdizione – per lo meno sotto il profilo della disciplina degli effetti del provvedimento finale⁵¹ –, non incidendo sulla libera determinazione del soggetto di adire alla tutela giurisdizionale⁵².

La difficoltà di ricondurre a sistema tale normativa ha indotto a ritenere possibile una scissione tra elementi “meramente” formali ed elementi di carattere sostanziale⁵³: il provvedimento finale del Presidente della Repubblica sarebbe soltanto dichiarativo di un giudizio, con assimilazione a quest’ultimo nei contenuti, negli strumenti di tutela e sotto il profilo dell’effettività, senza mutare le proprie vesti in

amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2002, par. 4 (con lucida analisi di precedente dottrina alla nota 46), che l’alternatività è principio che si pone al solo fine di evitare che il Consiglio di Stato si pronunci due volte sulla stessa questione.

⁴⁷ L. MIGLIORINI, *op. cit.*, p. 688 ss. Sui ricorsi amministrativi, trattandosi di argomento che fuoriesce dal tema del presente scritto, sia consentito il breve rinvio a: V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 247 ss.; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Utet, Torino, 1968, p. 975 ss.; P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1972; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo V, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4147 ss.

⁴⁸ Sulla possibile illegittimità costituzionale di una previsione di alternatività tra il ricorso giurisdizionale e i detti ricorsi amministrativi, alla luce del disposto dell’art. 24, Cost.: M. NIGRO, *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Cons. St.*, II, 1972, p. 146 ss.; R. ALESSI, *La giustizia amministrativa dopo l’istituzione dei tribunali amministrativi regionali*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 10 ss.; S. CASSARINO, *Rapporti tra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, II, 1975, p. 83 ss.

⁴⁹ In particolare: C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro. Nota a Corte cost.*, 31 dicembre 1986, n. 298, in *Foro it.*, I, 1987, p. 674; A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 607 ss. Ma più di recente: M. GIOVANNI, *op. cit.*, par. 4.

⁵⁰ Corte cost., 25 febbraio 1975, n. 31; Corte Cost., 21 luglio 20024, n. 254. Peraltro, a seguito dell’affermata natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, la Corte Costituzionale si esprime in termini di “rimedio giustiziale”, solo «assimilabile ad un “giudizio”» e con limitazione dell’affermazione ai fini della possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale: C. Cost., 2 aprile 2014, n. 73, pt. 2.

⁵¹ Ritengono, peraltro, che l’affermazione del carattere giurisdizionale del ricorso straordinario renderebbe vana la previsione di alternatività, con dubbia legittimità costituzionale: F. FRENI, *op. cit.*, p. 241; A. TRAVI, *Ricorso straordinario*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Utet, Torino, 2011, § 15.

⁵² Pertanto, non determina violazione delle disposizioni costituzionali (in particolare, dell’art. 113, Cost.): C. Cost., 5 giugno 1962, n. 53; C. Cost., 3 luglio 1962, n. 87; C. Cost., 16 dicembre 1964, n. 118; C. Cost., 2 luglio 1966, n. 78. Del pari, con riferimento ad un obbligo di previo esperimento del ricorso amministrativo: C. Cost., 4 giugno 1964, n. 47; C. Cost., 13 luglio 1970, n. 130.

⁵³ Si v., in particolare, G. URBANO, *Riflessioni sull’impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2017, p. 90 ss.; Cons. St., sez. V, 25 novembre 2001, n. 5934; Cons. St., ad. plen. 6 maggio 2013, n. 9; Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464. *Contra*, F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 2374 ss.

atto giurisdizionale⁵⁴. Natura dell'organo emanante e caratteri (ora impropriamente definiti "formali") dell'atto conclusivo del procedimento non varrebbero, infatti, ad escludere che in esso si estrinsechi una funzione giurisdizionale⁵⁵, come emerge dalle peculiarità di disciplina poco sopra ricordate, così che il ricorso straordinario sia "sostanzialmente" un rimedio di carattere giurisdizionale⁵⁶, e non meramente giustiziale⁵⁷, pur essendo annoverato tra i ricorsi amministrativi. Ciò che rileverebbe è, ancora una volta, l'impossibilità per l'organo decidente di discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Stato⁵⁸, così che il contenuto del provvedimento finale sia determinato in ultima istanza da un organo soggettivamente appartenente all'amministrazione della giustizia⁵⁹.

Le disquisizioni ora accennate hanno ripercussione pratica ove il decreto decisorio del Presidente della Repubblica sia erroneamente reso su di un ricorso straordinario ormai trasposto, dovendosi risolvere il conflitto tra provvedimenti secondo le regole che governano l'uno o l'altro potere (giurisdizione o amministrazione)⁶⁰: si rileva, così, alla luce della questione posta, tutta l'ambiguità di una «antinomia – o ambivalenza – tra "forma" (di atto amministrativo) e "sostanza" (di atto decisorio)», e di come questa «possa incidere sulla collocazione sistematica e sul regime giuridico» di un istituto⁶¹.

⁵⁴ Cass. civ., sez. un., n. 2065 del 2011, cit.

⁵⁵ Cons. St., ad. plen., n. 7 del 2015, cit. *Contra*: C. Cost., 7 aprile 2023, n. 63; C. Cost., 9 febbraio 2018, n. 24; C. Cost., 2 aprile 2014, ove si riconosce che l'estensione della tutela del ricorrente operata dalle modifiche normative intervenute con la l. n. 69 del 2009, cit., e con il d.lgs. n. 104 del 2010, cit., non comporta il riconoscimento di una natura giurisdizionale all'istituto.

⁵⁶ P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 52, s'esprime in termini di «rilevanza non [de] profilo nominalistico dell'imputazione formale dell'atto, ma [de] dato sostanziale della paternità ideologica della decisione».

⁵⁷ Sono definiti giustiziali i ricorsi amministrativi *tout court*, in ragione del loro carattere contenzioso pur costituendo dei procedimenti di secondo grado avanti all'amministrazione pubblica: L. MIGLIORINI, *op. cit.*, p. 648 ss. Sull'amministrazione giustiziale: M. CALABRÒ, *Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi. Report annuale – 2013 – Italia*, in *Ius publicum*, 2013, p. 1 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012; M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 393 ss.; F. FRENI, *op. cit.*, pp. 184 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. II, Treccani, Roma, 2000, p. 1 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991; F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, p. 897 ss.

⁵⁸ Art. 14, d.p.r. n. 1199 del 1971, cit., come modificato dall'art. 69 della l. n. 69 del 2009, cit.

⁵⁹ L. CARBONE, *op. cit.*, p. 2664; Cons. St., ad. plen., n. 7 del 2015, cit.

⁶⁰ Sul punto, già *supra* la nota 38.

⁶¹ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit.

3. Sulla difficoltà di scissione tra la forma (di diritto amministrativo) e la sostanza (di atto decisorio)

La recente affermazione della natura amministrativa del procedimento per ricorso al Presidente della Repubblica – in ragione di un criterio di imputazione soggettivo a carattere “formale”⁶² – consente di proporre alcune considerazioni su tale ultimo concetto. Si cerca, dunque, di gettare maggiore luce sul rapporto tra “forma” e “sostanza”, il quale ancora pare nutrirsi di una certa ambiguità, terminologica *in primis*, ma anche giuridica, non intendendosi sottoporre a critica la natura giuridica amministrativa del ricorso straordinario, come recentemente ribadita⁶³.

Di quest’ultimo s’è esclusa la natura giurisdizionale non «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”»⁶⁴ – ma in ragione dell’imputazione dell’atto conclusivo della procedura ad un soggetto gravato da responsabilità amministrativa⁶⁵. Tale ultimo criterio è definito formale, ritenendosi i primi criteri sostanziali e così accostandosi, da un lato, la sostanza dell’atto

⁶² Così si esprime Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit., che conclude per la nullità per difetto assoluto di attribuzione del decreto del Presidente della Repubblica decisorio su un ricorso già trasposto avanti al giudice amministrativo (art. 21-septies, l. n. 241 del 1990, cit.). Si rileva, peraltro, incidentalmente la possibilità che mutino anche altri orientamenti giurisprudenziali, i quali hanno ritenuto non applicabili le garanzie partecipative procedurali di cui alla l. n. 241 del 1990 in ragione dell’ora sconfessata natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso (v. Cons. St., sez. III, 4 aprile 2023, n. 3460).

⁶³ Seppur l’indagine sia così delimitata, si ricorda in nota che la sussistenza di fattispecie di amministrazione a carattere contenzioso, quale il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha suscitato talune riflessioni in relazione alla stessa nozione di “funzione” e “decisione” amministrativa. Sul punto, sia consentito il breve rimando a: M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, p. 154 ss.; ID., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, p. 316 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Utet, Torino, 1957, p. 268 ss.; M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812 ss.; A. TRAVI, *Decisioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 526 ss. Da ultimo: A. CARBONE, *op. cit.*, spec. p. 86, ove ricorda che la contrapposizione tra rimedio giustiziale e rimedio amministrativo non vale necessariamente a consentire l’assorbimento dei primi nell’ambito della giurisdizione.

⁶⁴ Si cita Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit., ma pare potersi rinvenire simili argomentazioni anche in G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *L’organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna – Villa Monastero – 19-21 settembre 1958, Giuffrè, Milano, 1959, p. 172.

⁶⁵ Secondo Corte Cost., n. 31 del 1975, cit., 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». Peraltro, l’art. 1, co. 1, lett. bb), l. 12 gennaio 1991, n. 13, *Determinazione degli atti amministrativi da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica*, nel tipizzare gli “atti amministrativi”, non costituzionalmente previsti e da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio o del Ministro competente, tra essi espressamente include la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. Si sottolinea tuttavia che in A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 421 ss., è negata alla decisione sul ricorso la natura di decisione politica.

conclusivo di un procedimento o processo con il suo oggetto o contenuto⁶⁶ e, dall'altro, il carattere formale con l'elemento subiettivo⁶⁷.

Così, s'è negata la possibilità di definire le funzioni dello Stato – nella specie, quella giurisdizionale ed amministrativa – in ragione del loro oggetto⁶⁸, poiché «la determinazione teorico astratta delle funzioni [...] non coincide con la qualificazione delle varie attività dello Stato»⁶⁹ (ossia, in altri termini, con il “contenuto” della funzione). Quest'ultima si definirebbe in un sistema costituzionale dato⁷⁰, nell'ambito del quale determinati caratteri possono ritenersi costitutivi dei vari poteri in cui si scinde lo Stato, verificandosi l'opportunità per l'ordinamento che alcune attività vengano conseguentemente attribuite ad una specifica funzione⁷¹. S'afferma, infatti, che «l'attribuzione di certi poteri a certi organi con l'imposizione di certe forme è [...] dato che proviene immediatamente [dalla] realtà dell'ordinamento», potendosi individuare nell'attribuzione di specifiche ipotesi all'una od altra potestà una scelta anche di principio, in quanto la ragione d'essere della funzione condiziona le modalità di esistenza della stessa⁷². Non rilevarebbe, dunque, la “funzione” in sé, ossia un carattere intrinseco dell'attività concretamente svolta, a definire quest'ultima come attività giurisdizionale o amministrativa⁷³: ciò che rileva è la scelta dell'ordinamento di attribuire la cura di taluni interessi a specifici organi, rispondenti a modelli

⁶⁶ Si consideri che il concetto di “sostanza” non è di necessità assimilabile al contenuto di un atto o all'oggetto di una attività, prestandosi anch'esso (del pari della “forma”) a plurime interpretazioni. Per una riflessione etimologico-giuridica: G. CALOGERO, *Sostanza*, in *Enc. it.*, Treccani, Roma, 1936. Distingue contenuto, sostanza e forma nel procedimento amministrativo: A. DE SIANO, *op. cit.*, p. 932. Con specifico riferimento al ricorso straordinario al Capo dello Stato: C.E. GALLO, *op. cit.*, c. 674. Si consideri altresì che, con riferimento alle ipotesi di attività “sostanzialmente” pubblica svolta da enti “formalmente” privati, il discrimine è sì posto in relazione all'oggetto dell'attività svolta – *rectius*, al perseguimento dell'interesse pubblico –, eppure la contrapposizione tra “forma” e “sostanza” si risolve in una contrapposizione tra la disciplina (sostanziale) applicabile a enti aventi specifica struttura e la disciplina (sostanziale) pubblicistica di cui si predica l'estensione: F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2016, p. 549 ss.

⁶⁷ Sul punto è critico M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 240, che tuttavia riconosce che «il carattere formale può corrispondere sia al carattere materiale, sia alla posizione subiettiva del provvedimento», identificando peraltro il carattere formale nell'efficacia dell'atto.

⁶⁸ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit. *Contra*, quella giurisprudenza già *supra* ricordata in relazione alla qualificazione sostanzialmente pubblica e formalmente privata di taluni enti (nota 12).

⁶⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 685. Lettura che pare conforme a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 64.

⁷⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 685.

⁷¹ Si precisa che nel testo il termine “funzione” è ora utilizzato non come «attività globalmente rilevante prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto, anche se liberamente prescelta, alla quale accede una potestà» (F. MODUGNO, *Funzione*, cit., p. 303) quanto come «attività di un centro di riferimento di interessi identificato con una figura soggettiva» (G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 687).

⁷² G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 680; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 132.

⁷³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 700. Con specifico riferimento al ricorso straordinario, A. CARBONE, *op. cit.*, p. 86 ricorda che «il rimedio è, appunto, amministrativo quanto all'organo deputato all'adozione della decisione e giustiziale quanto alla sua funzione (rimedio giustiziale amministrativo), non è invece amministrativo se con tale accezione si fa riferimento ad un'attività connotata, almeno parzialmente, dai canoni propri dell'amministrazione attiva (e qui si rinviene la non riconducibilità, affermata dalla Consulta, del ricorso straordinario ad un ricorso amministrativo)».

organizzativi tra loro nettamente distinti, in quanto nella «determinazione della competenza dell'organo [...] è presente un pensiero di condizionare e dirigere l'attività affidata all'ufficio»⁷⁴.

L'accostamento del concetto di “forma” ad un carattere, per così dire, “soggettivo”, vale pertanto indagine dei principi ordinatori dell'organizzazione chiamata a svolgere l'attività⁷⁵, con incidenza dei primi sulla seconda⁷⁶. A definire la natura dell'atto conclusivo di un procedimento o processo⁷⁷ è, in primo luogo, l'organizzazione del soggetto chiamato a decidere, ed in particolare, nel caso di specie, quel carattere di indipendenza che definisce la giurisdizione come potere dello Stato nell'ordinamento costituzionale vigente (artt. 104 e 105, Cost.)⁷⁸. Pertanto, nel delineare la natura giuridica del ricorso al Presidente della Repubblica si nega ch'essa sia giurisdizionale, non individuandosi i caratteri della “forma amministrativa”⁷⁹, quanto piuttosto escludendosi un'identità di principi d'organizzazione: l'atto conclusivo – benché conforme ad un parere vincolante reso da un organo giurisdizionale⁸⁰ – è rimesso ad un organo a carattere politico, che se ne assume la responsabilità verso i terzi, dovendosi leggere l'estensione a questa di taluni caratteri strutturali della decisione giurisdizionale⁸¹ come estensione di garanzie in ragione dell'alternatività tra rimedi.

Ove si riconosca, ancora una volta, che nella «determinazione della competenza dell'organo [...] è presente un pensiero di condizionare e dirigere l'attività affidata all'ufficio»⁸², i principi d'organizzazione

⁷⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 131.

⁷⁵ Si forza la lettura che G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 677 offre di LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Tübingen, 1911, p. 172. L'A. sottolinea come il punto di partenza della separazione dei poteri sia nella dottrina francese la posizione giuridica degli organi e nella dottrina tedesca la funzione da essi svolta (al fine di de-politicizzare il costrutto teorico): in entrambi i casi il contenuto dell'attività svolta avrebbe riflesso solo indiretto, influenzando l'elaborazione dei principi che governano l'agire di ciascuno dei poteri dello Stato.

⁷⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 35 ss., con riferimento alla pubblica amministrazione.

⁷⁷ Già supra sulla distinzione s'è richiamato E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., p. 819 ss.

⁷⁸ Cons. St., ad. plen. n. 11 del 2024, cit., s'esprime piuttosto in termini di “indipendenza, imparzialità e terzietà”, seppur in seguito riconosca che «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». Ed infatti non si nega che terzietà, contraddittorio, giusto processo – quali elementi posti a garanzia dei diritti degli individui – possano riscontrarsi in altro rispetto all'attività giurisdizionale, pertanto non potendo definire quest'ultima in positivo, e dubitandosi di una argomentazione *a contrario* della natura non giurisdizionale in loro assenza: G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 670 ss.

⁷⁹ Per la cui definizione, peraltro, si porrebbero quelle medesime problematiche che si pongono in linea generale e teorica per la definizione di qualsiasi potere dello Stato: G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 670 ss. Sulla nozione di “amministrazione pubblica”, già *supra* § 1 (in particolare nota 3).

⁸⁰ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit.: «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». Sul punto anche: G. URBANO, *op. cit.*, par. 6. Peraltro, il carattere vincolante del parere non accompagna il ricorso straordinario fin dalle sue origini, essendo piuttosto frutto delle modifiche apportate dall'art. 69, co. 2, l. n. 69 del 2009, cit.

⁸¹ In particolare: l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, la possibilità di sollevare rinvio pregiudiziale o questione di costituzionalità, il peculiare carattere contenzioso.

⁸² M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 131.

divengono principi d'attività⁸³, tanto da indurre a ritenere che ciò che viene definito un elemento “formale” (la tipologia di provvedimento conclusivo e i suoi effetti nell'ordinamento) attenga alla stessa essenza dell'organo chiamato a decidere, a riflesso degli irrinunciabili principi di funzionamento per lo svolgimento delle singole potestà ad esso attribuite⁸⁴. Permane, sullo sfondo, un concetto di “forma” strettamente correlato alla disciplina di principio, così che all'imputazione dell'atto conclusivo del procedimento ad un organo soggettivamente appartenente all'amministrazione, debba corrispondere una specifica “veste” di tale atto, in termini tanto di effetti quanto di modalità d'esercizio della funzione stessa⁸⁵.

4. Per una più ampia riflessione sul concetto di forma

Nel contesto sinora delineato, la contrapposizione tra forma e sostanza trova specifica connotazione: l'aspetto esteriore perde di rilievo, nei limiti in cui non corrisponde alla estrinsecazione di caratteri e principi ritenuti irrinunciabili nell'organizzazione e definizione della potestà esercitata⁸⁶.

S'afferma, in particolare, che la “forma” valga «configurazione data dall'ordinamento giuridico» all'esercizio di una potestà⁸⁷, riguardando così la stessa conformazione che ad essa imprimono i relativi principi – artt. 101 ss., Cost., quanto alla giurisdizione ed art. 97, Cost., quanto all'amministrazione. Questa potrebbe non coincidere con l'insieme dei caratteri con cui il fenomeno giuridico si manifesta, seppur «la bontà di un ordinamento giuridico si misur[+] dal grado in cui la forma riesce ad adeguarsi alla sostanza, il contenente al contenuto»⁸⁸. Il procedimento e l'atto finale, in quanto strumentali al tipo di modificazione dell'ordinamento che si vuole operare, divengono riflesso del «livello propriamente

⁸³ G. SCIULLO, *op. cit.*, spec. p. 22 ss.

⁸⁴ Potrebbe argomentarsi da: A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., par. 1.

⁸⁵ L'equazione posta da Cons. st., ad. plen. n. 11 del 2024, cit. è dunque tra atto amministrativo, applicazione della l. n. 241 del 1990 in relazione agli effetti dell'atto, nonché individuazione di responsabilità amministrativa e imparzialità – non terzietà – dell'organo che emana il provvedimento finale.

⁸⁶ Così si evince, indirettamente, da Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit.; G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 707, che peraltro ritiene superata la coincidenza tra forma o sostanza, ritenendo che la forma sia costituita dalle varie diverse modalità di estrinsecazione della funzione – ossia atti e procedimenti. Conforme: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 115-116. Il concetto di “forma” come elemento che non incide sull'esercizio della potestà – non determinando pertanto alcuna reazione da parte dell'ordinamento in caso di sua violazione seppur l'atto permanga viziato da illegittimità (in diritto amministrativo art. 21-octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, cit.) – ha tuttavia ampio riscontro: Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256; Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2010, n. 577; Cons. St., sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 143; Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5251; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614; Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307; Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763; oltre alla giurisprudenza già citata *supra* nelle note 30 e 32.

⁸⁷ G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, cit., p. 171.

⁸⁸ *Ibidem*. Peraltro l'A. è molto critico verso qualificazioni dottrinali e giurisprudenziali che prescindono dall'espressa qualificazione operata dal legislatore.

funzionale»⁸⁹, ossia dell'organo chiamato all'esercizio della potestà, intesa come struttura di principio e sua concreta attuazione⁹⁰, di modo che il riferimento a quest'ultimo possa essere trascurato nei soli casi in cui l'inquadramento di talune fattispecie sia indiscusso⁹¹. La "forma", intesa come «fenomeno manifestativo di altro fenomeno che altrimenti rimarrebbe inespresso»⁹², è in questo contesto considerata modalità dell'essere⁹³, recuperandosi uno stretto legame con la disciplina sostanziale, *in primis* dell'organo cui l'atto è imputato e, di riflesso, della stessa modalità d'esercizio delle sue funzioni.

Legame, quest'ultimo, che nel contesto del ricorso straordinario al Capo dello Stato viene letto come unidirezionato, inferendosi qualsiasi conseguenza sostanziale – relativa alla natura amministrativa o giurisdizionale del decreto conclusivo – da un criterio "formale" a carattere subiettivo. Resterebbe l'opportunità di un'indagine del procedimento come elemento organizzativo della pubblica amministrazione che «consente di passare dall'interno (dalla sfera soggettiva) all'esterno (alla sfera intersoggettiva)»⁹⁴, ed individuandosi quegli elementi di funzionamento – anch'essi, di solito, genericamente definiti "formali" – che sono diretta espressione dei principi costituzionali che conformano l'organizzazione, chiamata all'esercizio di una specifica potestà secondo uno specifico rito⁹⁵. Seppure qualsiasi procedimento sia «in linea teorica» adatto ad esprimere qualsiasi funzione, sia essa giurisdizionale o amministrativa⁹⁶, non di tutti i moduli procedurali può darsi intercambiabilità⁹⁷,

⁸⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 690.

⁹⁰ Simile definizione di organizzazione si trova in M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 121 ss.

⁹¹ Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit.

⁹² A. DE SIANO, *op. cit.*, p. 930. L'A. ritiene il termine "forma" più proprio rispetto al termine "formalismo", che avrebbe valenza di sinonimo di "ritualità". Di contro, la definizione di forma riportata dall'A. pare avvicinarsi al concetto di "formalità" come delineato in M. JORI, *op. cit.*, p. 425 ss. Risulta evidente la necessità di delineare concretamente di volta in volta la definizione di "forma" cui ci si attiene, vista l'ambiguità del termine (già *supra* nota 28): ciò, senza che la sua ambivalenza abbia svuotato di significato il relativo concetto: A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Annuario 2017 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, ESI, Napoli, 2018, p. 218 ss.

⁹³ Secondo definizione condivisa in filosofia, per quanto comprensibile attraverso le lenti di un giurista: sul punto già *supra* la nota 28.

⁹⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁵ R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1996, §§ 2 e 4, che ritengono tra loro non alternative, bensì concorrenti, la teoria strutturale del procedimento («diretta a coglierne gli elementi costitutivi e i nessi di collegamento in relazione all'effetto giuridico») e quella funzionale («che invece tende a valorizzare la ragion d'essere di ciascuno degli elementi stessi in relazione allo scopo, al risultato, dell'esercizio del potere»). Sul punto, in particolare, F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 128 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 37 ss. e poi ID., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 1022 ss.; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 431 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1964, p. 117 ss.

⁹⁶ Così G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 707, che peraltro, in contesto parzialmente diverso dal presente, conclude per una definitiva scissione tra forma e sostanza, ritenendo che anche in concreto qualsiasi procedimento possa essere espressione di qualsiasi funzione.

⁹⁷ In particolare, A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1117 ss. L'affermazione evoca il principio di strumentalità delle forme (art. 121, c.p.c.), peraltro diffuso in differenti branche del diritto (in diritto privato, si pensi agli artt. 1336, 1990 e 2366, cod.

dovendosi scindere da questi ultimi quelle prescrizioni la cui violazione determinerebbe il venir meno del corretto svolgimento della “funzione” attribuita all’ente od organo, rispondendo questa ad uno specifico modello organizzativo nell’ordinamento vigente⁹⁸. Si ritiene, peraltro, tale canone interpretativo non estraneo al giudizio sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, nell’ambito del quale s’è posto l’accento sul relativo carattere contenzioso e giustiziale, non caratterizzato da contraddittorio⁹⁹, ossia su di un elemento “procedimentale” ritenuto caratterizzante, senza rilievo di altri “corollari” che – come già s’è detto – varrebbero a derogare alla disciplina generale¹⁰⁰ e non a definire la stessa funzione esercitata¹⁰¹.

L’indagine consentirebbe di dar spazio al concetto di “forma” – qui delineato quale modalità dell’essere e riflesso del «livello propriamente funzionale»¹⁰² – più in generale nel diritto amministrativo sostanziale: il riconoscimento in determinati moduli procedurali (formali) di un carattere di definizione dell’organizzazione¹⁰³ e dell’attività della pubblica amministrazione¹⁰⁴, consentirebbe di escludere una contrapposizione tra “forma” e “sostanza” in ogni caso in cui venga meno la possibilità di ricondurre l’atto conclusivo del procedimento all’organo emanante¹⁰⁵, con influenza sui vizi invalidanti della

civ.), a mente del quale il medesimo risultato può essere conseguito secondo diverse modalità d’azione e che è strettamente connesso alla possibilità che l’atto raggiunga comunque la finalità perseguita: sul punto già *supra* nota 30.

⁹⁸ Per alcuna giurisprudenza che, in relazione ai vizi dell’atto amministrativo scinde casi di annullabilità formale e annullabilità sostanziale, affermando dei primi l’irrelevanza ai fini del raggiungimento dell’interesse pubblico nell’ipotesi concreta, da ultime: Cons. St., sez. III, 27 giugno 2024, n. 5688 (in tema di motivazione); Cons. St., sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8099 (in tema di incompetenza); Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2024, n. 5183 (in tema di comunicazione di avvio del procedimento).

⁹⁹ Cons. St., ad. plen. n. 11 del 2024, cit., così escludendosi qualsiasi riconducibilità di questo all’attività giurisdizionale, pur ammettendosi la possibilità di un’estensione di talune garanzie di quest’ultima anche ad attività amministrative. *Contra*, quella dottrina che ne afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale, affermandosi che quest’ultima non presuppone necessariamente il minuzioso e totale rispetto dei principi del contraddittorio e giusto processo: P. TANDA, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁰ Come invece argomenta Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024, cit. Si pensi alla natura di giudicato e la possibilità o meno che la decisione possa essere messa in discussione in procedimenti o processi successivi, ora estese anche ad atti cui tradizionalmente erano negate: E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, cit., p. 331 ss., ma precedentemente anche in ID., *Appunti di teoria generale del processo dalle lezioni dell’anno accademico 1965-1966*, Cooperativa libreria universitaria, Pisa, 1966, p. 133; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1981, p. 667 ss.

¹⁰¹ In dottrina: G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 670 ss.

¹⁰² *Ivi*, p. 690.

¹⁰³ R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. I, Moduzzi, Bologna, 1993, pp. 371-390, ed in certo qual modo anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 122 ss. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2001, n. 2823.

¹⁰⁴ In tal senso possono essere lette le affermazioni di taluna giurisprudenza: Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381; T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 23 febbraio 1995, n. 110; Cons. St., sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615.

¹⁰⁵ Seppur non nei medesimi termini, A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., par. 1: «si parla di “vizi formali” volendo riferirsi, in realtà, a quelle ipotesi di difformità o di mancato rispetto delle mere formalità che l’ordinamento prescrive per l’emanazione di un atto, regole procedurali non assimilabili alla forma ma che di essa sono soltanto modalità di produzione (talvolta) inessenziali».

decisione amministrativa¹⁰⁶ e con distinzione da altre violazioni procedimentali, per le quali è escluso l'annullamento del provvedimento finale (art. 21-octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, cit.)¹⁰⁷.

All'uopo ed in conclusione, si prenda ad esempio quanto s'afferma con riferimento alla disciplina dei collegi – da considerarsi ora genericamente, sia con riferimento al diritto pubblico che con riferimento al diritto privato –, come peculiari organizzazioni all'interno delle quali la volontà è espressa dai partecipanti in funzione di un interesse attribuito alla cura del collegio, al quale viene imputata la decisione finale¹⁰⁸. Con riferimento a questi ultimi, le violazioni della disciplina del funzionamento del collegio e della verbalizzazione delle relative decisioni debbono distinguersi tra violazioni riguardanti la documentazione dell'attività del collegio¹⁰⁹ e imperfezioni di funzionamento – conteggio dei voti, partecipazione di soggetti non legittimati, ed altre – che incidono su elementi strutturali dello stesso, ossia sulla sua organizzazione e, di riflesso, sulla stessa riconoscibilità quale organo collegiale¹¹⁰. Il verbale su cui si riflettono tali imperfezioni «narra un'azione nella sua storicità»; in altre parole esso descrive, almeno nei tratti salienti, lo svolgimento del procedimento collegiale e non si limita a riprodurre il contenuto del provvedimento

¹⁰⁶ Su cui, *ex multis*: A. PIRAS, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 598 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 124 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, cit.; G. CORSO, *Validità*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 94 ss.; S. ZARAMELLA, *L'azione amministrativa fra legalità formale e legalità sostanziale: l'irregolarità*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1245 ss.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 88 ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., p. 738 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invaldità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, cit., p. 187 ss.; D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invaldità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2005, p. 359 ss.; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, I, 2009, p. 190 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invaldità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009.

¹⁰⁷ In assenza di una violazione della situazione soggettiva “protetta”: l'analisi è condotta in particolare da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, spec. p. 240 ss.

¹⁰⁸ In generale, sull'organizzazione dei collegi in diritto amministrativo: S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1968; M. CAMMELLI, *Organizzazione amministrativa e amministrazione per collegi*, Il Mulino, Bologna, 1979; G.B. VERBARI, *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 60 ss.; A. CROSETTI, *Organi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 460 ss. Si tralascia, perché per lo più estranea all'ambito del presente scritto nonché per ragioni di brevità, una nota sulla dottrina privatistica e commerciale.

¹⁰⁹ Si consideri che S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, cit., p. 323 afferma la necessità che il verbale contenga solo menzione espressa della sussistenza di quei presupposti nonché del rispetto di quelle regole che qualificano l'adunanza. In giurisprudenza, per tutte, Cons. St., ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8.

¹¹⁰ In giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 24 luglio 1976, n. 954 (sull'incompatibilità dei membri del collegio); Cons. St., sez. V, 17 aprile 1974, n. 337 (sulla mancata convocazione dei membri del collegio); Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 1976, n. 17; Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4806 (tutte sull'obbligo di astensione dei membri del collegio); Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6033; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6033; Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5990 (tutte sull'invaldità derivante da vizi di nomina dei membri del collegio); Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2768.

finale»¹¹¹. In tale contesto, si apprezzano quei tentativi di distinguere il vizio “documentale”¹¹² dal vizio “formale”, attinente al modo in cui si “assembla” una «determinata unità giuridica funzionale, perché questa unità possa effettivamente perseguire gli scopi per cui è stata pensata»¹¹³, salvo un giudizio di adeguatezza dell’organizzazione rispetto alla specifica “funzione” ad essa attribuita, con riflessi sull’attività da questa esercitata e nel rispetto dei principi che, per scelta ordinamentale, la governano¹¹⁴.

¹¹¹ P. CERBO, *Verbale e verbalizzazione (diritto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1999, p. 626 ss., che richiama M.S. GIANNINI, *In tema di verbalizzazioni*, in *Cons. St.*, fasc. 1, 1960, p. 1102.

¹¹² La questione ben emerge in P. CERBO, *op. cit.*, p. 626 ss. L’espressione di “nullità documentale” si rinviene tuttavia in altro contesto (G. PETRELLI, *Conformità catastale. Confermabilità degli atti nulli*, in *Rassegna delle novità normative relativa al primo semestre 2017*, consultabile al presente link), e viene qui in senso evocativo, ma (forse) impropriamente, utilizzata.

¹¹³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 28 a commento di R.S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

¹¹⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 122 ss. Per alcuni studi sulla “forma” come valore ordinatore del sistema e limite all’esercizio del potere pubblico: P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 31 ss.; F. LEDDA, *op. cit.*, p. 3442 ss.