amministrativamente
Numero 10 – Ottobre 2010

Il Codice del processo amministrativo, il ricorso straordinario al presidente della repubblica e la ricerca dell'effettività della tutela: tra sforzi giurisprudenziali e tentennamenti del legislatore.

di FRANCESCO FERRARA

SOMMARIO: 1. Il codice del processo amministrativo ed il ricorso straordinario al presidente della repubblica: un'occasione sfumata di coordinamento con il rimedio giurisdizionale; 2. Il lungo percorso della giurisprudenza alla ricerca dell'effettività della tutela nel ricorso straordinario: l'ammissibilità dell'ottemperanza; 3. Il ricorso straordinario al presidente della regione siciliana e la sua specialità: una provocazione che desta perplessità; 4. Gli ultimi interventi legislativi: tra progressi e ritrosie; 5. Il problema dell'effettività della tutela e la necessità di un intervento legislativo risolutivo.

1. *Il codice del processo amministrativo ed il ricorso straordinario al presidente della repubblica: un'occasione sfumata di coordinamento con il rimedio giurisdizionale.*

Il codice del processo amministrativo prende in considerazione, in alcune norme, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Non si tratta, ovviamente, di una disciplina organica dell'istituto, il ricorso straordinario rimane, infatti, disciplinato pressoché integralmente dal d.p.r. 1199 del 1971. Il legislatore del 2010, cionondimeno, si occupa del rimedio in esame privilegiando essenzialmente quei profili di contatto con il processo amministrativo.

Più specificatamente, le norme del codice che hanno ad oggetto il ricorso straordinario sono l'art. 7 (*per l'ambito delle controversie ammesse*), l'art. 48 (*giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario*), l'art. 128 (*inammissibilità del ricorso straordinario nel contenzioso sulle operazioni elettorali*), in modo esplicito e diretto, mentre in modo indiretto, il codice del processo amministrativo vi incide con l'allegato n. 4 (*norme di coordinamento ed abrogazioni*), art. 3, n. 19 (*in tema di appalti*).

Ciò premesso, si rende opportuno analizzare più da vicino le norme citate per meglio comprendere come il codice del processo amministrativo ha inciso sulla disciplina del ricorso straordinario.

L'art. 7, ultimo comma, stabilisce che "*il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*".

L'art. 48 disciplina il giudizio conseguente alla trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato. La norma lascia invariata la disciplina già contenuta nel d.p.r. n. 1191 del 1971, l'unico elemento di novità consiste nel coordinamento tra questa disciplina e quella della sospensione del provvedimento impugnato, istituto dapprima ammesso in via pretoria[1] e poi positivizzato nell'art. 3 della l. 205 del 2000, tutt'ora vigente.

Parimenti non si contraddistinguono per il loro carattere innovativo le disposizioni di cui all'art. 148, che codifica l'orientamento già espresso dal Consiglio di Stato[2] nel senso della non alternatività tra ricorso straordinario e procedimento giurisdizionale nelle controversi elettorali, e l'art. 3 dell'allegato 4 in materia di appalti, norma quest'ultima che riproduce quanto era già stato disposto dall'art. 8 del d.lgs. n. 53 del 2010 (attuativo della c.d. "direttiva ricorsi") [su cui *infra* § 5].

Accanto a questi pochi riferimenti, risaltano, invece, all'attenzione alcune *assenze illustri:* le mancate codificazioni di alcuni strumenti processuali che la giurisprudenza ha, nel corso degli anni – con un operazione *quasi nomopoietica* di supplenza rispetto al legislatore[3] – mutuato dal processo amministrativo e trapiantato nel procedimento per il ricorso straordinario.

In particolare, si fa riferimento al ricorso per motivi aggiunti[4], all'ammissibilità della tutela risarcitoria[5], all'opposizione di terzo[6], al giudizio di ottemperanza solo per limitare l'attenzione a quegli istituti processuali innestati nel ricorso straordinario nell'ottica di garantire una tutela effettiva.

---

[1] Sulla sospensione del provvedimento impugnato: Cons. Stato, I, 1668/75, in *Cons. St.* 1977, 420; Cons. Stato, Comm. spec., 16/91, in *Dir. proc. amm.* 1993, 548, con nota di C. E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario.*

[2] Sulla posizione del Consiglio di Stato in merito agli atti relativi al contenzioso elettorale si ricordano i pareri della sez. I, n. 886/01 e 893/94.

[3] Le lacune normative e l'esigenza di un intervento legislativo sono stati più volte sottolineate dalla Corte Costituzionale, in particolare si ricordano le sentenze n. 298 del 1986, l'ordinanza n. 432 del 2006 nella quale si evidenziava *"il necessario intervento del legislatore, il quale dovrebbe optare per una piuttosto che un'altra forma di coordinamento, identificandone condizioni e presupposti, mediante una disciplina che può spingersi sino ad una completa rivisitazione del ricorso straordinario e dei suoi rapporti con il rimedio giurisdizionale".*

[4] Cons. Stato, sez. V, 568 del 1977 in *Cons. St.,* 1977, I, 944).

[5] CGA, sez. riun., 19 febbraio 2008, n. 409/07, in *Urbanistica ed appalti*, 2008, 1314 e ss., con nota di M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e tutela risarcitoria;* ed *idem* con nota di L. VIOLA, *Ricorso straordinario al presidente e tutela risarcitoria* in *La Responsabilità civile,* 2009, 152.

[6] Il riferimento è a Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2006, in *Urb. e appalti,* 2006, 1450, ivi con nota di S. MIRATE, *Ricorso straordinario e controinteressati "in senso sostanziale".*

2. *Il lungo percorso della giurisprudenza alla ricerca dell'effettività nel ricorso straordinario al presidente della repubblica: l'ammissibilità dell'ottemperanza.*

L'assenza che maggiormente desta perplessità è quella dell'ammissibilità dell'ottemperanza per i decreti che concludono il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

L'attualità della questione è riportata all'attenzione da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con una decisione emessa *quasi all'indomani* dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo: la n. 1244 del 5 ottobre 2010.

L'argomento, come è noto, non è nuovo nel panorama giurisprudenziale e ruota, essenzialmente, intorno alla natura giuridica della decisione emessa a conclusione di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica[7].

Questione che vede contrapposti da oltre un cinquantennio il Consiglio di Stato, che, sebbene non costantemente, ha affermato la natura sostanzialmente giurisdizionale delle decisioni in questione e la Cassazione che, invece, ne ribadisce la natura amministrativa.

Per meglio delineare i termini della questione, appare opportuno - senza pretese di esaustività e completezza – ripercorrere brevemente le tappe principali della giurisprudenza sul problema.

L'esigenza di rendere esperibile il giudizio di ottemperanza anche a chi avesse scelto la via del ricorso straordinario era stata avvertita dal Consiglio di Stato già all'inizio degli anni cinquanta del secolo scorso. Con la nota decisione del 16 ottobre 1951, n. 430, i giudici di Palazzo Spada affermavano che il ricorso per ottemperanza era esperibile anche per ottenere l'esecuzione della decisione emessa dal Capo dello Stato su ricorso straordinario[8].

---

[7] La bibliografia sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ampia, anche in considerazione del fatto che tutti gli autori che hanno trattato, anche solo alcuni profili dell'istituto, hanno comunque espresso la loro opinione sul punto, cionondimeno appare opportuno ricordare alcuni tra i contributi più significativi, ancorché non recenti: M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* Milano, 1959, cui si rinvia per la problematica sull'ammissibilità del ricorso straordinario nell'allora nuovo ordinamento costituzionale; E. CANNADA BATOLI, voce *Decisione amministrativa,* in *Novissimo Dig. It.,* 1960, 269; M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa,* in *Enc. Dir.* 1962, ora in *Scritti,* Milano, 1996, 499 e ss. Di particolare interesse appare poi l'opinione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* Vol. II, Padova, 1969, 1222, secondo cui "*l'atto di decisione nella forma del decreto presidenziale, controfirmato dal Ministro competente viene ad assumere carattere ibrido, poiché, mentre sotto l'aspetto formale può assimilarsi ad un atto amministrativo, sostanzialmente viene ad assumere carattere giurisdizionale".*
Per i contributi più recenti si rinvia alle note che seguono.

[8] Cons. di Stato, 16 ottobre 1951, 430 in *Foro it.,* 1951, III, 261 e ss., e *ibidem,* 1952, III, 10 e ss., con nota adesiva di M. RIVALTA, *Sull'applicabilità dell'art. 27, n. 4, t.u.26 giugno 1924 n.1054 ai decreti del*

Il ragionamento del Consiglio di Stato si basava su un'analogia tra la fattispecie del giudicato e quella della decisione emessa nel ricorso straordinario che conduceva ad una sostanziale uguaglianza dei due istituti.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato portate a sostegno della ammissibilità dei due istituti erano: a) la definitività della pronuncia adottata su ricorso straordinario, essendo la decisione sottratta all'esercizio del "*potere di revoca*"; b) la resistenza della medesima alle "*norme successivamente emanate*" ancorché "*aventi effetto retroattivo*"; c) il carattere vincolante della decisione nei confronti dell'Amministrazione (priva della facoltà di decidere in ordine alla convenienza o meno di dare esecuzione alla decisione stessa).

L'estensione analogica dell'istituto dell'ottemperanza alle decisioni sul ricorso straordinario trovava, inoltre un supporto – secondo la decisione del 1951 – nelle ragioni di "*sostanziale giustizia la cui affermazione nei confronti della pubblica amministrazione risponde agli scopi istituzionali del più elevato organo di giustizia amministrativa*".

Il tentativo di equiparazione dei due rimedi veniva tuttavia, immediatamente ribaltato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la n. 3141 del 2 ottobre 1953, la quale – pur condividendo il "*lodevole proposito di rafforzare le garanzie del cittadino di fronte all'azione della pubblica amministrazione*" – affermava, tuttavia, che la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato non poteva trovare accoglimento, essendo sprovvista della necessaria previsione legislativa![9]

L'argomento principale sul quale si fondava il ragionamento della Cassazione era quella della natura amministrativa, e dunque non giurisdizionale, del provvedimento emesso sul ricorso straordinario. Osservava, infatti, la Cassazione nel 1953, che il ricorso per l'ottemperanza presuppone sempre atti di natura giurisdizionale, mentre l'atto che conclude il ricorso straordinario ha natura amministrativa. Pertanto – sostenevano i Giudici della giurisdizione –anche a volere ammettere l'applicazione analogica dell'art. 27 del T.U. del Consiglio di Stato (norma che disciplinava l'istituto dell'ottemperanza prima del codice del processo amministrativo) "*manca l'eadem ratio indispensabile per l'analogia*".

Capo dello Stato che decidono i ricorsi straordinari, secondo la quale "*accanto al dovere dell'Amministrazione di conformarsi all'ordine contenuto nel decreto sta il perfetto diritto soggettivo dell'interessato all'esecuzione, in carenza della quale sorge per lui l'actio ex iudicato, e cioè il diritto processuale al ricorso*".

[9] S.U. Cass., 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Foro it.*, 1953, I, 1577 e ss. Sull'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla decisione e le citate posizioni del Consiglio di Stato e della Cassazione, per quel periodo storico, si ricorda anche S. NAI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* Milano, 1957, 215 e ss.

Alle sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione seguì un lungo silenzio del Consiglio di Stato che solo nell'ultimo decennio ha riproposto la tesi dell'ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza, facendo leva sulla pronuncia della Corte di Giustizia che ha qualificato il Consiglio di Stato, in sede di parere al Presidente della Repubblica, come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 TCE[10].

La qualificazione operata dalla Corte di Giustizia, come è noto, ha sortito un effetto di rinnovazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario che ha ammesso la possibilità di sollevare la questione di pregiudiziale costituzionale[11], nonché la sostanziale parificazione della decisione resa in sede ricorso amministrativo alla sentenza ai fini dell'ottemperanza[12].

In particolare, per il profilo che qui interessa focalizzare, i giudici di Palazzo Spada hanno tentato di superare il problema della natura amministrativa della decisione sul ricorso straordinario, focalizzando proprio l'attenzione sulla qualificazione del parere del Consiglio di Stato quale atto di natura giurisdizionale.

Il giudice amministrativo, al fine di riaffermare l'esperibilità del rimedio dell'ottemperanza, ha richiamato non solo le argomentazioni tradizionali ma, sulla

---

[10] La questione sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia era stata sollevata dal Consiglio di Stato con il parere del 6 dicembre 1995, n. 3319, in *Giorn. Dir. amm.,* 1997, 69, *ivi* con commento di A. SANDULLI. La Corte di Lussemburgo con la nota sentenza 16 ottobre 1997 (cause riunite C-69/96 e C-79/96) ha affermato che il Consiglio di Stato in sede consultiva nel procedimento del ricorso straordinario ha natura di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 TCE, sulla base delle seguenti considerazioni: 1) è un organo previsto per legge in via permanente; 2) è deputato alla risoluzione di controversie in via imparziale ed indipendente; 3) la sua determinazione segue un procedimento contenzioso ed in contraddittorio. Tra i diversi commenti di questa sentenza si ricorda quello di M.T. D'ALESSIO E N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica" fuzzy"della Corte di Giustizia,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.,*1998, 699 – 724.

Per maggiore completezza si ricorda come la Corte di Giustizia, già nel 1973, si fosse espressa nel senso dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale nel ricorso al Re dell'Olanda, nella causa 36 – 73, NV Nederlanse Spoorwegen contro Minister Van Verker en Waterstaat (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Raad van State) in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1973. Il procedimento del Ricorso al Re dell'Olanda è analogo a quello italiano. In particolare, destano interesse le conclusioni dell'Avvocato generale nelle quali si ripercorrono le origini storiche dell'istituto, e l'analisi della natura giuridica. L'Avvocato generale afferma che "*il procedimento di cui si tratta abbia perduto il carattere puramente amministrativo delle origini. Esso è diventato un vero e proprio procedimento giurisdizionale, anche se la decisione è pur sempre un atto di giustizia ritenuta", op. cit.* 1319.

[11] Cons. Stato, II, ord. 26 marzo 2003, nella quale il Consiglio di Stato affermava la propria natura paragiurisdizionale allorquando emette il parere obbligatorio in sede di ricorso straordinario. La pronuncia è stata pubblicata su *Foro amm. CdS,* 2003, 3867, con nota di L. MARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato.* Sul punto, per maggiore completezza vedi *infra:* § 5.

[12] Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, 6695, in *Cons. St.,* 2000, I, 179.

base di un sillogismo, ha sostenuto che se la natura del parere del Consiglio di Stato è giurisdizionale, allora il suo contenuto deve essere considerato intangibile e pertanto, suscettibile di acquistare forza di giudicato[13].

Tali conclusioni, tuttavia, non hanno scalfito il monolitico orientamento della Cassazione che, con la sentenza 18 dicembre 2001 n. 15978, ha ribadito la natura amministrativa del decreto che decide il ricorso al Presidente della Repubblica con conseguente inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza[14].

La Cassazione, infatti, richiamando altra giurisprudenza della stessa Corte di Lussemburgo, ha sostenuto che non vi è identità tra nozione di "*organo giurisdizionale*" rilevante ai fini del rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE e quella ai fini dell'applicazione interna[15] e che, inoltre, nel ricorso straordinario manca quell'elemento indefettibile che caratterizza l'organo giurisdizionale: la terzietà e l'imparzialità del giudice come richiesto dall'art. 111 della Costituzione.

3. *Il ricorso straordinario al presidente della regione siciliana e la sua specialità: una provocazione che desta perplessità.*

Un ruolo importante e non trascurabile nel panorama giurisprudenziale è stato, senza dubbio, svolto dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana che con le sue pronunce ha proposto delle soluzioni *innovative* per risolvere il problema dell'ottemperanza.

---

[13] Cons. Stato, IV, 20 dicembre 2000, 6843, in *Dir. proc. amm.,* 2001, con nota di F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica avverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato;* Cons. di Stato, 15 dicembre 2000, 6695, con nota di F. Sbrana – G.P. JARICCI, *L'ottemperanza alle decisioni del Capo dello Stato,* in *Cons. Stato,* 2001, II, 117 e ss.

[14] SS.UU., 18 dicembre 2001, 15978, in *Foro It.,* 2002, I, 2448 e ss.; e *idem* in Cons. Stato, 2002, 1299 con nota di R. E. IANIGRO E G. MESCIA, *L'inottemperanza ai decreti del Capo dello Stato decisori dei ricorsi straordinari;* ed *ibidem,* con nota di M. SANTORO, *L'inammissibilità del giudizio di ottemperanza nel ricorso straordinario al Capo dello Stato,* 1319 e ss.

Appare, altresì, necessario ricordare l'opinione di chi, con riferimento alla qualificazione del parere del Consiglio di Stato, operata dalla citata sentenza della Corte di Giustizia, già prima della pronuncia delle Sez. Un. della Cassazione, ne criticava il ragionamento. Il riferimento è allo scritto di M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il "caso"del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica,* in *Dir. proc. amm.* 1999, spec. 153. Per maggiore chiarezza si trascrive, di seguito, una parte dello scritto citato che appare di centrale importanza ai fini dell'economia del discorso: "*dalla costruzione basata sul ragionamento della Corte Europea, e cioè isolando l'organo dal contesto procedimentale in cui questo interviene, si giunge fino alla equiparazione, sempre in termini sostanziali, di una funzione ad altra affatto differenziata e più esattamente incompatibile piuttosto che alternativa, rispetto a quella effettivamente svolta nel caso esaminato*" e cioè nel ricorso straordinario.

[15] Corte di Giustizia, 6 ottobre 1981, C. 246/80.

Il *nuovo* filone interpretativo è stato aperto con la decisione n. 695 del 19 ottobre 2005 nella quale la sezione siciliana del Consiglio di Stato ha fornito una sua interpretazione *originale* del problema, facendo leva sulla specialità dello Statuto regionale siciliano[16].

Decisione che, ad oggi, rappresenta il *leading case* per il Consesso siciliano.

Per comprendere meglio le premesse del ragionamento da cui muove il CGA occorre delineare i tratti essenziali della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, nella parte che qui maggiormente interessa[17].

Lo Statuto della Regione Siciliana, all'art. 23, pone il fondamento costituzionale del ricorso straordinario al Presidente della Regione[18].

Tale norma stabilisce che "*i ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria, contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le sezioni regionali del Consiglio di Stato*"[19].

Questa norma ha trovato attuazione, più recentemente, tramite il decreto legislativo n. 373 del 2003 che detta norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato.

---

[16] In merito si vedano i commenti di A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza,* in *Foro amm. CdS,* 2005, 3068 e ss.; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari,* in *Foro amm. CdS,* 2005, 3737.

[17] Per un quadro completo della disciplina: P. VIRGA, *Diritto amministrativo,* Vol. II, Milano, 1999, 212. Più recentemente: V. SALAMONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana: problematiche attuali,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

[18] Giova osservare come il ricorso al Presidente della Regione siciliana, a differenza di quello al Presidente della Repubblica, goda di copertura costituzionale. Lo Statuto regionale siciliano, infatti, è stato approvato con legge costituzionale n. 2 del 1948, anzi per esattezza storica, lo statuto fu approvato con regio decreto legislativo n. 445 del 15 maggio 1946 e successivamente elevato a rango costituzionale con la legge costituzionale n. 2 del 1948. Il punto richiederebbe ben maggiori approfondimenti di quanto un ingeneroso cenno possa fare e pertanto sulla questione storica appare opportuno rinviare alla bibliografia dell'epoca, ed in particolare a S. DE FINA, *Autonomia legislativa della Regione Siciliana,* Milano, 1957, 160 e ss.. Per un'analisi più recente sullo Statuto siciliano ed il riparto di competenze legislative con lo Stato, si rinvia a G. VERDE (*a cura di*), *La specialità siciliana dopo la riforma del Titolo V della Costituzione,* Torino, 2003.
Per il profilo che qui, invece, si tratta appare più opportuno focalizzare l'attenzione sul fatto che *paradossalmente* il legislatore ordinario potrebbe anche decidere di abrogare la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, mentre sopravviverebbe il ricorso al Presidente della Regione Siciliana che per essere abrogato necessiterebbe del procedimento di revisione delle leggi costituzionali secondo il procedimento stabilito dalla Costituzione per queste, sebbene senza possibilità di sottoporle a referendum nazionale, come stabilito dall'art. 41 ter dello Statuto della Regione Siciliana.

[19] Sulla disciplina siciliana del ricorso straordinario si ricordano: G. LANDI, *Profili e problemi della giustizia amministrativa in Sicilia,* Milano, 1951, spec. 77 e ss.; A. De Roberto, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana,* Milano, 1988, 207 e ss.

L'art. 9 del decreto legislativo testè citato dispone che "*sui ricorsi di cui all'art. 23 dello Statuto il parere è obbligatorio ed è reso dalla adunanza delle Sezioni unite del Consiglio di giustizia amministrativa".*

Il parere, quindi, viene emesso non solo dalla sezione consultiva ma anche da quella giurisdizionale. Questa norma rappresenta una peculiarità del ricorso straordinario al Presidente della Regione, che – ad avviso del Collegio – ne evidenzia l'atipicità e contribuisce a rafforzare la tesi secondo la quale l'istituto sarebbe connotato da "*spiccate caratteristiche giurisdizionali".*

Secondo la giurisprudenza del CGA, la particolare composizione del Collegio che emette il parere garantirebbe quella terzietà ed imparzialità necessarie a consentire l'applicazione della normativa sull'ottemperanza[20].

I ragionamenti condotti dalle diverse sentenze del CGA, invero, non appaiono pienamente persuasivi: il profilo dell'ottemperanza trasborda l'alveo della tutela in via amministrativa ed investe quello della tutela giurisdizionale che – come è noto – è di competenza esclusiva del legislatore statale.

Pertanto, ipotizzare una diversa soluzione tra ricorso al Presidente della Regione Siciliana e ricorso al Presidente della Repubblica, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, operata dalla l. cost. 3 del 2001, non appare prospettabile[21]. Si assisterebbe, infatti, ad una disparità di trattamento difficilmente giustificabile sul piano costituzionale, seppur facendo leva sulla *specialità* dello Statuto della Regione Siciliana.

Le disposizioni sull'ottemperanza, in quanto di carattere processuale, e non sostanziale – come ha più volte ribadito la Corte Costituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione – sono di esclusiva competenza statale[22] e pertanto le norme regionali non possono ne disciplinare la giurisdizione né escluderla[23].

---

[20] Sulla indipendenza del CGA e l'imparzialità dei giudici che la compongono appare interessante ricordare la pronuncia della Corte Cost. n. 316 del 2004. La sentenza, invero, riguarda la legittimità costituzionale della composizione mista (membri laici e membri togati) del CGA. In tale decisione, il Giudice delle Leggi ha, peraltro, colto l'occasione per sottolineare che poiché lo statuto siciliano è stato approvato prima dell'entrata in vigore del testo costituzionale e con esso non è mai stato coordinato, vi si possono rinvenire formulazioni ambigue, o anche omissioni […] da risolvere sulla base di una complessa interpretazione dello statuto e della singolarità dell'autonomia siciliana. L'argomento è stato ampiamente e criticamente trattato da S. RAIMONDI, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia: privilegio e condanna,* Milano, 2009.

[21] Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione appare, invero, possibile ipotizzare che i legislatori regionali possano dettare una disciplina diversa da quella del d.p.r. 1199 del 1971.

[22] Corte Cost. n. 18 del 2004.

[23] Corte Cost. n. 29 del 2003, la quale sottolinea come tale esclusione deriva dal principio secondo il quale "*la tutela giurisdizionale è a tutti garantita (art. 24 Cost)".*

Ne consegue logicamente che nemmeno i giudici possono riconoscere l'operatività di un rimedio giurisdizionale limitatamente ad una Regione.
La soluzione proposta dal CGA più che risolutiva, appare provocatoria nei confronti di un legislatore che si continua a dimostrare poco sensibile alle diverse istanze che hanno proposto la modifica della disciplina del ricorso straordinario in modo da colmare questo evidente *deficit* di tutela.
Una soluzione che – come è stato sottolineato dalla dottrina – non deve essere necessariamente quella di riconoscere l'esperibilità del ricorso in ottemperanza così come previsto nel processo amministrativo, ma che ben può essere quella di prevedere "*un giudizio sostanzialmente assimilabile a quello di ottemperanza*"[24].

4. *Gli ultimi interventi legislativi: tra progressi e ritrosie.*
L'intensità del dibattito giurisprudenziale e dottrinale che hanno caratterizzato l'ultimo decennio sembra avere attirato l'attenzione del legislatore che negli ultimi due anni ha, invero, in diverse occasioni, modificato la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.
Tali interventi, tuttavia – come dimostra l'apparato argomentativo del CGA all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo – svelano una certa ritrosia del legislatore ad affrontare *funditus* il problema.
In particolare, in una sintetica analisi, vanno ricordate le modifiche inserite con l'art. 69 della legge n. 69 del 2009 (c.d. "legge sviluppo"[25]: a) la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in tal modo superando *coraggiosamente* il contrario avviso espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 254 del 21 luglio 2004[26]; b) l'attribuzione del carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato.

---

[24] L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* in *Dir amm.* 2004, spec. 703 e 704. Sul punto, appare opportuno ricordare anche le osservazioni di A. DE ROBERTO, *Relazione del presidente del Consiglio di Stato sullo stato della giustizia amministrativa* in www.federalismi.it secondo cui "*l'emanazione, alla prima occasione, di una norma legislativa rivolta ad estendere l'ottemperanza anche al ricorso straordinario o, comunque, l'adozione di un'iniziativa legislativa per dar via ad una procedura esecutiva anche non giurisdizionale a servizio della decisione resa in sede straordinaria, può costituire soluzione capace di favorire, sulla distanza, la stessa sopravvivenza del ricorso straordinario.*

[25] Sulle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009 alla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e relative conseguenze sulla sua natura giuridica: N. PIGNATELLI, *Sulla" natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art.69 l.69/2009),* in www.giustizia-amministrativa.it; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela,* in www.giustizia-amministrativa.it

[26] Sulla sentenza della Corte Costituzionale si ricordano i commenti di: N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?* in *Dir. proc. amm.*, 2005, 779

A fronte di queste conquiste, sono, tuttavia, da registrarsi dei tentennamenti del legislatore medesimo. In particolare si fa riferimento alle disposizioni contenute nel codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006). L'art. 245 – anteriormente alla entrata in vigore del codice del processo amministrativo – prevedeva espressamente la possibilità di esperire il ricorso straordinario contro atti di affidamento di appalti, e specificatamente al comma 2 prevedeva l'applicabilità delle norme dell'ottemperanza[27].

Sembrava che, quantomeno nel settore degli appalti, si fossero superate le *colonne d'Ercole* del carattere ibrido del ricorso straordinario, tanto che parte della dottrina riteneva che i tempi fossero ormai maturi per la soluzione del problema[28].

Così non è stato, l'art. 245 del codice degli appalti è stato novellato dall'art. 3 dell'allegato n. 4 del codice del processo amministrativo.

Il nuovo art. 245 del codice degli appalti prevede, adesso, la sola tutela giurisdizionale[29].

Il ricorso straordinario è stato espulso dal codice degli appalti – per comprensibili ragioni di celerità in tale delicato settore – e con esso anche l'auspicio di chi leggeva nell'art. 245 il punto di svolta.

5. *Il problema dell'effettività della tutela e la necessità di un intervento legislativo risolutivo.*

La breve disamina giurisprudenziale e legislativa che si è proposta dimostra che il problema rimane aperto. Mario Nigro, nei primi anni sessanta, affermava che la decisione finale del ricorso straordinario non è di per sé "*idonea a soddisfare immediatamente insieme l'interesse giustiziale e l'interesse amministrativo".*

Nonostante i vari e pregevoli tentativi della giurisprudenza amministrativa la questione – come dimostra la recente pronuncia del CGA – rimane sostanzialmente

---

e ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata,* in *Giorn. dir. amm.,* 2005, 662 e ss.; V. BERLINGÒ, *Note sul ricorso straordinario e l'art. 21 octies l. n. 15 del 2005 (ovvero sul potere di "eccepire" dell'amministrazione" tra tutela dell'amministrazione e processo)* in *Foro amm. TAR,* 2005, 2238.

[27] In merito: I. BOCCUZZI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il decreto legislativo 53/2010* su www.amministrazioneincammino.luiss.it

[28] In tal senso: F. SALVIA, *Il ricorso al capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)* in *Foro amm. CDS,* 2009, 1605.

[29] L'art. 245 del d.lgs. n.163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), nella sua attuale versione, stabilisce che: "*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo".*

irrisolta, costringendo i giudici amministrativi ad arrampicarsi sulla parete rocciosa del formalismo giuridico per raggiungere la vetta dell'effettività della tutela[30].

Sullo sfondo sembra apparire il contrasto tra realtà giuridica e realtà fattuale, la prima chiara ed intelligibile agli operatori del diritto e meno a chi, vivendo l'esigenze concrete della realtà fattuale, difficilmente può comprendere le difficoltà che si presentano nella ricerca di tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

Senza volere indugiare troppo su questa (necessaria) dicotomia tra realtà giuridica e realtà fattuale, appare tuttavia sollecitare l'attenzione sul fatto che questa *talvolta* più che una distinzione viene avvertita come una *odiosa* contrapposizione.

Tale sgradevole sensazione sembra trovare un suo sostegno nella riflessione di Salvatore Satta che in un suo noto scritto sottolineava come "*nel suo profondo lavoro di astrazione il giurista elabora dei concetti, vale a dire, comprende, secondo l'etimologia della parola, la realtà, ne scopre e ne fissa l'essere, cioè la forma essenziale, l'ordine per cui essa è giuridica. Nulla è più legittimo di questa elaborazione",* tuttavia, aggiunge lo studioso "*il grave pericolo di questa elaborazione, comune a tutto il pensiero speculativo, ma particolarmente sensibile per il giurista, è che ad un certo punto le situazioni si capovolgono […] e così i concetti acquistino una tale assolutezza da diventare generatori della realtà"*[31].

Concludendo, allo stato attuale l'immagine che sembra ricavarsi somiglia sempre più a quella delineata dalla Corte Costituzionale negli anni ottanta del secolo scorso: "*una sorta di ircocervo giuridico"*[32].

Immagine che sintetizza la natura ibrida dell'istituto esaminato e che denuncia la permanenza di un "*buco nero nel sistema"*[33]*.* Fuor di ogni metafora, occorre chiedersi se un *ircocervo giuridico* possa avere cittadinanza nel nostro sistema.

I principi di effettività della tutela più volte ribaditi dalla CEDU[34] ed oggi positivizzati nel codice del processo amministrativo, inducono a ritenere che il noto brocardo "*electa una via non datur recursus ad alteram"* debba considerarsi un precetto per il legislatore al quale è data un'unica scelta: o quella di abolire il ricorso straordinario

---

[30] Sull'effettività della tutela nel ricorso straordinario: A. Pozzi, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali,* in www.giustizia-amministrativa.it.

[31] S. SATTA, *Il mistero del processo,* Milano, 1994, spec. 95.

[32] Corte Costituzionale n. 298 del 1996.

[33] M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale,* in *Scritti in onore di Pietro Virga,* 1994, I, 545.

[34] CEDU, Sez. III, 28 settembre 2006, Prisyazhnikova c. Russia.

per "*ricomporre l'armonia del sistema*" – come sosteneva Bachelet[35] – oppure seguire la via di una *giustizia effettiva e non illusoria*[36]mettendo mano in modo organico e completo alla disciplina del ricorso straordinario.

Dopo il codice del processo amministrativo, i tempi sono maturi per mettere mano ad un riordino della disciplina del ricorso straordinario positivizzando gli orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza amministrativa. Lo impongono superiori esigenze di chiarezza e di effettività di una tutela semplice, accessibile ed economica per il cittadino[37].

[35] V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 1959, 811.

[36] L'espressione in corsivo è mutuata dallo scritto di M. A. SANDULLI, *Prima lettura della riforma del processo amministrativo, attuata con D.lgs. 2 luglio 2010, n.104, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 156 del 7 luglio 2010,* in *L'amministrativista,* 2010.

[37] In tal senso si legga: CGA n. 695 del 2005.