

RIFLESSIONI SUL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO DOPO LA LEGGE N. 69/2009 ALLA LUCE DI UNA MONOGRAFIA SUL TEMA (*)

(*) Il presente scritto costituisce l'introduzione al volume di F. Freni "Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 Giugno 2009, n. 69" – Ed. Dike, Roma 2010.

La monografia di Federico Freni svolge una accurata rassegna delle origini storiche, delle evoluzioni normative e giurisprudenziali e della progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Nella disamina vengono anche affrontate tematiche risolte o comunque completamente rivisitate con la recentissima novella di cui alla l. 18 giugno 2009 n. 69 (art. 69): come è giusto, anzi logico che sia, perché non si può adeguatamente comprendere il presente se non si conosce e si comprende il passato.

Come noto il ricorso straordinario ha dietro di sé un'antica storia, che risale all'*ancien regime*: ciò nonostante non mai avuto una disciplina organica e compiuta. Basti dire che un tempo era solo "enunciato", in quanto la l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D, si limitava a stabilire (v. art. 12) che il Consiglio di Stato dovesse dare parere sui ricorsi fatti al Re in sede amministrativa quando fossero esaurite le vie gerarchiche contro il provvedimento impugnato, e nulla più, ma anche successivamente -a partire dal T.U. del Consiglio di Stato del 17 agosto 1907 n. 638- è stato disciplinato da poche e per di più disordinate disposizioni (come ebbe a rilevare Guicciardi). E malgrado abbia, infine, ricevuto una specifica regolamentazione nel d.P.R. 1199/1971, la lacunosità non è venuta meno (ed infatti ad es. è dovuta intervenire la Corte Costituzionale per attribuire la *facultas* di trasposizione anche alle Amministrazione resistenti), e soprattutto non ha fatto venir meno la natura incerta o ibrida¹ del rimedio, a mezza via tra il ricorso amministrativo e il ricorso giurisdizionale: il che in fondo nasceva, oltre che dalla sua struttura, dalla sua storia. Infatti in origine, vale a dire nel regime pre-statutario, il ricorso straordinario si configurava più quale istituto giudiziario che quale istituto amministrativo, come si ricava dalla cognizione astretta alle questioni di legittimità con esclusione delle questioni di merito.

¹ Così la definiva C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 1939.

Solo in seguito, con la estinzione dell'attività meramente personale del Re nella trattazione degli affari pubblici e con la conseguente caducazione del fondamento costituzionale della giustizia ritenuta, il ricorso straordinario, malgrado iniziali incertezze (tanto che fino agli anni '50 non mancava chi continuava a qualificarlo come avente natura giurisdizionale) è stato inserito dal diritto positivo nella categoria degli istituti amministrativi: ed appunto l'art. 34 del testo unico sul Consiglio di Stato 26 giugno 1924 n. 1054 che lo qualifica ricorso "in sede amministrativa".

Tutto ciò ha causato e causa una serie di incertezze che progressivamente si sono incanalate in un percorso di progressiva conversione verso la natura giurisdizionale: il rimedio ha infatti acquisito nel tempo - per via giurisprudenziale o legislativa- tutta una serie di istituti tipici dei ricorsi giurisdizionali quali l'istruzione probatoria, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale, la revocazione, la tutela cautelare.

La giurisdizionalità ha, del resto, trovato una forte affermazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia allorché ha ritenuto che il Consiglio di Stato, in sede di parere su ricorso straordinario, fosse da qualificare come "giurisdizione" ai sensi dell'art. 177 (ora art. 267) del trattato istitutivo della comunità europea, e quindi legittimato a sollevare questioni di pregiudiziale comunitaria. La Corte di giustizia si è basata sulle notevoli comunanze tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario, sulla loro alternatività, sull'identità delle condizioni dell'azione, sul fatto che la procedura prevede un contraddittorio (se pur non certo ottimale) e garantisce l'osservanza del principio di imparzialità e di indipendenza dell'organo decidente (dando cioè massimo valore - come è nelle cose - al parere del Consiglio di Stato). Tuttavia per quanto il principio sia stato seguito più volte dal Consiglio di Stato (che ha, appunto, sollevato questioni di legittimità costituzionale in sede di parere su ricorso straordinario), la Corte Costituzionale ha, come noto, chiuso la questione per il tramite una lettura tradizionale dell'istituto, ribadendone la natura amministrativa.

Dal che derivano varie conseguenze: oltre alla ammissibilità di un contraddittorio temperato, la non applicabilità dell'istituto del giudizio di ottemperanza, la non applicabilità della sospensione feriale dei termini, la sottoposizione del decreto decisorio al controllo della Corte dei Conti (anche invero a seguito se per effetto dell'art. 3, legge 14 gennaio 1994, n. 20 tale controllo è prescritto solo nel caso in cui la decisione sia difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato, sicché dopo la l. 69 tale controllo è venuto meno del tutto), la non esperibilità dell'impugnazione ex art. 111 Cost. nei confronti del decreto decisorio, la assenza di condanna alle spese di giudizio, la esclusione dell'applicabilità

dell'art. 295 c.p.c. quando il giudizio civile pendente risulti pregiudicato dalla soluzione di una controversia portata all'attenzione del Capo dello Stato in via straordinaria.

Sta di fatto, comunque, che questi corollari non hanno fatto venir meno la ambivalenza "esistenziale" dell'istituto, confermata del resto dalla aggettivazione "giustiziale" che di solito lo accompagna (e che vuol dire tutto e nulla) ed accentuata dalla parallela evoluzione del ricorso giurisdizionale alla ricerca di una sempre maggiore effettività di tutela: sicché si assiste ad una ricorsa continua del ricorso straordinario verso ogni nuova frontiera del ricorso giurisdizionale. Il che appunto dà spiegazione di gran parte delle tante incertezze che gravano da tempo sull'istituto: dalla proponibilità di domande di risarcimento danni all'azione di ottemperanza, alla stessa possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale. Si tratta poi di un giudizio tradizionalmente impugnatorio (il ricorso è ammesso "contro gli atti amministrativi definitivi"): ed allora è dubbio se la recente tendenza verso azioni di accertamento atipiche possa trovare ospitalità anche nel ricorso straordinario.

Nel contempo, quella che ho definito la lacunosità della disciplina solleva problemi operativi di ogni genere: se la tematica dell'ammissibilità del ricorso straordinario in materie attribuite alla giurisdizione dell'AGO è acquisita da oltre un cinquantennio², si discute (anche se in genere si esclude) l'ammissibilità del ricorso straordinario nelle controversie soggette a procedure speciali o a competenze funzionali, ed es. in materia elettorale, di accesso, in materia di competenza del giudice dell'ottemperanza, in materia di repressione della condotta antisindacale della p.a., in materia di controversie avverso le decisioni del collegio di conciliazione dinanzi a cui sono state impugnate le sanzioni disciplinari e in tutti i casi di questioni destinate ad un collegio arbitrale, come pure in materia di iscrizioni, modificazioni e cancellazioni da Albi, e in genere di controversie relative a provvedimenti di ordini professionali.

Come pure si potrebbe discettare circa la ricorribilità avverso i provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o concernenti l'ingresso o il soggiorno di extracomunitari nelle ipotesi in cui è prevista la giurisdizione dell'AGO.

Numerose sono, poi, le tematiche in punto di alternatività, ad es. circa il consolidamento della scelta tra ricorso al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale quando sono impugnati atti consequenziali o connessi, o in caso di ricorso giurisdizionale preventivamente proposto e successivamente rinunciato (prima della proposizione del ricorso straordinario).

² Cons. Stato, Ad. gen. 5.6.1952, n. 123.

In questo quadro irrompono le relevantissime modifiche introdotte dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, che segnano una svolta genetica dell'istituto.

La l. 69 ha in primo luogo previsto (attraverso una integrazione dell'art. 13 del D.P.R. n. 1199/1971) che il Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere sul ricorso, possa sollevare questioni di legittimità costituzionale: il che sottintende la qualificazione del Consiglio quale organo giurisdizionale anche in sede formalmente consultiva. Ma invero consultiva non è: ed infatti, sempre la l. 69 (v. ancora art. 69, comma 2°) ha eliminato la possibilità dell'amministrazione di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato sottoponendo la questione al Consiglio dei Ministri. Il parere assume così natura vincolante e in tal maniera da atto amministrativo consultivo, si fa atto di decisione finale, pur se formalmente endoprocedimentale. Del resto la dottrina più autorevole (M.S. GIANNINI *in primis*) da tempo aveva osservato come i pareri vincolanti in sostanza non sono tali ma costituiscono decisione. Con la conseguenza che il rimedio si avvicina *quam maxime* alla natura giurisdizionale. Il decreto del Capo dello Stato si limita difatti ad esternare il *decisum* del Consiglio di Stato. Sicché in pratica è un ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, ed invero a leggere l'istituto con un'ottica sostanzialistica, si ha di fatto una rinuncia al doppio grado che è rappresentato dall'accordo implicito a formazione progressiva delle parti: il ricorrente perché ha proposto ricorso straordinario, l'amministrazione e gli eventuali controinteressati perché non hanno avanzato richiesta di trasposizione al TAR.

Da tale giurisdizionalizzazione del rimedio (anche se il legislatore, per non impegnarsi più di tanto, continua a parlare di rimedio giustiziale: così il "titoletto" dell'art. 69, l. 69/2009) emerge il corollario implicito della percorribilità dell'azione di ottemperanza in caso di mancata esecuzione della decisione resa sul ricorso. Si generalizza, così, una soluzione già rinvenibile in materia di contratti pubblici dall'art. 245 del d.lgs. 163/2006 (attraverso il combinato disposto dei primi due commi) e che supplisce ad una grave lacuna del ricorso straordinario (anche perché ogni interpretazione "adeguatrice" in materia era stata respinta dalla Cassazione), in quanto la non percorribilità del rimedio dell'ottemperanza per dare esecuzione alle decisioni dei ricorsi straordinari si poneva in contrasto con gli artt. 3, 24 e 100 della Costituzione, determinando un *vulnus* al principio di effettività della tutela costringendo il ricorrente vittorioso ad intraprendere un nuovo *iter* giudiziale (ripartendo dal primo grado) per poter conseguire una sentenza passibile di ottemperanza.

Si può quindi dire che la riforma del 2009 ha una intrinseca portata di revisione di un istituto avente già numerosi elementi tipici della natura giurisdizionale, ma ha tuttavia natura non ricognitiva bensì costitutiva, superando il diritto vivente rappresentato dalle sentenze della Corte Costituzionale e dalla Cassazione.

Non v'è dubbio che tali innovazioni rinvigoriscono l'attenzione verso questo rimedio risalente *all'ancien regime*, ma che ha conosciuto e conosce tuttora una sua rilevanza e un ruolo non trascurabile, come è dimostrato dai numeri del suo impiego e che il Presidente del Consiglio di Stato, nella sua relazione annuale è solito elencare³. Fatto sì è che il ricorso ha una larga applicazione nella pratica. Concorrono varie ragioni, in primo luogo, il termine più lungo che dunque fa da paracadute per i ritardatari, in secondo luogo la non necessità di difesa tecnica (del resto, specie nel pubblico impiego i diretti interessati sono quelli che conoscono meglio la tematica oggetto del contendere) e quindi il minor costo⁴, anche perché in caso di rigetto non v'è condanna alle spese, in terzo luogo il fatto che l'istruttoria è curata dal Ministro competente per materia, che si ritiene -nel caso di ricorso avverso enti locali e regioni- dotato di sufficiente distacco dalla *res litigiosa*, e poi alla fin fine, se si fa l'interpello e non ci sono particolari ritardi nella istruttoria, nelle materie diverse da quelle di cui all'art. 23-bis l. 1034/1971 i tempi sono più celeri di quelli del ricorso giurisdizionale in due gradi.

Certo, non mancano le lacune e le carenze. Se sono da abbandonare le severe critiche di un tempo, come ad esempio quella di Nigro secondo cui *"il ricorso straordinario si presenta come una anomalia tanto più grave dopo l'entrata in vigore della nuova costituzione"*⁵, è indubbio che le modalità di esplicazione dell'istruttoria, nonostante sia stato ribadito l'obbligo della sua conclusione nel termine fissato dalla legge e il dovere del Ministro di sanzionare il responsabile del procedimento cui sia imputabile l'eventuale ritardo, sono tali da non garantire l'effettiva conclusione del ricorso con l'adozione della decisione. A ciò si aggiunga la segretezza dell'istruttoria, l'assenza di discussione orale, l'unilateralità del contraddittorio scritto.

³ Nel 2008 sono pervenute alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato 4788 richieste di parere su ricorsi straordinari (in deciso aumento rispetto ai 4384 ricorsi pervenuti nel 2007): di questi, circa 1400 sono stati presentati con istanza cautelare. Le tre sezioni consultive hanno reso, in totale, 5463 pareri definitivi dell'affare, 943 provvedimenti cautelari e 2100 pareri interlocutori; il numero dei ricorsi definiti complessivamente nel 2008 è stato di 5631, di pochissimo inferiore a quello degli anni precedenti.

⁴ Va in proposito ricordato che Giolitti, allorquando si discusse della proposta di soppressione del rimedio in questione ebbe ad osservare *"Questa soppressione, a mio avviso, non sarebbe una cosa buona. Il ricorso straordinario al re costituisce una giustizia gratuita, giacché essa non costa che il foglio di carta per ricorrere al Governo"*.

⁵ M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953, 86.

Proprio con riguardo alla “giurisdizionalizzazione”, così come emerge dalla novella introdotta con la l. 69, l’Autore pone seri problemi di costituzionalità. Da un lato perché a considerarla un rimedio giurisdizionale senza se e senza ma, rimangono comunque anomalie e aporie, sì che non possono ritenersi assicurate tutte le garanzie che invero, secondo la lettura in termini di effettività ormai acquisiti nella giurisprudenza costituzionale, sono insite negli artt. 24 e 113 Cost., soprattutto per quanto concerne la possibilità di replicare alle deduzioni ed eccezioni di amministrazioni resistenti e di contro interessati.

Dall’altra perché c’è da chiedersi se il ricorso straordinario, come rimedio “giustiziale”, non abbia una copertura costituzionale nell’art. 100 Cost., talché la giurisdizionalizzazione si pone in contrasto con tale previsione.

La mia tesi personale è che più garanzie vi sono, anche se non del tutto soddisfattive, meglio è: tantopiù che la omologazione del ricorso giurisdizionale in punto di garanzie dopo la recentissima novella è in gran parte acquisibile già in via interpretativa. D’altra parte la maggiore lunghezza del termine per ricorrere e il minor costo fanno sì che il ricorso straordinario non andrà mai in disuso (anche se ora proprio la emananda legge di attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/CEE, finalizzata ad accelerare al massimo il contenzioso in materia di contratti pubblici novellando l’art. 245 d.lgs. 163/2006, non consente il ricorso straordinario⁶).

Di qui l’importanza -anche pratica- della monografia di Federico Freni, che offre ai lettori oltre ad un vasto retroterra culturale ed ad una indagine a 360 gradi dell’istituto nelle sue numerose problematiche e valenze, anche tutte le coordinate operative.

Giuseppe Morbidelli

⁶ Ricordo che in dottrina, sulla scorta della autonomia, anzi dell’indipendenza che caratterizza le autorità amministrative indipendenti, si è sostenuto che i provvedimenti di quest’ultime non sarebbero impugnabili con ricorso straordinario: v. L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, ANNUARIO 2002*, Milano 2003, 233 ss. Ma a parte che la giurisprudenza ha respinto tale tesi, essa è comunque da ritenersi superata per effetto della abrogazione della facoltà, ad opera del Consiglio dei Ministri, di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato.