

## Il paradosso del ricorso straordinario

di [Giovanni Virga](#) | 6 marzo 2011 | [3 commenti](#) [Leggi](#)

Aveva suscitato molte speranze e qualche entusiasmo l'evoluzione che ha avuto negli ultimi tempi la disciplina dell'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Tale istituto, a lungo dimenticato dal legislatore dopo il D.P.R. del 1971, recentemente ha formato oggetto di una serie – sia pure disorganica – di pronunce giurisprudenziali e di interventi legislativi che hanno finito per rafforzare quel parallelismo tra tutela giurisdizionale e tutela in sede straordinaria che esisteva fin dall'origine e per eliminare o comunque ridurre quel carattere “ambivalente” che lo caratterizzava.

Come ricordato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, 28 gennaio 2011 n. 2065, [pubblicata in questa rivista](#), l'“ambivalenza” del ricorso straordinario derivava, storicamente, dalla diversa funzione che esso ha via via svolto: quella originaria di strumento di “tutela ritenuta”, e comunque di tutela amministrativa, e quella di rimedio giustiziale tendente alla giurisdizionalità, anticipatorio della giurisdizione amministrativa e quindi concorrente con essa, in termini di alternatività (art. 8 del d.P.R. 1199/1971; art. 20, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), a seguito della creazione e del consolidamento della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.

Proprio questa ambivalenza (ed oserei dire anche ambiguità) aveva precluso in passato, alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la estensione al ricorso straordinario di alcuni istituti previsti per il ricorso giurisdizionale (tra i quali, segnatamente, l'applicabilità del giudizio di ottemperanza anche alle decisioni dei ricorsi straordinari, ovvero la possibilità per il CdS, in sede di emissione del parere richiesto per la decisione di un ricorso straordinario, di sollevare questioni di legittimità costituzionale).

Fino a qualche anno addietro non era raro nè infrequente imbattersi in decisioni del Consiglio di Stato che negavano recisamente la possibilità di utilizzare lo strumento del giudizio di ottemperanza per assicurare l'esecuzione delle decisioni emesse sul ricorso straordinario (v. per tutte di recente Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 agosto 2006 n. 5036, [in questa rivista](#) ed ivi ult. riferimenti secondo cui: *“E' inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione del G.A., un ricorso proposto per l'ottemperanza ad un decreto del Presidente della Repubblica, di accoglimento di un ricorso straordinario, atteso che la decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur avendo carattere cogente per l'amministrazione e determinando in capo ad essa l'obbligo di esecuzione, consiste in un provvedimento amministrativo, a contenuto eliminatorio, privo della natura e della forza di giudicato che assiste la sentenza resa nella sede giurisdizionale”*).

Nè aveva avuto miglior fortuna la soluzione dell'altro problema appena evidenziato (riguardante la possibilità o meno di sollevare questione di legittimità costituzionale in

occasione dell'emissione di un parere sul ricorso straordinario), dato che la Corte costituzionale, con sentenza 21 luglio 2004 n. 254, [pubblicata in questa rivista](#), aveva avuto modo di affermare che *“E' inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza emessa da una sezione consultiva del Consiglio di Stato nel procedimento per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha infatti natura amministrativa e non giurisdizionale”*; pertanto, è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di costituzionalità della normativa di cui al d.P.R. n. 1199 del 1971, concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per violazione degli articoli 76 e 77 Cost., atteso che, nonostante le peculiarità del suindicato ricorso, esso rientra indubbiamente tra quelli amministrativi cui la legge di delega si riferiva (nello stesso senso v. in precedenza Corte Cost., sentenze n. 78 del 1966, n. 31 del 1975 e n. 298 del 1986 ed ordinanze n. 56 e n. 301 del 2001).

Tutto ruotava, a ben vedere, sul dato formale secondo cui alla decisione sul ricorso straordinario deve attribuirsi “natura amministrativa” e non giurisdizionale, trascurando il dato sostanziale secondo cui le garanzie previste nel relativo procedimento decisorio (in particolare la circostanza che esso viene deciso sulla base di un parere del Consiglio di Stato) non sono di molto inferiori a quelle del procedimento giurisdizionale.

E' stato merito del Consiglio di Giustizia Amministrativa, con una serie di decisioni coraggiose ed innovative (tra le prime v. per tutte la sentenza del 19 ottobre 2005 n. 695, [in questa rivista](#), con un commento di L. Busico, Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: il Consiglio di Giustizia Amministrativa riapre la questione, [in questa rivista, n. 11/2005](#)), ribaltando il proprio precedente orientamento allineato alla giurisprudenza del CdS (v. per tutte C.G.A., [sentenza 7 novembre 2002 n. 604](#)), affermare che *“in relazione al processo di progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato (ed in Sicilia, al Presidente della Regione), è da ritenere ormai ammissibile un ricorso in ottemperanza ai sensi dell'art. 27, n. 4 del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 e dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, proposto per ottenere la esecuzione della decisione di un ricorso straordinario, atteso che la decisione del ricorso straordinario, una volta intervenuta la incontrovertibilità, è assimilabile quanto ad efficacia ad un giudicato. Sembrano quindi applicabili per la esecuzione delle decisioni straordinarie, alternative ad una pronuncia del giudice amministrativo, gli stessi strumenti assicurati a quest'ultima pronuncia”*.

Il principio è stato confermato di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione con la già richiamata sentenza 28 gennaio 2011 n. 2065, secondo cui *“L'evoluzione del sistema normativo, specie a seguito della nuova disciplina del giudizio d'ottemperanza prevista dal nuovo “Codice del processo amministrativo”, contenuto nell'allegato 1) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, porta a configurare la decisione sul ricorso straordinario come un provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza; tale principio è applicabile non solo alle decisioni del Presidente della Repubblica, ma anche a quelle dei ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana, la cui disciplina è modellata sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Da ciò discende l'applicazione della regola juris secondo cui il giudizio di ottemperanza è ben ammissibile anche in relazione al decreto del Presidente della Regione, che abbia accolto un ricorso straordinario”*.

**Anche sul piano legislativo diverse novità si sono registrate negli ultimi tempi in materia.**

**Si è iniziato con l'art. 245 del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163**, il quale, nel testo originario, prevedeva, al 1° comma, che *“Gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell’Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all’articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034”* ed al 2° comma che *“Si applicano i rimedi cautelari di cui all’articolo 21 e all’articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e di cui all’articolo 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, e gli strumenti di esecuzione di cui agli articoli 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034”*.

Tali disposizioni finivano per prevedere il ricorso straordinario non solo come uno strumento parificato al ricorso giurisdizionale ai fini dell’impugnazione delle procedure di affidamento di appalti pubblici (1° comma), ma soprattutto finivano indistintamente per ritenere applicabile anche alla decisione del ricorso straordinario gli *“articoli 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034”* (2° comma) e cioè il giudizio di ottemperanza.

**L’opera di progressiva assimilazione tra i due mezzi di tutela è proseguita poi con l’art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69**, che ha fatto cadere l’altro tabù (costituito dall’impossibilità di sollevare q.l.c. nel corso del procedimento di decisione del ricorso straordinario).

Il primo comma di detta norma, infatti, ha aggiunto al testo dell’art. 13, primo comma, alinea, del d.P.R. 1199/1971 sui ricorsi amministrativi, una disposizione che espressamente prevede che la sezione del Consiglio di Stato, chiamata ad esprimere il parere sul ricorso straordinario, ne sospende l’espressione ed attiva l’incidente di costituzionalità *“ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87”* se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata.

Il secondo comma dell’art. 69 cit. ha inoltre previsto l’aggiunta al primo periodo del primo comma dell’art. 14 del medesimo d.P.R. delle parole *“conforme al parere del Consiglio di Stato”* e la soppressione del secondo periodo del primo comma, secondo periodo, dello stesso articolo, nonché l’abrogazione del secondo comma, così eliminando la possibilità – originariamente prevista – che il Ministero, nel formulare la proposta di decreto presidenziale, si discosti dal parere espresso dal Consiglio di Stato, previa sottoposizione della sua proposta al Consiglio dei Ministri.

E’ stata così eliminata una delle più evidenti aporie del ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, costituita dalla possibilità per il Capo dello Stato di disattendere il parere del CdS nel caso di delibera difforme del Consiglio dei Ministri, su richiesta del Ministro competente; una possibilità questa per la verità prettamente teorica, dato che – nella pratica – essa non è quasi mai stata utilizzata, nemmeno nel caso in cui ciò sarebbe stato necessario, e cioè nel caso di un parere del CdS che, proponendo di accogliere il ricorso straordinario proposto da alcuni nuovi (rampanti) Consiglieri di Stato, aveva addirittura riesumato l’istituto del c.d. *“galleggiamento”* od *“allineamento”* stipendiale (v. sulla vicenda l’articolo che a suo tempo scrissi in Giust.it, [riportato in questa rivista](#)).

Tutto quindi sembrava volgere per il meglio, per ciò che concerneva il ricorso straordinario, dato che:

- a) è stata ammessa la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza anche per ottenere l'esecuzione della decisione sullo stesso emessa;
- b) è stata prevista la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito del procedimento previsto per la sua decisione;
- c) è stata eliminata una evidente aporia del sistema, concernente la possibilità di disattendere il parere del Consiglio di Stato sullo stesso emesso mediante apposita delibera del Consiglio dei Ministri.

Veniva in tal modo avvalorata, sul piano legislativo e giurisprudenziale, la tesi (fino ad allora minoritaria) che concepiva il ricorso straordinario come un rimedio paragiurisdizionale e, comunque, veniva rafforzato l'originario parallelismo previsto dallo stesso D.P.R. sui ricorsi amministrativi tra rimedio straordinario e quello giurisdizionale.

Tali circostanze portavano, logicamente, a far presumere una progressiva estensione dello strumento straordinario a settori e campi non previsti, o comunque a confermare l'impiego del ricorso straordinario per le controversie per le quali finora era stato consentito (anche per la duttilità, economicità e per la funzione di sfoltimento del contenzioso giurisdizionale che il ricorso straordinario ha sempre svolto).

Del resto, lo stesso Presidente del Consiglio di Stato de Lise, nella recente relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2011 ([pubblicata in questa rivista](#)), ha auspicato – al punto 8 della relazione – che *“uno strumento deflativo del contenzioso potrebbe essere il ricorso a forme alternative alla giurisdizione, fra le quali le cd. Alternative Dispute Resolutions-ADR, su cui oggi l'Unione Europea insiste molto”* ed ha aggiunto che *“l'idea di fondo – che è anche alla base del concetto europeo di ADR – è che la giurisdizione va considerata come una risorsa non illimitata, da riservare alle questioni più rilevanti. Pertanto, nell'interesse del cittadino, occorre introdurre forme di tutela che ne assicurino la soddisfazione, con le dovute garanzie di terzietà, al di fuori del sistema processuale ordinario”*.

Uno strumento di *“Alternative Dispute Resolutions-ADR”* nel campo della giustizia amministrativa c'è già da tempo ed è rappresentato non già dal ricorso gerarchico (che il Pres. de Lise propone nella sua relazione di trasformare in una specie di strumento di tutela obbligatorio che funge da “filtro” per l'accesso al processo amministrativo), ma dal ricorso straordinario (che non è un semplice “filtro”, ma costituisce uno strumento di tutela alternativo: appunto un vero e proprio “Alternative Dispute Resolutions Instrument”, con garanzie – anche grazie alle recenti modifiche – non del tutto inferiori a quelle previste per il ricorso giurisdizionale).

**Come si concilia quindi l'auspicio del Pres. de Lise con le recenti modifiche che hanno finito per limitare grandemente il raggio di azione del ricorso straordinario, pur a seguito della sua progressiva “giurisdizionalizzazione”** (uso questa “parolaccia”, che non mi piace affatto e che finora avevo evitato di impiegare, per descrivere riassuntivamente il fenomeno della sua progressiva assimilazione al rimedio giurisdizionale)?

**Una prima innovazione in materia**, introdotta proprio in sede di modifiche al codice dei contratti pubblici, è quella recata dall'art. 3 del D.L.vo 20 marzo 2010, n. 53 (c.d. recepimento della direttiva ricorsi), il quale ha così sostituito l'art. 245, 1° comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006: *«1. Gli atti delle procedure di affidamento, ivi*

*comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.».*

Secondo i primi esegeti, tale modifica, nella parte in cui utilizza la parola “unicamente”, sopprimendo l'originaria disposizione (che, come detto in precedenza, prevedeva espressamente l'utilizzo del ricorso straordinario in alternativa a quello giurisdizionale in materia di appalti pubblici), ha finito per impedire la proposizione di ricorsi straordinari in quest'ultima materia.

**Un secondo, non irrilevante, restringimento del raggio di azione del ricorso straordinario** è stato operato con l'art. 7, comma 8, del D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo), il quale ormai prevede che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica “*è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*”.

Come affermato recentemente dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (con il parere 22 febbraio 2011 n. 808, [pubblicato in questa rivista](#)), a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, “*deve ritenersi che non sia più proponibile un ricorso straordinario per una controversia rientrante nella giurisdizione dell'A.G.O. ed in particolare per una controversia vertente nella materia del pubblico impiego c.d. contrattualizzato*”.

Entrambe le limitazioni sono a mio avviso ingiustificate, oltre che in contrasto con l'auspicio del Presidente de Lise di cui si è detto:

a) non è giustificata l'esclusione dell'esperibilità del ricorso straordinario per i ricorsi in materia di appalto, atteso che tale strumento consentiva una tutela molto meno costosa rispetto a quella del ricorso giurisdizionale (per il quale, come è noto, occorre versare per ogni grado di giudizio 2.000 euro per il contributo unificato, oltre alle spese necessarie per garantire la difesa tecnica, non richiesta per il ricorso straordinario); vero è che il ricorso straordinario, per i suoi tempi lenti di decisione, non consente quella tutela accelerata assicurata ormai dal ricorso giurisdizionale (non era raro nè infrequente vedere per i ricorsi straordinari domande cautelari decise a distanza di un anno, molto spesso assieme al merito), ma ciò non giustificava la soppressione dell'applicabilità dell'istituto agli appalti, ma, al più, la modifica del procedimento di decisione dei ricorsi straordinari in materia (con la previsione magari di una corsia preferenziale per essi);

b) non è giustificata l'esclusione dell'esperibilità del ricorso straordinario per i ricorsi nelle materie devolute alla giurisdizione dell'A.G.O. e, segnatamente, per le controversie in materia di pubblico impiego contrattualizzato, dato che anche per tali materie il ricorso straordinario costituiva un mezzo di tutela molto duttile, poco costoso e che fungeva da “Alternative Dispute Resolutions Instrument”, sia pure con riferimento alla giurisdizione ordinaria.

Si assiste quindi ad uno strano paradosso, costituito dal fatto che, mentre da un lato il ricorso straordinario, anche per effetto delle recenti modifiche, si rafforza, diventando sempre più uno strumento alternativo al rimedio giurisdizionale, parificabile a quest'ultimo – quanto a garanzie e mezzi di tutela (anche per ciò che concerne l'esecuzione delle decisioni emesse in sede straordinario), dall'altro diminuisce grandemente la sua portata (con conseguente attribuzione alla Sez. III del CdS di funzioni giurisdizionali),

nonostante la necessità, evidenziata recentemente dal Presidente del CdS, di ampliare i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie.

Giovanni Virga, 6 marzo 2011.