PIETRO QUINTO

Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario

---

§1. *Una «novità» tra le pieghe del Codice.*

In due interventi(1) sui lavori preparatori del Codice del processo amministrativo auspicavo una «parola chiarificatrice» sul destino del ricorso straordinario al Capo dello Stato per concorrenti e convergenti considerazioni. Un Codice della giustizia amministrativa, che si pone il dichiarato obiettivo di perseguire con criteri di sistematicità ed organicità il riassetto «delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo», aveva il compito di sciogliere il nodo di un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza, dovendo peraltro affrontare specificatamente le regole dell'alternatività, disciplinare la domanda risarcitoria e riconsiderare il più generale tema del giudizio di ottemperanza. Non poteva, peraltro, ignorare il redigendo Codice le novità legislative introdotte con l'art. 69 della legge n. 69 del 2009, ed in precedenza con l'art. 3 della legge n. 205 del 2000 e, quindi, quella complessiva revisione dell'istituto, già operata con interventi parziali di aggiustamento ed adeguamento. E, da ultimo, il Codice non poteva ignorare e disattendere le interpretazioni formulate dalla Corte di Giustizia sulla nozione di

«giurisdizione», anche in relazione ai principi enunciati dagli artt. 6 e 13 della CEDU.

Il testo definitivo del Codice ha offerto, almeno in parte, l'auspicata soluzione, pur attraverso successive fasi di integrazione, che hanno evidenziato in qualche modo le perplessità mai sopite sulla «modernità», e, quindi, attualità di un antico rimedio giurisdizionale qual è stato il ricorso straordinario per la dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato più risalenti, sino all'inizio del Novecento. L'art. 112, comma 2, lett. d), del Codice ha così ammesso il ricorso per l'ottemperanza «delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adeguamento dell'obbligo della pubblica amministrazione di uniformarsi alla decisione».

Per apprezzare l'incisività della formulazione definitiva dell'art. 112 ai fini della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, occorre muovere dal testo proposto dalla commissione, che riproponeva la tradizionale formulazione dell'esecuzione delle sentenze definitive dei giudici amministrativi e ordinari e dei giudici speciali per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, non ricomprendendo, quindi, «i provvedimenti » definitivi, equiparati alle sentenze; ed occorre fare riferimento al dibattito svoltosi nelle Commissioni Affari Costituzionali della Camera e del Senato. In quel dibattito, particolare peso hanno assunto il richiamo della

giurisprudenza della CEDU e la Raccomandazione del Consiglio d'Europa 15 dicembre 2004, n. 20, che ha sollecitato gli Stati membri a prevedere senza eccezioni l'azione esecutiva, per l'effettività della tutela del *judicial review*; nonché la lacunosità del sistema, acuita dalle modifiche introdotte dall'art. 69 della legge n. 69, e, da ultimo, dalla considerazione che già la Camera dei Deputati nella precedente legislatura aveva approvato un disegno di legge, poi decaduto per fine legislatura, che aveva ammesso l'azione esecutiva nel caso di inottemperanza delle decisioni straordinarie.

Da questo dibattito è scaturito il parere della Commissione del Senato circa la necessità di integrare l'art. 112, in linea coi principi enunciati negli artt. 6 e 13 della CEDU, e di inserire tra le decisioni da ottemperare anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica, rese nel regime della alternatività. Il parere è stato recepito dal Governo con la riformulazione dell'art. 112 sopra riportata, che, senza un espresso riferimento al ricorso straordinario, estende il giudizio di ottemperanza ai «provvedimenti» equiparati alle sentenze passate in giudicato «per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza». La Relazione governativa al decreto legislativo, così come pubblicata, a proposito del rimedio d'ottemperanza, evidenzia le ragioni dell'estensione di tale giudizio: «L'azione, infine, è stata aggiunta, su specifica richiesta della Commissione Giustizia della Camera, per conseguire l'esecuzione dei lodi arbitrali e, in

recepimento della necessità segnalata dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato, di dare applicazione agli artt. 6 e 13 della CEDU, per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili».

La rilevanza, risolutiva, ai fini del riconoscimento della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, dell'ammissione nel Codice del giudizio di ottemperanza per l'adempimento di quelle decisioni si apprezza avuto riguardo alle argomentazioni ed al dibattito che hanno investito nel recente passato il tema del ricorso straordinario e l'ottemperanza, allo scopo di negarne l'ammissibilità.

Occorre ricordare che dopo qualche oscillazione la giurisprudenza amministrativa prevalente si era consolidata in senso negativo, affermando che il decreto presidenziale, pur ponendosi al di fuori dell'ordine gerarchico della pubblica amministrazione e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, manteneva comunque la sua natura amministrativa e per questo non assimilabile alle decisioni passate in giudicato, previste dalla legge quale presupposto per l'ottemperanza.

Di recente il CGA, che sin dal 2005 aveva ritenuto ammissibile il giudizio d'ottemperanza sul ricorso straordinario, con la decisione n. 415/2009 ha confermato detto orientamento ulteriormente motivando sulle ragioni della soluzione positiva (2). In detta decisione, pur non disconoscendo gli argomenti contrari, il CGA è pervenuto ad una

soluzione positiva attraverso l'affermazione della natura «sostanzialmente giurisdizionale» del decreto che decide il ricorso straordinario, e, quindi, della sussistenza dei presupposti per l'instaurazione del giudizio di ottemperanza sul rilievo che il provvedimento finale rappresenta solo «l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale» contenuto nel parere del Consiglio di Stato.

A sostegno di tale conclusione, il CGA ha utilizzato tutti quegli argomenti interpretativi e normativi desumibili dall'evoluzione dell'istituto, e, quindi, la definizione della Corte di Giustizia CE ai sensi dell'art. 234 del Trattato, le modifiche degli artt. 13 e 14 del D.P.R. n. 1199/1971 introdotte dall'art. 69 della legge n. 69: dalla «canonizzazione» della natura giurisdizionale del parere del Consiglio di Stato –si afferma in quella decisione- ne deriva come conseguenza ulteriore l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza.

In questi termini, quindi, la disciplina positiva introdotta dal Codice con l'art. 112 si atteggia come una presa d'atto delle ovvie conseguenze derivanti dalla ridefinizione della natura giurisdizionale del parere del Consiglio di Stato e del contenuto dichiarativo del decreto che definisce il ricorso straordinario in virtù della «decisione» del Consiglio di Stato.

Per completezza va evidenziato che non è solo nel testo dell'art. 112 che si rinviene la scelta del Codice di recepire l'avvenuta

giurisdizionalizzazione dell'istituto, con il superamento di quelle obiezioni che una parte della dottrina aveva sollevato anche dopo le modifiche introdotte con l'art. 69 della legge n. 69.

Assume una significativa rilevanza nella medesima direzione il comma 8 dell'art. 7, frutto di una integrazione anch'essa proposta dalla Commissione Affari Costituzionale del Senato e condivisa dal Governo, secondo cui «il ricorso straordinario è ammissibile unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa». La finalità della limitazione è la coerenza con l'obiettivo della legge delega di adottare strumenti che consentano la definizione in tempi rapidi del processo, sicché confliggeva con siffatta esigenza l'ammettere il ricorso straordinario –come ritenuto in passato dal Consiglio di Stato- avverso atti riguardanti il rapporto di pubblico impiego privatizzato, anche se la relativa decisione non definiva la controversia.

E, tuttavia, la espressa collocazione del ricorso straordinario all'interno della giurisdizione amministrativa e della sua definizione ribadisce che il sistema della giustizia amministrativa si basa su due alternativi rimedi del ricorso al tribunale amministrativo regionale e del ricorso straordinario. L'ulteriore corollario è che, quando la controversia è devoluta ad altro giudice, la decisione straordinaria, al pari della sentenza del TAR, deve dichiarare inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione amministrativa ed applicare l'art. 59 della

legge n. 69 del 2009 (sulla *translatio iudicii*).

A sua volta, l'art. 48, che disciplina il giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario su opposizione di parte, adopera le medesime espressioni dell'art. 16, comma 2, sulla incompetenza del TAR e sulla *translatio iudicii* e tratta le questioni dell'opposizione come questioni di competenza interna alla giurisdizione amministrativa (vedi, altresì l'art. 15, comma 8, e l'art. 48, comma 3). Per l'art. 48, infatti, a seguito di opposizione «il *giudizio* segue innanzi al Tribunale amministrativo regionale». «Qualora l'opposizione sia inammissibile, il Tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del *giudizio* in sede straordinaria» (il corsivo è nostro). A questo proposito non è condivisibile l'osservazione di chi, ricordando che nel corso dei lavori preparatori del Codice era stata proposta la locuzione «prosegue» per il caso di trasferimento al TAR a seguito di opposizione, sottolinea, senza però rilevare l'uso del termine "prosecuzione" di cui al citato comma 3, che era prevalsa la formula «segue» allo scopo di «evitare di fornire un incauto appiglio ai fautori della tesi della progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario» (3).

Sembra invece maggiormente rilevante e decisiva nella direzione opposta, per un verso, la identica qualificazione di «giudizio» alla fase processuale del ricorso innanzi al TAR e del ricorso straordinario, e, per altro verso, la definizione in termini di competenza del

trasferimento del giudizio dall'una all'altra sede.

Sotto tale profilo, lungi dal costituire elemento per negare la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, la previsione del comma 2 dell'art. 48, che esclude l'ultrattività, dopo la trasposizione, della misura cautelare concessa in seno al ricorso straordinario, è pienamente coerente e addirittura coincidente con la disciplina della competenza nel processo amministrativo. Dispone l'ottavo comma dell'art. 15 che «le pronunce sull'istanza cautelare rese dal giudice dichiarato incompetente perdono comunque efficacia dopo trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza».

Ulteriore conferma si rinviene nell'art. 47, che disciplina la ripartizione delle controversie tra tribunali amministrativi regionali e sezioni staccate. Anche in questo caso trovano applicazione i commi 8 e 9 dell'art. 15, e, quindi la perdita di efficacia delle ordinanze cautelari rese dalle sezioni del tribunale amministrativo regionale incompetente e la possibilità di riproporre l'istanza cautelare al TAR competente. Esattamente la disciplina prevista per le pronunce cautelari rese in sede straordinaria dall'art. 48, secondo comma, a seguito della trasposizione del giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale.

È questa, quindi, una ulteriore conferma della acquisita giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario.

§2. *Il processo di revisione del ricorso straordinario.*

Per una migliore comprensione di questo processo evolutivo, che ha consentito al Codice di recepire la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, è utile richiamare i rilievi di segno negativo della Corte Costituzionale, e l'intervento del legislatore, che, sulla base del dibattito dottrinario e giurisprudenziale, ha progressivamente aggiornato il contenuto e gli elementi strutturali dell'istituto.

Risale alla sentenza n. 298/1986 della Corte Costituzionale, l'espressione «ircocervo», con cui fu messa in evidenza la natura «ambivalente» del ricorso straordinario (4). In quella sentenza fu sottolineato – come elemento qualificante della natura amministrativa del rimedio – la potestà del Consiglio dei Ministri di decidere il ricorso, discostandosi dal parere del Consiglio di Stato, e, tuttavia, la Corte fissò i «limiti» per attivare la «clausola di salvaguardia», sottolineandone gli obblighi motivazionali. Sulla base di tali distinzioni la Corte ebbe comunque a ribadire che «il ricorso straordinario si distingue nettamente dai ricorsi amministrativi ordinari e da altre espressioni di amministrazione attiva in forma contenziosa. Si tratta di una distinzione che non è vanificata neppure nel caso in cui il Consiglio dei Ministri adotti un'autonoma decisione sul ricorso straordinario in difformità dal parere del Consiglio di Stato».

La giurisprudenza costituzionale nella sua successiva evoluzione,

pur cosciente di tale ambivalenza (5), ha costantemente affermato la prevalenza della natura «amministrativa» del ricorso straordinario. Con le decisioni del 2004 (sent. n. 254/2004, ord. n. 357/2004 e 392/2004) ha così dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato in sede consultiva nell'ambito del ricorso straordinario, ritenendo che il Consiglio di Stato, in sede di parere, opera come organo non giurisdizionale ed è pertanto privo di legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale (v. anche sentenza n. 282/2005).

La rigida e cristallizzata presa di posizione del Giudice delle leggi fu considerata dalla più attenta dottrina «una occasione sfumata» per pervenire all'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale. In particolare, venivano evidenziate macroscopiche contraddizioni negli orientamenti della stessa Corte Costituzionale con riferimento alla legittimazione della Corte dei Conti a sollevare questioni di costituzionalità delle leggi da applicare nell'esercizio della funzione di controllo, avuto riguardo ad evidenti analogie tra le sezioni consultive del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo sostanziale. Non solo. Del tutto ingiustificato appariva il diverso indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato in base al quale gli arbitri rituali «possono e debbono sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale delle norme di legge che siano chiamati ad applicare quando risulta

impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa».

Il paradosso è evidente: «un collegio arbitrale, qualunque collegio costituito ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c. è legittimato a proporre questione incidentale; il Consiglio di Stato, cioè il massimo organo di giustizia amministrativa chiamato a pronunciarsi all'interno di un procedimento di tipo contenzioso, no» (6).

Inoltre, l'orientamento della Corte contraddiceva la sua giurisprudenza sulla natura giurisdizionale delle decisioni di organi amministrativi (come la giunta provinciale amministrativa, il consiglio di prefettura, il consiglio comunale), abilitati a dirimere una controversia (ma poi soppressi con le sentenze della Corte che ravvisarono l'assenza della loro istituzionale indipendenza)

Il consolidato indirizzo della Consulta sembra(va), dunque, imporre come unica soluzione l'affermazione della natura amministrativa del ricorso straordinario.

Ma, proprio tenendo conto delle obiezioni della giurisprudenza e della dottrina ed al fine di fare emergere quella «anima» giurisdizionale comunque insita nella atipica complessità del rimedio, il legislatore è intervenuto con alcune precise scelte, similmente a quanto avvenne con la riforma del 1972 sulle commissioni tributarie.. L'art. 3, 4° comma, della legge n. 205/2000 ha potenziato e riqualificato il ricorso straordinario, ammettendo la tutela cautelare attraverso la sospensiva attivabile su domanda del ricorrente. Si è così

realizzato quel sub – procedimento cautelare nell'ambito di un «processo» così espressamente definito, strumentale ed incidentale rispetto ad un giudizio di legittimità.

Sotto la spinta del diritto comunitario, l'art. 245 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aveva previsto che gli atti indicati nel 1° comma erano impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al TAR ovvero con ricorso straordinario, ed il 2° comma disponeva l'applicabilità degli strumenti di esecuzione di cui agli artt. 33 e 37 della legge n. 1034 del 1971, e, quindi, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza sia per il ricorso giurisdizionale, sia per quello in via straordinaria senza alcuna riserva o differenziazione. (7). Nel Codice, la previsione di un rito abbreviato particolarmente accelerato per le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture ha limitato la impugnativa unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale.

L'art. 69 della legge n. 69/2009 – come già detto supra – ha modificato gli artt. 13 e 14 del D.P.R. n. 1199/1971, riconoscendo al Consiglio di Stato in sede consultiva la facoltà di sollevare incidenti di costituzionalità "ai sensi e per gli effetti" dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 (e dunque testualmente come "autorità giurisdizionale"), conferendo al parere reso un contenuto decisorio, e, cioè, carattere di stabilità e immodificabilità, «con l'effetto di avvicinare pericolosamente il decreto che decide il ricorso straordinario al giudicato» (8).

In effetti, numerosi commenti dottrinali (9) sulla riforma legislativa del ricorso straordinario hanno sottolineato l'avvenuto superamento dei principali rilievi critici opposti dalla Corte Costituzionale, ed, in particolare, il rilievo sulla natura non giurisdizionale del Consiglio di Stato in sede consultiva quale giudice a quo a fronte della caducità del parere, che poteva essere disatteso dall'Amministrazione nei termini di cui al secondo periodo del comma 1 dell'art. 14. Dalla impossibilità del Ministro di opporre rilievi di alcun genere e di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato è emerso il contenuto decisorio della *res* litigiosa nei termini espressi nella motivazione e nel dispositivo del parere del Consiglio di Stato.

Con la intangibilità del parere e con la possibilità per le Sezioni consultive di sollevare incidenti di costituzionalità venivano a cadere tutti i punti di criticità, che, a far tempo dalla richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 298 del 1986, avevano contribuito a disconoscere la qualificazione giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato.

Si è sostenuto altresì (10) che il «manifesto intento» del legislatore di affermare una volta per tutte la natura giurisdizionale dell'istituto avrebbe comportato una molteplicità di conseguenza processuali, sintetizzabili nella applicabilità di quegli istituti che presuppongono la «giurisdizionalità» e la sussistenza di una decisione idonea a formare il giudicato. E, quindi, accanto alla potestà di sollevare questioni di

costituzionalità (normativamente riconosciuta), anche ulteriori effetti tratti in via interpretativa-applicativa, come la riconosciuta legittimazione ad attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (peraltro sin dal 1997 ammessa dalla stessa Corte). Accanto a questa facoltà, ormai pacificamente acquisita, si è fatto riferimento alla applicabilità della legge 89/2001 sulla irragionevole durata dei processi; all'art. 111, 8° comma, che ammette il ricorso in Cassazione «contro le decisioni del Consiglio di Stato» (e quindi anche quelle rese in forma di parere in sede di ricorso straordinario); all'applicazione dell'art. 295 c.p.c. (peraltro indiscussa in giurisprudenza) per l'ipotesi di rapporto di pregiudizialità tra «giudizi». Ed infine al giudizio di ottemperanza. Si auspicava un superamento dell'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione e dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, come affermato dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana.

Dal complesso di tutte queste considerazioni e sulla base degli elementi di diritto positivo è scaturita, come un approdo consequenziale, piuttosto che come un'autonoma scelta a carattere innovativo, la positivizzazione introdotta nel Codice dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza anche per i provvedimenti decisori, la cui cogenza è equiparata alle sentenze dei giudici amministrativi.

Decisiva, in tal senso, come peraltro risulta dal testo della relazione governativa al Codice, è stata altresì la necessità di dare

applicazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ed agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia.

Ed invero, in attuazione di siffatti principi, per un verso, sono intangibili le decisioni finali di giustizia rese da un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario, ma che sia «*equated to a Court decision*» e dirima una controversia con una «*final decision*»; per altro verso, ogni ordinamento nazionale deve ammettere l'azione di esecuzione di una decisione di giustizia, quale indefettibile *second stage* della lite già definita, in base alla regola «*the execution of a judgement given by any court must be regarded as an integral part of the trial*» (11).

Ed è in questa direzione che la Corte di Giustizia della Comunità Europea ancor prima dell'entrata in vigore dell'art. 69 della legge n. 69 del 2009 aveva qualificato il Consiglio di Stato come giudice abilitato a disporre il rinvio pregiudiziale per la natura di «rimedio giuridico» e di *judicial review*.

Va ricordato in proposito che con una decisione del 24 dicembre 2009, proprio su una questione pregiudiziale rimessa dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, la Corte di Giustizia ha pronunciato un'importante sentenza, interpretando la direttiva 2004/18 nel senso che le Università e gli Istituti di ricerca, che non perseguono scopi di lucro, possono partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

La rilevanza ex art. 117 Cost. dei principi CEDU imponeva peraltro al legislatore, onde evitare la disapplicazione della norma contrastante, di positivizzare la regola per cui i «*domestic remedies must be effective*», ed attuare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, prevedendo espressamente l'azione di esecuzione delle decisioni rese con il ricorso straordinario.

§ *3 L'inquadramento costituzionale del «nuovo» ricorso*.

Si impongono ulteriori riflessioni riguardanti l'operatività immediata del ricorso straordinario revisionato e l'esigenza di alcuni aggiornamenti del rito, indispensabili per risolvere alcune criticità della configurazione attuale del ricorso straordinario, che, ad avviso di un osservatore scettico, rimarrebbe «un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e – verosimilmente – incostituzionale nella struttura» (12).

Sulla applicazione dell'art. 112, comma 2, lett. d) alle decisioni già rese in sede di ricorso straordinario (indipendentemente da ogni questione, estranea ai limiti del presente scritto, circa la natura necessariamente interpretativa o di revisione dell'istituto per effetto delle modifiche legislative introdotte con la legge n. 69), la risposta non può che essere positiva per le medesime ragioni evidenziate nella relazione del Governo circa la «necessità», attraverso l'ottemperanza, di dare applicazione agli artt. 6 e 13 della CEDU, per le decisioni la

cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili, cioè proprio quelle sui ricorsi straordinari nel regime dell'alternatività (come rimarcato dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato).

Sono numerosi i precedenti per i quali, quando una legge introduce un ricorso di ottemperanza per l'effettività della tutela, esso si può proporre anche per le pronunce già rese: l'art. 37 della legge n. 1034 del 1971 è stato applicato per le decisioni del Consiglio di Stato antecedenti alla sua entrata in vigore; per le decisioni delle Commissioni Tributarie le Sezioni Unite hanno ammesso il rimedio anche per quelle rese prima dell'entrata in vigore dell'art. 70 del D.Lgs. n. 546 del 1992; egualmente si è verificato per le decisioni della Corte dei Conti rese prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 della legge 205/2000.

Apparentemente più articolata è la questione dei necessari adeguamenti del rito per recuperare la «costituzionalità della struttura» nell'ambito dei rimedi giurisdizionali e della salvaguardia dei principi del giusto processo, fermo restando che sul piano costituzionale (artt. 100 e 103) non vi sono ostacoli per una qualificazione giurisdizionale del rimedio. A parte il fatto che la revisione può riguardare anche organi non menzionati in disposizioni costituzionali (come risulta da quanto accaduto per la commissione tributaria), una conferma in tal senso è stata individuata dalla dottrina a maggior ragione nella

copertura costituzionale dello Statuto della Regione Siciliana, che, all'art. 23, ha previsto che i ricorsi amministrativi al Presidente della Regione sono decisi da un «organo giurisdizionale» e che ha disciplinato il ricorso al Presidente come un rimedio a tutela piena, con la conseguente giurisprudenza del CGA sulla ammissibilità del giudizio di ottemperanza della relativa decisione.

Con riferimento invece alle esigenze di adeguamento del rito del «nuovo» ricorso straordinario, va detto che nella medesima normativa del Codice si è previsto un primo intervento adeguativo con l'art. 48, comma 1, che ha attuato il principio della parità delle parti, ammettendo l'opposizione ai fini della trasposizione del ricorso straordinario, anche dell'amministrazione statale. È questa una necessaria conseguenza, nella logica della parità delle parti, del ridimensionamento dei poteri dell'Amministrazione, privata con l'art. 69 della legge del 2009 della potestà di chiedere modifiche della decisione del Consiglio di Stato.

Rimangono aperte le questioni della segretezza dell'istruttoria, dell'unilateralità del contraddittorio scritto, dell'assenza di discussione orale, della mancanza di un termine espresso per l'emanazione del decreto, della possibilità di ricorrere in Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.; nonché, da ultimo, della decisione resa in un unico grado (13).

La maggior parte di siffatte questioni potranno essere risolte sul

piano giurisprudenziale attraverso quella elaborazione pragmatica, che, anteriormente al Codice, ha consentito al processo amministrativo di conseguire lo standard del «giusto processo». Si pensi al vasto tema della tutela cautelare con «l'invenzione» pretoria del doppio grado del giudizio cautelare; ai poteri istruttori, ivi compreso il ricorso alla consulenza tecnica, per le decisioni di legittimità e di merito; al rispetto delle esigenze di difesa di tutte le parti nell'ipotesi di sentenze semplificate; alla generale utilizzazione ed estensione degli istituti del processo civile, ecc.

In questa logica, l'A.G. del Consiglio di Stato sta affrontando e decidendo la questione del numero dei componenti del Collegio, chiamato a formulare il parere decisorio.

Non sarà difficile nella prassi giurisprudenziale – per quanto attiene alle regole processuali – ammettere una richiesta della parte ricorrente direttamente al Consiglio per acquisire copie di atti e documenti presenti nel fascicolo, ivi inclusa la relazione ministeriale; ed occorrerà altresì prevedere un termine per l'emanazione del decreto presidenziale, a seguito della decisione del Consiglio di Stato, mutuandolo dai termini previsti dal c.p.c. sulla pubblicazione delle sentenze.

Per altri adeguamenti occorrerà necessariamente un decreto correttivo, in attesa del quale non può comunque ipotizzarsi una «incostituzionalità» attuale dell'istituto, impeditiva della sua piena

operatività.

Il tema più impegnativo, alla luce del chiaro disposto dell'art. 111 Cost., è quello della pubblicità delle udienze e della discussione.

V'è un precedente, che ha riguardato il contenzioso tributario, allorquando sin dalla sentenza n. 287 del 1974 la Corte Costituzionale riconobbe il carattere giurisdizionale delle Commissioni malgrado l'art. 39 del D.P.R. n. 636/1972, che non prevedeva la pubblicità delle udienze.

Intervenne a più riprese la Corte Costituzionale, che con la citata sentenza n. 287 del 1974 non ha dapprima dubitato della avvenuta revisione in senso giurisdizionale (disposta dalla riforma, in dissonanza dalla giurisprudenza costituzionale), ma successivamente segnalando dapprima la necessità di un adeguamento normativo, e "salvando" la natura giurisdizionale delle predette Commissioni (sentenza 9 luglio 1986, n. 212; ord. 31 marzo 1988 n. 378).

Di fronte all'inerzia del legislatore, con sentenza n. 50/1989, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del D.P.R. n. 636, nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 128 del Codice di procedura civile ai giudizi innanzi alle Commissioni Tributarie. La pronuncia fece però salvi gli atti pregressi ed i provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, limitandone gli effetti «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza».

Sulla base di siffatta esperienza vi sono tempi e modi per un adeguamento correttivo del rito, nel mentre non vi sono impedimenti giuridici perché la prassi giurisprudenziale già preveda nell'ambito del giudizio sul ricorso straordinario la fissazione di una udienza pubblica per la discussione delle parti.

Il Codice ha invece risolto anche la possibilità per le parti di fruire del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione previsto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. Come già detto, il comma 8° aggiunto all'art. 7 (che individua i criteri attributivi della giurisdizione al Giudice Amministrativo) ha disciplinato i limiti di ammissibilità del ricorso straordinario, consentendolo unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Consegue che una decisione di ricorso straordinario, adottata in violazione dei limiti di giurisdizione, è pacificamente ricorribile in Cassazione per motivi di giurisdizione al pari delle sentenze del Consiglio di Stato, alle quali è equiparato in regime di alternatività il parere decisorio del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

Infine, per quanto attiene al «dubbio» (14) sulla compatibilità della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con il «principio del doppio grado» affermato dalla Costituzione, è agevole replicare che l'art. 125 Cost. non osta all'unico grado del giudizio nella giustizia amministrativa deciso presso il Consiglio di Stato (Corte Cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395).

§ *4. Considerazioni conclusive*.

Appare davvero difficile disconoscere l'utilità della rivalutazione del ricorso straordinario, come rimedio giudiziario, ed anzi la sua necessità, non solo per una coerenza di carattere istituzionale, anche in termini comunitari, ma soprattutto per offrire al cittadino-utente un rimedio alternativo ma equipollente al ricorso giurisdizionale «deciso in doppio grado», anche sotto il profilo dei minori costi (ingiustificatamente lievitati anche di recente) per accedere al servizio giustizia.

Con questa scelta il diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost. risulta irrobustito, piuttosto che conculcato, dal momento che valorizza la facoltà di scelta del ricorrente del rimedio giudiziario più appropriato a tutela della propria situazione giuridica soggettiva (15).

Con tutti i limiti derivanti dalla sua origine storica e dalla sua incompatibilità con le materie riservate ai riti speciali superaccelerati, che sono, ahimè, aumentati nel nuovo Codice, anche al di là delle buone intenzioni originarie, il ricorso straordinario può rappresentare una valvola deflattiva rispetto ai carichi di lavoro dei TT.AA.RR., che, a buon ragione, denunziano l'inadeguatezza organizzativa e strutturale rispetto all'incremento esponenziale del contenzioso, ma soprattutto in relazione ai nuovi impegni che scaturiscono dalla più articolata disciplina codicistica (16).

Ed è in questa logica che nel recente passato si era comunque sostenuta la necessità di una rivitalizzazione del ricorso straordinario, collocandolo però nell'ambito di quel sistema di rimedi alternativi alla giurisdizione, ossia di tecniche stragiudiziali, finalizzate ad alleggerire il contenzioso giudiziario. Tentativo questo dimostratosi incongruo e contraddittorio, perché utilizzato al più per eludere il termine decadenziale breve, e trasferire comunque la decisione della controversia nella sede giurisdizionale sua propria.

L'avvenuto superamento di una cristallizzata ed anacronistica interpretazione riduttiva del ricorso straordinario e la ridefinizione normativa degli elementi strutturali dell'istituto hanno consentito di ampliare gli strumenti di tutela giurisdizionale offerti al cittadino, attuando in concreto l'enunciazione dell'art. 1 del Codice: «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

In questa prospettiva assume non poco rilievo il riferimento ai principi del diritto europeo derivanti dalla CEDU, anche per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e quindi il dovere per il Giudice nazionale di dare al cittadino una giustizia tempestiva, effettiva e non illusoria.

In un recente scritto è stato evidenziato che con il nuovo Codice la giustizia amministrativa diventa definitivamente giurisdizione amministrativa, «si emancipa definitivamente dall'ipotesi di un'antica

legislazione emanata in un'epoca in cui il G.A. non poteva nemmeno essere definito come giudice, ed acquisisce un suo vero e proprio statuto che la pone accanto a quella civile e penale» (17). Affermazione questa pienamente condivisibile, che trova ulteriore completamento nella giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, che, dismessi gli abiti amministrativi ed archiviata la sua genesi storica e l'origine nata da una decisione "sovrana", rappresenta nel Codice un ulteriore rimedio offerto al cittadino per conseguire l'auspicata tutela piena ed effettiva, facente capo all'art. 113 Cost. che rappresenta la ragion d'essere della codificazione del processo, o, per meglio dire della giustizia amministrativa. Non dimenticando – come lucidamente evidenziato dal Presidente de Lise – a proposito della permanente validità dell'apporto giurisprudenziale in relazione alla speciale aderenza del diritto amministrativo con il «mondo reale», che la peculiarità di fondo del Codice del processo amministrativo rispetto a tutti gli altri codici consiste nella circostanza che, 85 anni dopo il testo unico del 1924, «questo Codice mostra la propensione a costituire una raccolta normativa che funge non tanto da "punto di arrivo", ma da "punto di partenza"» per la giurisprudenza successiva (18).

[1] Mi sia consentito rinviare a: P. Quinto, «Il "preavviso di ricorso" nella delega comunitaria e nel processo amministrativo», intervento nel Convegno su «Il codice del processo amministrativo», tenutosi a Lecce il 9 ottobre 2009; P. Quinto «Avvocati e processo amministrativo: speranze, contraddizioni e qualche ingenuità», in *Giustamm.it* 8/3/2010.

[2] Il commento alla decisione del C.G.A. è di Angelo Mari: «Vecchi e nuovi presupposti per il giudizio di ottemperanza», in *Giornale di Diritto Amministrativo, n. 11/2009*.

[3] Guerino Fares: Commento al codice, in *Guida al Diritto n. 32 del 7/8/2010*.

[4] La citazione è di F. Freni: il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricorda la Corte Costituzionale, «è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso di singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi; si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorte di ircocervo giuridico». In «Il "nuovo" ricorso straordinario», in *Diritto Processuale Amministrativo*.

[5] Nicola Pignatelli: «*Sulla natura del ricorso straordinario: le scelte del*

legislatore (art. 69 l. 69/2009)», in *Giustamm 6/8/2009*.

[6] Michele Giovannini: «*L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*», in *Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2005*.

[7] Filippo Salvia: « *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)* », in *Foro Amministrativo, 2009*.

[8] Federico Freni, cit.

[9] CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Giustamm.it* e sul sito CdS; AULETTA, *Il legislatore muove un passo (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro Amm.*, TAR, maggio 2009; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2009, 404 ss., (§ 2.1 "Il ricorso straordinario viene giurisdionalizzato dall'art. 69 della legge 18/6/2009 n. 69"); BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in Urbanistica e appalti, 2009, 1285 ss.; JARICCI, *Decisione del ricorso straordinario e ricorso in ottemperanza*, in *Contabilità-pubblica.it*. ("vi è stato un intervento risolutore del legislatore sulla natura giurisdizionale e sulla conseguente ammissibilità del giudizio d'ottemperanza"); CACCIARI-CAUTERUCCIO, *Il nuovo processo amministrativo*, in *diritto e pratica amministrativa Sole 24 ore*,

ottobre 2009, 72-74 (la "revisione" ha adeguato l'istituto "ai principi di effettività della tutela, affermati anche dalla CEDU"); GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, app., ott. 2009,44; PIGNATELLI, *Amministrazione giustiziale e costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giust. Amm.* E sul sito CdS (l'autore è però critico, perché la legge non potrebbe chiarire la natura di un organo di giustizia ma l'obiezione ignora la Corte Cost. sulla revisione nel 19742 delle commissioni tributarie); FRENI, *Amministrazione giustiziale e costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giustamm.it* e in *Diritto proc. amm.*, il rimedio – pur giurisdizionale – sarebbe inutile (c'è già il ricorso al TAR) e poco garantista; PLATANIA, *Può il legislatore aprire le porte al cielo?*; SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (Rilievi critici all'approccio*), in *Foro amm.*, giugno 2009; QUINTO, *Il codice del processo amministrativo e il danno da ritardo*, e in *Il preavviso di ricorso nella delega comunitario e nel processo amministrativo*, entrambi in *Giustamm.it* e sul sito del CdS.

[10] Nicola Pignatelli: *Sulla «natura» del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 6 l. 69/2009)*», in *Giustamm 6/8/2009*.

[11] CEDU, Sez. I, 16/12/2006, Murevic c/ Croazia, CEDU, Sez. II, 15/12/2004, Romoslrov c/ Ucraina; ed altre.

[12] F. Freni cit.

[13] Gian Piero Jaricci, «Decisione del ricorso straordinario e ricorso in ottemperanza», in *www.contabilità-pubblica.it*. L'autore auspica, tra l'altro, l'abrogazione del comma 2 dell'art. 11 del D.P.R. n. 1199/1971 per la parte che prevede la notifica del previo interpello al Ministero competente ai fini del deposito diretto di copia del ricorso presso il Consiglio di Stato.

[14] N. Pignatelli cit.

[15] Alessandro Auletta: «*Il legislatore muove un passo verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*», in *Foro Amministrativo, 2009*.

[16] I dati più recenti pubblicati dalla «*Guida al Diritto*» n. 32 del 7/8/2010 indicano in 455 i giudici amministrativi in servizio, di cui 350 nei TT.AA.RR., 96 al Consiglio di Stato e 9 presso il C.G.A.. La pianta organica prevede però 508 toghe.
I ricorsi pendenti al 30/6/2010 innanzi ai TT.AA.RR. sono 565.446, nonostante le procedure di perenzione ed i decreti di archiviazione.

[17] Roberto Chieppa: «*Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela* », in *giustamm.it*, 29/07/2010.

[18] Pasquale de Lise, Relazione conclusiva al Convegno di Lecce su «*Il*

Codice del processo amministrativo», ottobre 2009.