

## **L'ADUNANZA PLENARIA**

### **TORNA SUL RICORSO STRAORDINARIO**

*di Gian Piero Jaricci*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la recentissima sentenza n. 9 del 6 maggio 2013, torna ad occuparsi (dopo quella precedente del 5 giugno 2012, n. 18) del ricorso straordinario e, più precisamente, della natura giuridica della decisione resa dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato e del giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza ai sensi dell'art. 113 del codice del processo amministrativo.

La sentenza in esame, di particolare rilevanza, ripercorre, in via preliminare, le più significative novità normative che hanno inciso in modo determinante sulla configurazione dell'istituto.

Viene, anzitutto, ricordato l'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale ha previsto che, in sede di ricorso straordinario, può essere concessa, ricorrendone i presupposti di legge, la sospensione del provvedimento impugnato, mediante atto motivato del Ministero competente, su conforme parere del Consiglio di Stato.

L'art. 245, comma 2, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), poi, prevedeva l'applicazione degli strumenti di esecuzione ex artt. 33 e 37 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, riguardo ai decreti decisori di ricorsi straordinari concernenti atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici,

nonché i provvedimenti della competente Autorità di vigilanza (norma oggi definitivamente superata a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo).

Viene ancora fatto riferimento all'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui primo comma ha introdotto, nell'art. 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità in sede di ricorso straordinario, mentre il secondo comma, innovando l'art. 14 del citato d.P.R., ha eliminato la possibilità che il Ministero possa discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Stato.

Infine, l'art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo ha stabilito l'ammissibilità del ricorso straordinario unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa ed il successivo art. 48, ha ribadito la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, con facoltà di tutte le parti evocate di proporre opposizione ex art. 10 d.P.R. n. 1199/1971.

A tale ultimo proposito la sentenza in esame ha acutamente puntualizzato che la previsione del comma 3 dell'art. 48, secondo cui il Tribunale amministrativo regionale che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione deve disporre la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria", si sostanzia in una speciale forma di *translatio iudicii*, onde il giudizio che prosegue in sede straordinaria registra il mutamento del rito ma non vede modificata la sua natura sostanzialmente giurisdizionale.

Siffatto mutamento dello scenario normativo, anche ad avviso della

sentenza in esame, ha definitivamente consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, con conseguente ammissibilità del ricorso per ottemperanza da proporre, in unico grado, al Consiglio di Stato.

Come si è già avuta occasione di osservare (sia consentito richiamare il nostro *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2011, spec. 217 ss.) la *vexata quaestio* era stata adeguatamente affrontata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il cui condivisibile orientamento veniva, poi, fatto proprio dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 2065 del 28 gennaio 2011) ed oggi – confidiamo in modo definitivo – dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'unico elemento di discrepanza tra la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e quella dell'Adunanza Plenaria, è che la prima rinviene l'esperibilità dell'ottemperanza nell'art. 112, comma 2, lett. *d*), del codice del processo amministrativo, mentre la seconda colloca il decreto decisorio nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lett. *b*) della norma predetta.

Riteniamo, però, che tale diversa propensione, per la lett. *d*) o *b*), non incida più di tanto sul problema di fondo, cioè a dire sulla esperibilità del rimedio dell'ottemperanza: diversità favorita dal non felice testo dell'art. 112 che, al pari di altre norme del nuovo codice, risulta a dir poco farraginoso.

Comunque, ciò che più conta è aver ribadito, da parte dei massimi organi giurisdizionali, la natura sostanzialmente giurisdizionale del gravame straordinario che – come evidenziato dall'Adunanza Plenaria – è estrinsecazione

di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti, come si verifica nel ricorso *per saltum* ai sensi dell'art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

Di qui, prosegue l'Adunanza Plenaria, l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione. Con l'auspicio, ci permettiamo di aggiungere, di non imbatteci ancora, nella soggetta materia, in decisioni basate su considerazioni *funditus* inaccettabili (a titolo esemplificativo, Tar Lazio, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 992).

Deve, altresì, essere ricordato, a conferma della mutata natura del ricorso straordinario, la elaborata sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 23464 del 19 dicembre 2012, la quale ha stabilito che il decreto decisorio del ricorso straordinario è impugnabile con ricorso per cassazione a norma dell'art. 362, comma 1, cod. proc. civ., esclusivamente per motivi attinenti alla giurisdizione.

Le Sezioni Unite hanno così deciso sul presupposto che lo sviluppo normativo e giurisprudenziale consente di assegnare al decreto presidenziale, emesso su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario, la natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, natura sostanziale giurisdizionale: costituisce, quindi, espressione della giurisdizione il parere reso dal Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità

dell'atto impugnato e senza l'opposizione (e, quindi, con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per accedere direttamente *per saltum* al giudizio del Consiglio di Stato.

Non va, infine, omissis di ricordare che la normativa in materia di contributo unificato riguarda attualmente anche il ricorso straordinario (art. 37, comma 6, lett. s), d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con legge 15 luglio 2011, n. 111) che è stato così, anche sotto tale ulteriore profilo, inserito all'interno del sistema giudiziale.

In definitiva, accordato il rimedio dell'ottemperanza per il decreto decisorio – da troppo tempo lasciato in balia di un'amministrazione disattenta ed inottemperante per vocazione atavica – si è riconosciuto al ricorso straordinario la dignità che indubbiamente allo stesso compete, anche in considerazione dell'autorevolezza dell'organo chiamato a deciderlo.