

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA POSITIVA DEL RICORSO STRAORDINARIO:

PRINCIPI REGOLATORI, CASISTICA GIURISPRUDENZIALE E PROBLEMI APERTI

SOMMARIO: 1. L'ambito di operatività del rimedio – il problema degli “atti amministrativi definitivi”; 2. Il principio di generalità; 2.1. Atti delle amministrazioni regionali; 2.2. Atti delle Autorità Amministrative Indipendenti; 2.3. Atti di diritto privato delle PP.AA.; 2.4. Il regime proprio degli atti amministrativi relativi a materie devolute alla competenza del giudice ordinario; 2.5. Ricorso straordinario e pubblico impiego: prima e dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo; 2.6. Ulteriori deroghe funzionali; 2.7. L'impugnativa degli atti di competenza del giudice dell'ottemperanza e delle determinazioni del commissario ad acta; 2.8. Ricorso straordinario e contratti pubblici; 3. Il principio di alternatività; 3.1. Casistica giurisprudenziale; 3.2. Casi particolari; 3.3. Applicabilità del principio in caso di rinuncia al ricorso giurisdizionale; 4. Il principio impugnatorio; 4.1. L'oggetto del ricorso straordinario; 4.2. Eccezioni al principio: casistica; 5. Ricorso straordinario e risarcimento del danno: incertezze e problemi (anche) alla luce del Codice del Processo Amministrativo; 6. Possibilità di sollevare pregiudiziali comunitarie in sede di ricorso straordinario; 7. L'impugnazione del d.P.R. che decide il ricorso straordinario; 8. La revocazione; 9. Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale ed eventuale riattivazione della sede straordinaria; 10. L'applicabilità dello speciale regime previsto dall'art. 119 del Codice del Processo Amministrativo; 11. La tutela cautelare; 11.1. La disciplina positiva dettata dall'art. 3, comma 4, della legge n. 205/2000; 11.2. Punti critici e vuoti normativi; 11.3. Prospettive ricostruttive: il parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, 28 aprile 2009, n. 920; 11.4. Atipicità delle misure cautelari e ricorso straordinario; 11.5. L'art. 48 del codice ed il regime delle misure cautelari in seguito alla trasposizione del giudizio innanzi al Tar; 12. Il ricorso straordinario tra procedimento e processo: garanzie partecipative e contraddittorio; 13. Il nodo del giudizio di ottemperanza; 13.1. Dai primi arresti degli anni 50 del '900, sino al nuovo secolo; 13.2. La decisione n.6695/2000 del Consiglio di Stato: la tentata inaugurazione di un nuovo corso; 13.3. L'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza 15978/2001; 13.4. Il riallineamento della giurisprudenza e le decisioni del Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana; 13.5. Le riforme del biennio 2009-10: verso una soluzione; 13.6. ...infine piovve! Le Sezioni Unite ammettono l'esperibilità del giudizio di ottemperanza (SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065); 13.7. L'evoluzione del sistema: le pronunce del Consiglio di Stato e la (provvisoria) chiusura del cerchio

1. L'ambito di operatività del rimedio – il problema degli “atti amministrativi definitivi”

Così tracciato il substrato storico dell'istituto, è ora necessario delimitare l'ambito di operatività del ricorso straordinario.

Il rimedio è proponibile esclusivamente avverso gli atti definitivi (vale a dire, avverso tutti gli atti per i quali non siano o non siano più esperibili gli ordinari rimedi gerarchici): alla chiara lettera dell'art. 8 del dPR 1191 si aggiunge, infatti, l'art. 16, n. 4 del T.U. Cons. Stato che, più esplicitamente, fa riferimento ai ricorsi al Presidente della Repubblica *“contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite o non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica”*.

Intorno al concetto di *definitività* dell'atto è, però, necessaria una breve precisazione. Sul punto, infatti, nel dichiarato intento di porre fine agli equivoci interpretativi il Consiglio di Stato (segnatamente la Sez. III, con pareri n. 1616/01 del 15 gennaio 2001, e n. 248/02 del 14 maggio 2002), ha sottolineato come il carattere della *“definitività”* di un atto amministrativo debba desumersi esclusivamente dalla non impugnabilità dell'atto stesso mediante ricorso gerarchico (come si verifica per le determinazioni dei dirigenti preposti ad uffici dirigenziali generali), senza che possa assumere rilievo alcuna la circostanza che un simile atto possa avere effetto anche in un momento successivo alla sua adozione.

Sul punto, ancora la Sez. III, con parere 10 dicembre 2002, n. 2180/02, ha puntualizzato che *“il carattere della definitività, implicante la impossibilità di proposizione di un gravame in via gerarchica ad un organo sovraordinato, ai sensi dell'articolo 1, primo comma, del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, non può essere posto in discussione ove si tratti di un parere reso da un organo collegiale per il quale non è configurabile alcun rapporto di gerarchia con altri organi”*.

Nel caso in esame la Sezione delibando circa il parere reso dal Consiglio Giudiziario, sulla base del quale il Consiglio superiore della magistratura procede alla valutazione dei magistrati ai fini della loro promozione, ha precisato che tale pronuncia si qualifica come atto endoprocedimentale e perciò non è, di norma, autonomamente impugnabile atteso che la lesione della sfera giuridica dell'interessato può provenire soltanto all'atto conclusivo del procedimento amministrativo. In conclusione, la Sezione ha posto in evidenza che *“l'impugnazione di atti intermedi del procedimento può essere consentita soltanto nel caso di atti destinati ad incidere in maniera vincolata sulla determinazione finale; ovvero nel caso di atti idonei a comportare un arresto procedimentale, impedendo o rinviando a tempo indeterminato il soddisfacimento dell'interesse pretensivo del soggetto istante”* (Cfr., in senso conforme: Sez. III, 13 gennaio 2004, n. 921/02; 9 marzo 2004, n. 2074/03).

Per quanto -in materia- il precetto normativo della definitività non sia mai stato posto in discussione (Cons. di Stato, Sez. I, 10 ottobre 2001, n. 479; Sez. II, 5 febbraio 1997, n. 1266; Sez. III, 22 febbraio 1994, n. 1490; ma anche, Cons. di Stato, Comm. Spec. Pubblico Impiego, 17 maggio 1999, n. 436), la giurisprudenza ha dedicato una particolare attenzione nel riconoscere l'errore

scusabile nel caso di ricorsi proposti avverso atti non definitivi, nei quali non fossero stati indicati il termine e l'organo cui il ricorso doveva essere presentato, in violazione dell'art. 1, terzo comma, del citato d.P.R. n. 1199 e dell'art. 3, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Cons. di Stato, Sez. II, 27 marzo 1996 n. 1702; 28 giugno 1995, n. 1502; Sez. III, 31 maggio 1994, n. 45; 15 novembre 1994, n. 416; 6 dicembre 1994, n. 1247; 28 febbraio 1995, n. 1300; Cons. Giust. Amm.va Sic., 24 febbraio 1998, n. 16).

Di fondamentale importanza, inoltre, è stata l'opera chiarificatrice della giurisprudenza all'indomani della separazione delle funzioni di governo dalle funzioni di amministrazione, avviata con le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e perfezionatosi con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80: è subito emersa, infatti, l'esigenza di un chiarimento in ordine all'autorità competente a pronunciarsi sui ricorsi gerarchici, con conseguente verifica della eventuale definitività dei provvedimenti dirigenziali.

Con un parere della Commissione speciale (reso il 15 dicembre 1993 e rubricato al n. 24), è stato affermato che, in base alla normativa allora vigente, doveva essere ammessa la proposizione di ricorsi gerarchici al Ministro, aventi per oggetto provvedimenti amministrativi adottati dai dirigenti generali nell'ambito delle loro competenze, *“rientrando il rapporto tra il primo e i secondi nella figura organizzatoria della “sovraordinazione” che costituisce, al tempo stesso, la condizione ed il limite per l'operatività di siffatto particolare strumento di giustizia”*. Tale orientamento è stato successivamente ribadito dai pareri della Commissione speciale 20 marzo 1995, n. 349, e dell'Adunanza generale n. 86 del 4 luglio 1996.

Come noto la questione è stata superata dall'art. 11 del decreto legislativo n. 80 del 1998, che ha sostituito l'art. 16 del decreto legislativo n. 29 del 1993, stabilendo che gli atti dei dirigenti generali possono considerarsi definitivi e che i dirigenti degli uffici dirigenziali generali, comunque denominati, decidono sui ricorsi gerarchici contro gli atti e provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti.

Quanto ai problemi di coordinamento sorti in relazione a detta modifica normativa, questi sono stati risolti nel senso che dalla data di entrata in vigore del decreto n. 80 si è esclusa la potestà del Ministro di decidere in ordine ai ricorsi gerarchici avverso qualsiasi provvedimento, ancorché si trattasse di gravami proposti in epoca antecedente, non ritenendosi applicabili alla fattispecie principi strettamente attinenti ai procedimenti in sede giurisdizionale, ed in particolare il principio della *“perpetuatio jurisdictionis”* di cui all'art. 5 del Codice di procedura civile (Cfr., sul punto Cons. di Stato, Sez. III, 9 giugno 1998, n. 1986/96; 14 luglio 1998, n. 394/98; 13 ottobre 1998, n. 1028/98; 15 dicembre 1998, n. 713/98; 8 giugno 1999, n. 1554/98).

Occorre, da ultimo, rilevare che una questione particolare è sorta con riferimento agli atti dei dirigenti non generali posti in essere in forza della *“delega di firma”* di un dirigente generale: in tale ipotesi la Commissione speciale 13

dicembre 1999, nn. 462-463, ha escluso la proponibilità del ricorso gerarchico ed ha riconosciuto in tal modo la definitività dei provvedimenti delegati, considerando che, *“attraverso la delega, viene meno il potere di riesame degli atti in questione, da qualificarsi come apicali ad ogni effetto”*.

2. Il principio di generalità

Il ricorso straordinario è rimedio di *carattere generale*, ammesso (nei limiti delle giurisdizioni riconosciute al giudice amministrativo) avverso qualsiasi tipo di provvedimento definitivo, ed escluso, invece, nelle sole ipotesi previste dal legislatore.

Tuttavia, nonostante l'indicata impostazione generale, il principio subisce numerose deroghe e limitazioni, tanto a livello geografico, quanto - e soprattutto - a livello funzionale.

2.1. Atti delle amministrazioni regionali

Per quanto riguarda l'ammissibilità del rimedio avverso atti promananti dalle amministrazioni regionali¹, se da un lato la Corte Costituzionale, con sentenza 31 dicembre 1986 n. 298, ha positivamente risolto il problema, rilevando che avverso tali atti gli Enti vengono sottoposti ad un riesame da parte dell'Amministrazione centrale, al contrario, ai sensi dell'art. 7, comma 3 del DPR 6 aprile 1984, n. 426 è improponibile -a tutela delle garanzie per le minoranze linguistiche previste dall'art. 6 Cost.-il ricorso straordinario nelle materie di competenza del Tribunale amministrativo regionale di Bolzano (Tar Trentino Alto Adige – Bolzano, 28 agosto 1995, n. 192; e 25 maggio 1994, n. 127, che ha escluso l'incostituzionalità della norma *“inquadrandosi detta preclusione nelle misure attuative del principio di tutela delle minoranze linguistiche sancito dall'art. 6 Cost.”*).

Relativamente, poi, all'ammissibilità del ricorso straordinario avverso atti amministrativi della Regione Siciliana, (che, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto di autonomia, approvato con R.D. Legislativo 15 maggio 1946, n. 455, sono decisi dal Presidente della Regione, previo parere del Consiglio di Giustizia), l'Adunanza Generale, investita del compito di dirimere il conflitto di competenza sorto a seguito di una pronuncia della II Sezione del Consiglio di Stato, con parere n. 8/02 del 17 ottobre 2002, si è pronunciata nel senso della proponibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ogni volta in cui si verta in materia di carattere statale e non regionale, *“restando senza rilievo, ai fini della competenza del Presidente della Regione, la circostanza che il provvedimento sia stato adottato nel territorio siciliano”*.

¹ Sul punto, *amplius*, BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, pp. 191 ss.

Allo stesso modo è stato ritenuto ammissibile un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, e non al Presidente della Regione siciliana, nel caso di controversia riguardante un atto regionale applicativo di un regolamento statale, avente efficacia sull'intero territorio nazionale (Cons. di Stato, Sez. I, 24 settembre 2003, n. 2907).

2.2. Atti delle Autorità Amministrative Indipendenti

Per quanto concerne, poi, gli atti delle Autorità Amministrative Indipendenti, mentre la dottrina - a tutela dell'elevato grado di indipendenza garantito dalla legge a ciascuna Autorità rispetto all'apparato politico amministrativo dello Stato - tende ad escluderne l'impugnabilità con ricorso straordinario², al contrario la giurisprudenza, nel rilievo che *"il ricorso straordinario integra e completa il sistema di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione"* e che il relativo procedimento *"assicura alle parti garanzie di imparzialità e indipendenza"* ha concluso affermando la piena soggezione degli atti delle Autorità Indipendenti al rimedio straordinario.

L'Adunanza generale del Consiglio di Stato 29 maggio 1997, n. 72 (in Foro it., 1999, III, 315) riaffermando il carattere di generalità che connota il ricorso straordinario, ha puntualizzato come in esso prevalga *"il profilo di controllo dell'atto quale strumento di difesa garantito al cittadino, realizzato in fase ancora interna all'Amministrazione e sostanzialmente presso di essa, in chiave di preponderante verifica di legittimità"*.

La tesi svolta è che *"la differenza fra le fasi giurisdizionali di impugnazione degli atti amministrativi e il ricorso straordinario"* sta essenzialmente nel fatto che *"la fase apud iudicem è sicuramente estranea al momento di concepimento ed alla gestazione dell'atto e presuppone la fuoriuscita dell'atto stesso dal processo formativo, con vistosa accentuazione del profilo di reazione alla determinazione lesiva, rispetto alla funzione collaborativa che può scorgersi nella sede straordinaria, pur se realizzata in chiave contenziosa"*. Il fatto che il controllo di legittimità sia realizzato in una fase interna all'Amministrazione, tuttavia, non attenua le garanzie legali di indipendenza e di legalità che si ricollegano al procedimento. Conclusione, quest'ultima (come, peraltro, meglio si vedrà infra) sostanzialmente condivisa anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee per la quale il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce a tutti gli effetti una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Sulla base di queste premesse il Cons. Stato, sez. spec., 29 maggio 1998, n. 988 (in Foro it., 1999, III, 313) ha concluso nel

² Sul punto MINGEMI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Foro Amm.*, 1995, I, 2460. Contra MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei settori istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, p. 176, nota 70.

senso dell'ammissibilità del ricorso straordinario avverso le delibere delle Autorità indipendenti.

Ed invero, *«posto che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica integra e completa il sistema di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione e che il procedimento assicura alle parti garanzie di imparzialità e d'indipendenza, non si rinvergono ragioni per escludere l'ammissibilità del rimedio nei riguardi degli atti amministrativi adottati da una Autorità amministrativa indipendente»*.

Tale conclusione è stata confermata dal Cons. Stato, sez. I, 24 ottobre 2007, n. 953; Cons. Stato, sez. I, 15 novembre 2006, n. 2609; Cons. Stato, sez. I, 2 febbraio 2005, n. 12042; Cons. Stato, sez. I, 7 aprile 2004, n. 2360. Da ultimo si veda, in senso conforme, Tar Lazio, Roma, Sez. III, sentenza 23 maggio 2008, n. 4869.

Notevole rilievo, sul piano dei principi, deve essere assegnato in materia alla pronuncia della Commissione speciale n. 4/98, del 27 aprile 1998 (in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1493. Ma anche, seppur solo in *obiter dictum*, Cons. di Stato, 19 aprile 2000, n. 269, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1945) relativa al ricorso straordinario proposto da un operatore economico avverso una delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Secondo l'Amministrazione resistente, il ricorso al Presidente della Repubblica non sarebbe stato ammissibile nei confronti del provvedimento in questione in quanto, in primo luogo, gli atti delle Autorità indipendenti non potrebbero essere assoggettati al controllo di legittimità nell'ambito di una procedura nella quale il Governo conserva penetranti poteri nelle fasi sia dell'istruttoria che della decisione; inoltre le norme del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, avrebbero attribuito alla competenza esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle impugnative in materia di pubblicità ingannevole. Relativamente alla prima questione la Commissione speciale ha chiarito che *“il ricorso straordinario al Capo dello Stato integra e completa il sistema di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione e che il procedimento assicura alle parti garanzie di imparzialità e di indipendenza, per cui non sussisterebbero ragioni per escludere l'ammissibilità del rimedio nei riguardi degli atti amministrativi adottati dalle Autorità in questione”*. Per quanto concerne, poi, la disciplina positiva dettata dal decreto legislativo n. 74 del 1992, la Commissione ha rilevato che *“l'attribuzione di una materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non rende di per sé in configurabile il ricorso straordinario, in quanto dall'ampliamento della tutela giurisdizionale non deve necessariamente derivare una diminuzione della tutela amministrativa, a meno che la specialità del procedimento giurisdizionale non comporti una particolare disciplina del procedimento contenzioso, incompatibile con il ricorso straordinario”*.

Ad oggi, i soli provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture risultano -ai sensi dell'art. 120, comma

1, del Codice del Processo Amministrativo- esclusi dallo spettro applicativo del rimedio straordinario.

Da ultimo, è bene ricordare che in materia, con un recente arresto, il Tar Lombardia (Milano, Sez. III, sentenza 10 aprile 2009, n. 3239) ha precisato, che ai fini dell'esercizio della facoltà di scelta tra il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica già istaurato e il ricorso giurisdizionale, prevista dall'art. 10, co.1 D.P.R. n. 1199/1971, le autorità amministrative indipendenti che abbiano emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario debbano considerarsi equiparate ai controinteressati e agli enti pubblici non statali.

Di conseguenza, ha puntualizzato il Tar, le autorità indipendenti possono optare immediatamente per la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, o restare, invece, nella sede straordinaria prescelta dal ricorrente, con ciò stesso rinunciando alla tutela giurisdizionale (in quanto la mancata opposizione preclude loro l'impugnativa della decisione per vizi che non siano di forma o del procedimento).

Il Collegio ha, insomma, ritenuto che l'opzione tra il resistere nella sede straordinaria o in quella giurisdizionale (opzione che la legge accorda espressamente al solo controinteressato e, dopo l'intervento additivo della Corte Costituzionale, anche all'ente pubblico non statale), sia senza dubbio voluta dall'ordinamento anche in favore della Autorità Indipendente convenuta, a ciò inducendo l'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata della normativa di riferimento.

Segnatamente, il Tar ha ritenuto che l'Autorità per l'Energia (contro la quale era rivolto il ricorso straordinario), non essendo riconducibile al medesimo ambito organizzatorio dell'autorità governativa decidente, potesse assumere nel procedimento contenzioso straordinario la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, non avendo alcun potere di decidere e neppure di influire sulla vertenza (analogo percorso argomentativo, seppur in diverso contesto, è seguito da Tar Veneto – Venezia, Sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538).

Al pari del controinteressato, essa ha, infatti, un interesse qualificato a resistere in giudizio. Diversamente opinando, prosegue il Collegio, *“il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale verrebbe a collidere irrimediabilmente con l'art. 113 Cost. che sancisce il diritto ad un giudice imparziale (non avendo l'autorità neppure, in conseguenza della negata facoltà di scelta in pendenza del procedimento, il diritto ad impugnare senza limitazioni la intervenuta decisione sul ricorso straordinario proposto contro l'atto da essa emanato); si realizzerebbe, inoltre, una ingiustificata disparità di trattamento rispetto al ricorrente che avrebbe, invece, “piena libertà” di adire la tutela giurisdizionale o rinunciare ad essa”*.

Ma c'è di più: l'interesse qualificato dell'Autorità a contraddire in sede giurisdizionale è ancora più evidente ove si ponga mente al fatto che il Governo detiene ancora partecipazioni nelle principali imprese operanti nel mercato

regolato (ENI ed ENEL, attuali monopolisti del settore). Atteso che, come noto, la decisione sul ricorso straordinario potrebbe discostarsi dal parere tecnico espresso dal Consiglio di Stato, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, *“ove l'autorità non avesse la possibilità di optare immediatamente per la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale, si realizzerebbe una situazione assai bizzarra: i provvedimenti di regolazione indirizzati nei confronti delle imprese pubbliche (in funzione pro-competitiva, ad esempio), ove impugnati da queste ultime, potrebbero essere, almeno in astratto, sempre “superati” dal Consiglio dei Ministri, in cui siede il Ministro azionista di ENI ed ENEL, semplicemente adducendo un interesse “politico” ritenuto prevalente su quello sotteso alle esigenze di regolazione, la cui individuazione è rimessa dalla legge alla valutazione esclusiva dell’Autorità”*.

È del tutto evidente, ha concluso il Tar, come un simile meccanismo rischi di sacrificare le prerogative di indipendenza imposte non solo dal legislatore interno, ma anche da quello comunitario (direttiva n. 54/2003) il quale pure esige che l'autorità di regolazione sia pienamente indipendente dagli interessi della industria elettrica.

2.3. Atti di diritto privato delle PP.AA

Controversa è anche la possibilità di impugnare con ricorso straordinario gli atti di diritto privato delle PP.AA.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha tradizionalmente **escluso** questa possibilità (Cons. di Stato, Sez. II, 16 marzo 1983, n. 1039, e, più di recente, Cons. di Stato, Sez. III, 8 luglio 2003, n. 2342), rilevando che gli atti di diritto privato, non essendo diretta espressione di un potere autoritativo finalizzato alla cura dell'interesse pubblico, non sarebbero soggetti al sindacato giustiziale³.

Per quanto sarebbe stata opportuna una rivisitazione dell'indirizzo in parola, (atteso che -a tacer d'altro- la grande maggioranza degli atti unilaterali di carattere privatistico dell'amministrazione, pur se espressione di un potere privato, sono comunque sempre strutturalmente funzionali alla cura dell'interesse pubblico), ad oggi la previsione contenuta nel nuovo art. 7, comma 8, del Codice del Processo Amministrativo, restringendo lo spettro applicativo del rimedio alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, segna un invalicabile confine entro il quale ricomprendere l'operatività del ricorso straordinario.

Risulta, così, confermata l'esclusione di tali atti dal novero di quelli suscettibili di ricorso in sede straordinaria.

2.4. Il regime proprio degli atti amministrativi relativi a materie devolute alla competenza del giudice ordinario

Come detto, è pacifico che il ricorso straordinario costituisca uno strumento di carattere generale, attraverso il quale l'ordinamento appresta una tutela (al-

³ Unica eccezione, proprio in ragione dell'alto tasso di autoritatività, è la rescissione del contratto di appalto.

ternativa a quella giurisdizionale) anche nei confronti degli atti della pubblica amministrazione incidenti su specifici diritti soggettivi rimessi alla cognizione (anche esclusiva) del giudice amministrativo.

Si pose conseguentemente il problema della compatibilità del rimedio con le previsioni legislative relative giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, in riferimento ad atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi.

Alla questione, cui erano stata date in precedenza soluzioni contrastanti, diede ampia risposta il parere dell'Adunanza generale n. 72 del 29 maggio 1997, con il quale - in sede di esame di una controversia in tema di invalidità civile - si affermò che *“la competenza del giudice ordinario, mentre è necessariamente discriminativa rispetto alla giurisdizione amministrativa, non intacca la operatività di mezzi di tutela che attengono, come il ricorso straordinario al Capo dello Stato, ad altre sfere della elaborazione di volontà della pubblica amministrazione e che, in ragione della loro precipua inerenza alla fase interna della stessa pubblica amministrazione, si pongono come indifferenti rispetto ad ogni statuizione derogatoria della sede giurisdizionale amministrativa”*⁴.

La intangibilità della sede straordinaria, costruita in una prospettiva sistematica, costituiva quindi *“momento istituzionale autonomo e si pone come “concorrente” di ogni altra forma di tutela, con un differenziato livello di operatività e senza essere incisa da fattori di mero ordine processuale”*.

L'Adunanza conclusivamente sottolineava come, *“ove non sussista una norma espressa che escluda formalmente la ricorribilità al ricorso straordinario, non possa ricavarsi in via meramente interpretativa alcuna volontà di cancellare la suddetta sede di legittimità”* precisando che, *“nel caso di adizione congiunta, da parte dello stesso soggetto, del ricorso straordinario e della via giurisdizionale ordinaria, non opera comunque alcun criterio di alternatività, in quanto l'istituto è legislativamente previsto nel solo rapporto con il ricorso giurisdizionale amministrativo e non può trovare applicazione fuori di tale ambito”*

La prospettiva è oggi radicalmente mutata in esito all'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), il cui art. 7, comma 8, ha significativamente previsto l'ammissibilità del rimedio straordinario *“unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”*, così escludendo dallo spettro del sindacato ogni controversia appartenente alla giurisdizione del GO.

⁴ La stessa Sez. I, con parere 29 ottobre 2003, n. 3218/03, ha ulteriormente ribadito che il ricorso straordinario, quale rimedio esperibile a tutela sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi, può essere proposto anche nelle materie che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, con la precisazione che la pretesa sostanziale deve essere inerente ad un rapporto avente rilievo pubblicistico.

2.5. Ricorso straordinario e pubblico impiego: prima e dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo

Anche in seguito all'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo, è pacifico -con riferimento ai rapporti di lavoro pubblico *non privatizzati* e con riferimento agli atti presupposti rispetto alla concreta gestione del rapporto- che taluni atti amministrativi relativi a rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, ove sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo siano, in ragione del principio di alternatività della tutela, egualmente sindacabili in sede di ricorso straordinario.

Diversi problemi di coordinamento sorgono, invece, con riferimento ad atti e comportamenti gestori di tutti quei rapporti di lavoro che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs 31 marzo 1998, n. 80, sono stati devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario: in questo caso è, infatti, necessario coniugare l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto straordinario con la natura dichiaratamente privata dell'atto di gestione del rapporto di lavoro.

2.5.1. La giurisprudenza consultiva, investita della questione, aveva rilevato come dovessero essere *“considerati atti amministrativi anche quegli atti che, seppur provenienti dalla pubblica amministrazione in regime privatistico, sono atti soggettivamente amministrativi e, pertanto, finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici”* (Cons. di Stato, Sez. III, 18 marzo 2003, n. 3298, e Cons. di Stato, Sez. II, 21 maggio 2003).

L'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, aveva, dunque, optato per una soluzione in senso positivo problema relativo all'ammissibilità del ricorso straordinario, nel rilievo che, in materia, non potesse trovare piena applicazione il parallelismo tra il ricorso giurisdizionale e il rimedio straordinario.

Ciò sulla base, anzitutto, dell'osservazione che *“da tempo viene ammessa l'impugnazione con il detto strumento pure del silenzio-rifiuto, per cui la mancanza di un formale “atto amministrativo” non potrebbe comunque precludere la proposizione del ricorso straordinario”*.

Inoltre, alla circostanza che si trattasse di determinazioni adottate dall'Autorità amministrativa facendo uso di poteri privatistici, non era stato attribuito rilievo determinante, ritenendosi *“superata la tradizionale netta distinzione tra attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione, tenuto altresì conto dell'orientamento interpretativo seguito in sede comunitaria, che privilegia le qualificazioni sostanziali, rispetto a quelle meramente formali, per quanto riguarda l'attività amministrativa”*.

Sulla scorta di tali premesse s'era quindi sostenuto che *“la previsione normativa relativa all'impugnabilità, con il ricorso straordinario, di “atti amministrativi” definitivi, abbia carattere “neutro” potendosi ormai con tale espressione ricomprendere gli atti oggettivamente provenienti dalla Pubblica amministrazione, e comunque finalizzati all'attuazione degli obiettivi individuati dal Legislatore, ancorché essi risultino adottati in regime privatistico,*

quali quelli concernenti la gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti, che costituiscono espressione di funzioni aventi rilievo pubblicistico".

In conclusione, l'Adunanza generale aveva affermato che ai fini della impugnabilità in sede straordinaria - fermo restando, ovviamente, il requisito della definitività - contasse esclusivamente che l'atto della pubblica amministrazione, indipendentemente dal suo regime giuridico formale, risultasse *"direttamente ed immediatamente finalizzato alla cura di un interesse pubblico specifico"*, restando salve le sole ipotesi in cui ciò fosse espressamente escluso dalla legge, ovvero in cui il rimedio risulti incompatibile con il sistema normativo in vigore (Cons. di Stato, Sez. I, 16 febbraio 2000, n. 3/99).

Richiamando il precedente parere n. 72 del 1997, l'Organo consultivo aveva poi sottolineato, con riferimento alla prospettata coesistenza di due strumenti di tutela di carattere eterogeneo, che *"il ricorso straordinario per l'annullamento dell'atto e l'azione civile per l'accertamento del diritto sono rimedi "concorrenti" e non "alternativi", per cui resta ferma la possibilità di adire il giudice ordinario, anche dopo la proposizione del ricorso straordinario"* (Così anche Cons. di Stato, Sez. I, 20 febbraio 2002, n. 117/02), salva la possibilità, per il giudice ordinario, di disapplicare l'eventuale decisione del ricorso straordinario e salva, altresì, l'improcedibilità del ricorso stesso, ove previamente si fosse formato il giudicato in sede civile⁵.

Successivamente, la stessa Commissione speciale per il pubblico impiego, con parere 13 dicembre 1999, nn. 462-463 chiari che *"la devoluzione alla magistratura ordinaria della cognizione relativa alla materia del pubblico impiego non comporta il venir meno del ricorso gerarchico nell'ambito della materia stessa (allorché tale strumento risulti necessario per rendere l'atto definitivo e quindi impugnabile con ricorso straordinario) atteso che tale devoluzione non involge l'assetto organizzativo dell'amministrazione pubblica, implicante anche la possibilità di esercizio, nel suo interno, della funzione di riesame giustiziale delle determinazioni poste in essere dai diversi organi che esercitano le proprie competenze nel settore"*.⁶

⁵ In tema di disapplicazione da parte del giudice ordinario delle decisioni del ricorso straordinario si veda anche Cons. di Stato, Sez. I, 17 gennaio 2001, n. 1218/00. La stessa Adunanza generale ha, comunque, ribadito che resta esclusa l'eventuale ricorribilità in sede straordinaria tanto delle decisioni pronunciate dal collegio di conciliazione avanti al quale possono essere impugnate le sanzioni disciplinari, ai sensi dell'art. 59-bis del decreto legislativo n. 29 del 1993, quanto delle decisioni del collegio cui sia stato deferito arbitrato irrituale per la soluzione della controversia, ai sensi dell'art. 412-ter del Codice di procedura civile. Come chiarito, infatti, dalla Commissione speciale per il pubblico impiego con pareri nn. 396 e 404, del 7 dicembre 1998, le pronunce in argomento si qualificano come lodi arbitrali, il che esclude la proponibilità del gravame in via straordinaria (Sul punto cfr. anche Cons. di Stato, Sez. I, 2 febbraio 2000, n. 30/00; e 18 ottobre 2000, n. 738/00).

⁶ In materia la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato (soprattutto, come detto, quella della Commissione Speciale all'uopo istituita) ha enucleato, nel tempo, alcuni ulteriori canoni interpretativi di cui, sia pur sommariamente, sembra opportuno dare conto in questa sede. Per quanto, infatti, ad oggi il tema sia stato definitivamente risolto dall'entrata in vigore dell'art.

2.5.2. In materia, come visto, la giurisprudenza consultiva aveva scelto di porre il rimedio straordinario su di un piano concorrente ma non alternativo rispetto alla tutela offerta dal giudice ordinario: si veniva, così, a creare una obiettiva divaricazione tra la giurisdizione del giudice amministrativo e la competenza decisoria del Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario.

7, comma 8, del D.lg. n. 104/2010, non sembra ozioso offrire un breve quadro di riferimento della situazione pregressa. Per quanto riguarda, ad esempio, le impugnative volte in concreto a contestare le disposizioni dettate dai contratti collettivi di lavoro, la giurisprudenza aveva posto in evidenza che *“trattasi di disciplina dettata in base a criteri di autonomia negoziale, come tale non sindacabile sotto il profilo della legittimità, se non per la violazione di norme imperative o per le altre cause di nullità previste dall’art. 1418 del Codice civile”*, rilevando in particolare che *“resta esclusa la proponibilità di censure attinenti al vizio di eccesso di potere, che presuppone l’impugnazione di atti amministrativi discrezionali, adottati da un’Autorità pubblica, nell’esercizio di poteri autoritativi”*. La giurisprudenza aveva, comunque, rilevato che, anche ove si riscontrasse un contrasto di talune parti del contratto collettivo con norme imperative, non sarebbe possibile disporre l’annullamento in sede giudiziale, in quanto la relativa pronuncia deve limitarsi a considerarle prive di efficacia (Cfr., Cons. Di Stato, Sez. I, 29 ottobre 2003, n. 3377/03; Sez. II, 21 maggio 2003, n. 206/03; Sez. III, 4 giugno 2002; n. 1323/02; 8 giugno 2004, n. 3394/03; 18 maggio 2004, n. 3272/03; Sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 568). Per quanto attiene, poi, agli atti riguardanti gli accordi sindacali di natura “gestionale” (quale, ad esempio, il verbale ministeriale contenente un accordo sindacale decentrato locale) la Sez. II, con parere 21 maggio 2003, n. 206/03, aveva ritenuto ammissibile l’impugnativa mediante ricorso straordinario, trattandosi di atto soggettivamente amministrativo, con la precisazione che, *“in proposito, non sarebbero invocabili i vizi formali tipici dell’atto oggettivamente amministrativo (come ad esempio quelli relativi al difetto di motivazione e quelli relativi alla mancata comunicazione di avvio del procedimento) ma solo le figure di invalidità del negozio giuridico a norma degli artt. 1418 e 1425 Cod. civ., tenendo altresì presente che, nel caso di deduzione del vizio di eccesso di potere per uso illecito del potere gestionale del datore di lavoro, tale vizio può convertirsi in causa di annullamento per errore essenziale a norma dell’art. 1429 dello stesso Codice”*. Ancora: la Commissione speciale per il pubblico impiego, con parere n. 498/2001, del 5 novembre 2001, aveva chiarito che *“l’impugnativa rivolta avverso la delibera di assunzione non richiede ulteriori impugnative da parte dell’interessato, neppure nei confronti del contratto successivamente stipulato dal medesimo poiché, da un lato, la menzionata deliberazione si qualifica come atto presupposto, il cui eventuale annullamento comporta la automatica caducazione degli atti successivi e, dall’altro lato, la sottoscrizione del contratto non comporta, di per sé, l’acquiescenza del ricorrente nei confronti delle precedenti determinazioni”*. La stessa Commissione speciale, con parere n. 500/02 del 22 aprile 2002, aveva ritenuto inammissibile l’impugnativa mediante ricorso straordinario rivolta dal dirigente statale avverso uno schema di contratto individuale, approvato dal Ministro e completo degli elementi costitutivi del rapporto, ma sottoscritto solo dall’interessato e non dall’Autorità competente, in quanto *“ad un simile atto non può attribuirsi la natura di provvedimento amministrativo di carattere definitivo”*. Da ultimo, in ordine agli effetti dei decreti decisori relativi ai ricorsi straordinari avverso atti amministrativi in materia di rapporti di lavoro c.d. privatizzato, emanati in difetto di previa pronuncia a seguito di ricorso all’Autorità giurisdizionale ordinaria, la Sez. I, con parere 26 novembre 2003, n. 4440/02, aveva statuito che *“resta ferma la facoltà, per l’interessato o l’Amministrazione, di investire il giudice ordinario per la disapplicazione della decisione del ricorso straordinario, purché la questione della legittimità dell’atto sia proposta nell’ambito della devoluzione al giudice in via principale del rapporto controverso e del conseguente diritto del quale si invoca tutela”*.

SOMMARIO

SEZIONE I

L'ambito di operatività del rimedio

1. *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 27 maggio 2003, n. 2938*: l'inammissibilità del ricorso straordinario in materia di accesso ai documenti amministrativi
2. *Consiglio di Stato, sez. I, parere 4 febbraio 2004, n. 5482*: l'inammissibilità del ricorso straordinario in materia elettorale
3. *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III ter, sentenza 23 maggio 2008, n. 4869*: l'impugnabilità con ricorso straordinario degli atti delle autorità amministrative indipendenti
4. *Consiglio di Stato, Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 4520*: la natura dell'art. 7 c.p.a. e l'immediata applicabilità ai procedimenti in corso
5. *Consiglio di Stato, Ad. Gen., 03 agosto 2011, n. 7*: il principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e straordinario

SEZIONE II

Il principio dell'alternatività

6. *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 9 aprile 2001, n. 2157*: l'inapplicabilità del principio dell'alternatività nei rapporti tra ricorso straordinario e ricorso al giudice ordinario
7. *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 21 luglio 2003, n. 4194*: il principio dell'alternatività ed impugnazione dello stesso provvedimento da parte di soggetti cointeressati
8. *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 5 febbraio 2007, n. 454*: il principio dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario
9. *Tribunale amministrativo regionale per il Molise, Campobasso, sez. I, sentenza 8 aprile 2010, n. 177*: il principio dell'alternatività ed impugnazione dello stesso provvedimento da parte di soggetti cointeressati
10. *Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 17 giugno 2010, n. 7755*: il dies a quo a decorrere dal quale opera il principio di alter natività
11. *Tar Campania, Napoli, sez. V, 12. luglio 2010, n. 16651*: deduzione dei medesimi motivi di ricorso in sede giurisdizionale e straordinaria

12. *Tar Lazio, sez. II, 30 agosto 2010, n. 31952*: il principio di alternatività e nesso di presupposizione provvedimentale

13. *Tar Liguria, sez. I, 22 aprile 2011, n. 666*: il principio di alternatività e nesso di presupposizione provvedimentale

SEZIONE III

Le domande proponibili

14. *Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza 16 aprile 2007, n. 623*: sulla natura non necessariamente impugnatoria del ricorso straordinario

SEZIONE IV

Il procedimento straordinario e la sospensione feriale dei termini processuali

15. *Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Torino, sez. I, sentenza 10 aprile 2009, n. 1003*: sull'applicabilità al procedimento straordinario della sospensione feriale dei termini processuali

SEZIONE V

La possibilità di sollevare pregiudiziali comunitarie in sede di ricorso straordinario

16. *Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. V, sentenza 16 ottobre 1997, n. 69, cause riunite da C-69/96 a C-79/96*: sulla legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare in sede straordinaria questioni pregiudiziali dinanzi alla CGCE

SEZIONE VI

Il procedimento cautelare

17. *Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 28 aprile 2009, n. 920/2009*: l'elaborazione pretoria del procedimento cautelare attivabile in sede ordinaria

SEZIONE VII

La trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale

18. *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce, sez. II, sentenza 25 maggio 2004, n. 3178*: l'applicabilità dello speciale regime previsto dall'art. 23 bis della legge n. 1034/1971 (tesi minoritaria)

19. *Tribunale Amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Parma, sentenza 6 dicembre 2006, n. 588*: l'inammissibilità di nuovi motivi a seguito della trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale

20. *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 22 febbraio 2007, n. 613*: il difetto di legittimazione dei cointeressati a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale
21. *Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 31 maggio 2007, n. 2858*: l'irritualità dell'atto di opposizione e la rimessione degli atti al Ministro competente
22. *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 luglio 2007, n. 4136*: l'applicabilità dello speciale regime previsto dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971 (tesi maggioritaria)
23. *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, sez. III, sentenza 21 dicembre 2007, n. 3055*: la necessità di evitare un utilizzo strumentale della trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale
24. *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 giugno 2008, n. 3104*: ancora sulla dimidiazione dei termini di trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale
25. *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 10 aprile 2009, n. 3239*: sulla legittimazione delle autorità amministrative indipendenti a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale
26. *Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. II, sentenza 18 dicembre 2009, n. 2247*: la riassunzione di più ricorsi straordinari con un unico ricorso collettivo
27. *Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, sentenza 19 gennaio 2010, n. 55*: i vizi dell'atto di riassunzione e l'improcedibilità del ricorso
28. *Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926*: la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale e la restituzione degli atti al Ministero procedente
29. *Tar Toscana, sez. II, 01 aprile 2011, n. 564*: la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale
30. *Tar Veneto, sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538*: legittimazione all'opposizione della trattazione del ricorso in sede straordinaria
31. *Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 09 novembre 2011, n. 628*: l'ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di trasposizione

SEZIONE VIII

Il rapporto di pregiudizialità – dipendenza tra causa instaurata in sede straordinaria e causa instaurata in sede giurisdizionale

32. *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 aprile 1999, n. 406*: l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nel rapporto tra causa instaurata in sede giurisdizionale e causa instaurata in sede straordinaria

SEZIONE IX***L'impugnazione e la revocazione del decreto presidenziale***

33. *Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 6 maggio 2002, n. 2428*: la revocazione della decisione sul ricorso straordinario
34. *Corte di cassazione civile, sez. lav., sentenza 7 novembre 2002, n. 15652*: sull'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso il decreto presidenziale
35. *Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 18 febbraio 2003, n. 875*: sull'inammissibilità dell'appello del decreto presidenziale proposto *omisso medio* dinnanzi al Consiglio di Stato
36. *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27 giugno 2006, n. 9*: l'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario
37. *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 28 maggio 2007, n. 465*: sull'impugnazione del decreto cautelare adottato in sede straordinaria
38. *Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, sentenza 16 settembre 2008, n. 739*: l'impugnabilità del decreto presidenziale per motivi di competenza
39. *Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 26 maggio 2011, n. 255*: l'impugnabilità del decreto presidenziale

SEZIONE X***Il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni del ricorso straordinario***

40. *Consiglio di stato, sez. IV, sentenza 15 dicembre 2000, n. 6695*: sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza avverso i decreti presidenziali che decidono il ricorso straordinario
41. *Corte di Cassazione Civile, sezioni unite, sentenza 18 dicembre 2001, n. 15978*: sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza avverso i decreti presidenziali che decidono il ricorso straordinario
42. *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sentenza 28 aprile 2008, n. 379*: sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza avverso i decreti presidenziali che decidono il ricorso straordinario

SEZIONE XI***La natura del ricorso straordinario***

43. *Consiglio di Giustizia Amministrativa, 10 febbraio 2010, n. 160*: l'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza per l'esecuzione del decreto presidenziale

44. *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, sez. I, sentenza 16 marzo 2010 n. 4104*: la natura giuridica del rimedio all'esito delle novità introdotte dalla L. 18 giugno 2009, n. 69
45. *Corte di cassazione, sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065*: l'esperibilità del ricorso per l'ottemperanza del decreto presidenziale
46. *Corte di cassazione, sez. un., 7 febbraio 2011, n. 2818*: il consolidamento del nuovo indirizzo in tema di ottemperanza del decreto presidenziale
47. *Consiglio di Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513*: ancora sull'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza
48. *Consiglio di Stato, sez. riun., 7 maggio 2012, n. 2131*: la natura del rimedio e il diritto di accesso in sede straordinaria

SEZIONE I

L'AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL RIMEDIO

1. CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, SENTENZA 27 MAGGIO 2003, N. 2938: l'inammissibilità del ricorso straordinario in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Seppure non escluso espressamente dal legislatore, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, il ricorso straordinario al Capo dello Stato deve ritenersi inammissibile in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Le ragioni poste a fondamento di tale posizione giurisprudenziale non sono generalmente rinvenibili in una incompatibilità giuridica tra l'accesso ed il ricorso straordinario, bensì soltanto in un'incompatibilità pratica tra i due istituti. Difatti, le esigenze che si manifestano in materia di accesso - riferite all'urgenza ed alla celerità nell'ottenere una pronuncia che condanni l'amministrazione all'esibizione dei documenti richiesti - non possono essere adeguatamente soddisfatte in sede straordinaria, in ragione di una disciplina (artt. 9 ss. D.P.R. n. 1199/1971) caratterizzata dall'assenza di termini perentori entro cui concludere le varie fasi del procedimento.

LA SENTENZA

-Omissis-

6.1. Il problema dell'ammissibilità del ricorso gerarchico nella materia in esame va esaminato alla luce di due norme di principio.

In primo luogo la norma dell'art. 1 del DPR n. 1199/1971, secondo cui il ricorso gerarchico è ammesso avverso tutti indistintamente gli atti amministrativi non definitivi; sicché è irrilevante che per l'accesso manchi una norma specifica che lo preveda, dal momento che una norma specifica sarebbe stata necessaria solo nel caso in cui lo si fosse voluto non ammettere ma vietare.

In secondo luogo la norma dell'art. 20 della legge n. 1034/1971, da cui discende che avverso tutti indistintamente gli atti amministrativi non definitivi l'interessato ha non solo facoltà di scegliere tra ricorso giurisdizionale e ricorso gerarchico (sicché l'ammissione del primo comporta – di regola – l'ammissione del secondo) ma può addirittura proporre contemporaneamente entrambi i ricorsi, con conseguente parallelismo dei ricorsi stessi.

D'altra parte l'art. 25 della legge n. 241 prevede il ricorso al TAR, ma non stabilisce che sia ammissibile *solamente* il ricorso al TAR; esistono tante altre materie che prevedono il ricorso al TAR, per le quali l'ammissibilità del ricorso gerarchico non è mai stata posta dubbio. Oltre tutto la questione di massima riguarda essenzialmente soggetti (enti locali e relative aziende speciali, Università degli studi, ecc.) dotati di ampia autonomia organizzativa e regolamentare; soggetti per i quali nessun dubbio potrebbe sorgere se si trattasse di un ricorso gerarchico in qualsiasi altra materia diversa dall'accesso.

Le uniche considerazioni che potrebbero farsi per superare queste norme di carattere generale sono: che il ricorso giurisdizionale per l'accesso previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990 è un ricorso speciale, perché accelerato e semplificato, e quindi in deroga alle norme generali avrebbe valore assorbente di qualsiasi altro rimedio; che ciò sarebbe stato riconosciuto anche dalla **giurisprudenza di questo Consiglio**,

che ha espressamente escluso in materia l'esperibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato; e che l'attesa della decisione di un eventuale ricorso gerarchico, sottoposto al normale termine di trenta giorni, potrebbe rendere impraticabile il previsto ricorso giurisdizionale, sottoposto anch'esso – in materia - ad un termine di trenta giorni dal diniego o dalla formazione del silenzio, con conseguente estinzione del diritto all'accesso, creando così una sorta di alternatività tra rimedio gerarchico e rimedio giurisdizionale, alternatività che potrebbe essere stabilita soltanto dalla legge.

Ma la "specialità" dell'art. 25, come integrato dall'art. 4, comma 3, della legge 21 luglio 2000 n. 205, consiste in modeste modifiche procedurali (esperibilità entro trenta anziché entro sessanta giorni; teorica possibilità del ricorrente di stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore) che non alterano in nulla la natura e la funzione del ricorso; e comunque la legge n. 205/2000 è piena di altri ricorsi in qualche modo accelerati o speciali, in relazione ai quali non si è mai posto un analogo problema di illegittimità del ricorso gerarchico. Sicché non sussiste alcuna correlazione necessaria tra specialità del ricorso giurisdizionale e scomparsa del ricorso amministrativo. Semmai, dato il parallelismo dei due ricorsi, il rafforzamento dell'effettività dell'uno dovrebbe portare al rafforzamento dell'effettività anche dell'altro, perché la specialità - in realtà - è della *materia* non del *ricorso*.

Né a diversa conclusione può indurre **il noto indirizzo giurisprudenziale che ha escluso l'esperibilità del ricorso straordinario in materia di accesso. Tale esclusione è stata determinata non da un'incompatibilità giuridica tra accesso e ricorso straordinario ma da una semplice incompatibilità pratica; e cioè dalla considerazione che il ricorso straordinario, non essendo sottoposto nelle sue varie fasi (relazione dell'amministrazione, espressione e comunicazione del parere del Consiglio di Stato, adozione del decreto del presidente della Repubblica) a termini perentori, è in concreto strutturalmente inidoneo a fornire il bene della vita ipotizzato dalla legge 241/1990, e cioè un accesso in un arco di tempo breve e predeterminato nel massimo.**

Infine il timore che la proposizione del ricorso gerarchico possa determinare l'inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso giurisdizionale non può ritenersi condivisibile. Un timore del genere poteva, al più, essere comprensibile quando si riteneva che l'accesso avesse natura di interesse legittimo; e che quindi se non azionato tempestivamente incorresse in una decadenza. Ma una volta stabilito che *a parte actoris* l'accesso ha natura di un vero e proprio diritto soggettivo, e che ciò risponde alle reali intenzioni del legislatore quali evidenziate nel citato Atto Senato n. 1281, non è più prospettabile alcun problema di decadenza: perché il richiedente l'accesso, se attende la conclusione del ricorso gerarchico e si fa scadere i termini per l'impugnazione del diniego in sede giurisdizionale, non perde nulla: basta che faccia una nuova domanda d'accesso, a costo zero, ed è rimesso in corsa.

D'altra parte, anche ad ammettere che l'accesso avesse natura di interesse legittimo la conclusione non potrebbe essere diversa. È ben noto, infatti, che nel caso in cui l'interessato ricorra in via gerarchica anziché adire immediatamente la via giurisdizionale il termine per l'eventuale successiva impugnazione in via giurisdizionale decorre non più dal momento in cui l'interesse poteva inizialmente essere azionato ma dal momento in cui è intervenuta la decisione gerarchica o si è formato il silenzio rigetto. Di conseguenza in nessun caso la proposizione del ricorso gerarchico potrebbe rendere inammissibile o irricevibile un eventuale successivo ricorso giurisdizionale