

INTRODUZIONE

In dottrina si utilizza la locuzione “giustizia amministrativa” per indicare l’insieme degli istituti posti a tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, tra cui sono compresi sia i rimedi giurisdizionali sia i rimedi giustiziali ovvero quelli di natura amministrativa. Istituti, questi, che si distinguono da quei rimedi che, invece, assicurano la tutela dei privati nei rapporti tra loro.

Nell’ordinamento italiano, basato sul modello dualistico, la giurisdizione nei confronti della P.A. è quindi affidata al giudice civile ordinario e al giudice amministrativo, aventi pari dignità.

Il criterio di riparto della giurisdizione tra il giudice civile ordinario e il giudice amministrativo si basa sull’individuazione di quale sia l’effettiva situazione giuridica coinvolta. Criterio che segue, dunque, la classica bipartizione:

- *Diritti soggettivi*, di competenza del giudice ordinario.
- *Interessi legittimi*, di competenza del giudice amministrativo.

Con il termine “diritto soggettivo”, si intende il potere di un soggetto, riconosciuto e tutelato dall’ordinamento giuridico, di agire per il soddisfacimento di un proprio interesse.

Riguardo all’interesse legittimo, possiamo invece affermare, che si tratta di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta per la prima

volta nel nostro ordinamento con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, quale giudice di quegli interessi diversi dai diritti soggettivi. L'espressione "interessi legittimi" si trova anche negli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, che tuttavia non ne fornisce una definizione precisa.

La definizione di interesse legittimo si deve, dunque, all'elaborazione di dottrina e giurisprudenza ed in particolare il punto di svolta si è avuto, in merito, con la sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ha definito l'interesse legittimo come la posizione di vantaggio riservata a un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio della P.A., in modo da render possibile la realizzazione dell'interesse del bene.

In altre parole, l'interesse legittimo ha come oggetto un'utilità o un bene della vita che un soggetto privato mira a conservare o a conseguire tramite l'esercizio legittimo del potere amministrativo. Nel primo caso si parla di *interesse legittimo oppositivo*, che sorge, per esempio, nei casi di espropriazione o di imposizione di un vincolo alla proprietà; nel secondo caso di *interesse legittimo pretensivo*, che sorge per esempio in relazione a un'autorizzazione o a una concessione necessaria per intraprendere un'attività.

Il sistema di giustizia amministrativa italiano odierno è il risultato di un lungo processo normativo che trova la propria origine già negli Stati preunitari per poi attraversare una fase altalenante, caratterizzata dall'abolizione del contenzioso amministrativo per effetto della legge n. 2248/1865 e poi dal suo ritorno in vigore grazie alla già sopra accennata legge n. 5992/1889 (Legge Crispi) e successive riforme, fino ad arrivare alla costituzionalizzazione della giustizia amministrativa nel 1948 con l'entrata in vigore della nostra Carta Costituzionale, con particolare

riferimento all'art 113, il quale recita *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”*.

L'intero sistema italiano di giustizia amministrativa ha poi ricevuto nuova linfa con la riforma del biennio 2009-2010 e più precisamente con l'entrata in vigore della legge 18 maggio 2009, n. 69 e del Codice del Processo Amministrativo con il D.lgs. 104/2010, in attuazione proprio dell'art 44 della legge delega n. 69/2009.

Dopo questa brevissima cronistoria della giustizia amministrativa italiana, passo a introdurre l'argomento di questo elaborato, *“Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica”*.

Le origini del ricorso straordinario al Capo dello Stato si fanno risalire al periodo delle monarchie assolute, in cui il ricorso straordinario era rivolto al Re. Proprio tale origine ha comportato per il ricorso straordinario, in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, il problema della sua compatibilità con l'ordinamento post costituzionale. Al riguardo si formarono diversi orientamenti divisi tra chi sosteneva come tale rimedio fosse inconciliabile con i nuovi principi e tra chi, invece, sosteneva come la mancata previsione costituzionale del ricorso straordinario non comportasse l'incostituzionalità dello stesso.

E' il Capo III del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, agli artt. 8 – 15, che ha dettato per la prima volta una disciplina puntuale e dettagliata del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Dalle disposizioni in

commento si possono evincere i caratteri del rimedio straordinario, ovvero esso è: *generale*, cioè è esperibile contro ogni atto definitivo senza che sia richiesta una specifica disposizione normativa; *straordinario*, in quanto è ammesso solo contro atti definitivi, presupponendo quindi che siano esauriti gli altri rimedi amministrativi; *eliminatorio*, in quanto in caso di accoglimento può essere emanata solo una decisione di annullamento; *impugnatorio*, in quanto preordinato alla destrutturazione di un provvedimento della P.A.; *proponibile solo per vizi di legittimità* e per tutelare interessi legittimi e diritti soggettivi; *alternativo al ricorso giurisdizionale*, alternativa che è la conseguenza dell'esigenza di evitare una concorrenza tra il Consiglio di Stato in sede consultiva e in sede giurisdizionale.

Il D.P.R. 1199/1971 fornisce anche la disciplina in merito alla procedura vera e propria del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica fissando innanzitutto il termine perentorio di centoventi giorni per la sua proposizione, il quale decorre dalla data di notifica, comunicazione o dalla piena conoscenza dell'atto. Nel medesimo termine il ricorso deve essere notificato, ad almeno uno dei controinteressati, e all'autorità che ha emanato l'atto quando essa sia diversa dallo Stato.

Se nel termine suddetto il ricorrente ha notificato il ricorso ad uno solo dei controinteressati, il Ministro assegnerà allo stesso un ulteriore termine per l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati, individuando i soggetti e le modalità per l'integrazione.

Sempre entro centoventi giorni, il ricorso deve essere depositato con la prova di avvenuta notifica presso il Ministero competente e presso l'organo che ha emanato l'atto, che a sua volta lo trasmetterà al Ministero.

I controinteressati e l'autorità che ha emanato l'atto entro sessanta giorni dalla notifica del ricorso, possono presentare deduzioni e documenti, ricorso incidentale, fare opposizione e chiedere la

trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale. Esclusivamente ai controinteressati è riconosciuta la facoltà di proporre il ricorso giurisdizionale per motivi diversi da quelli adottati dal ricorrente.

Il Ministero competente *ratione materiae*, dunque, istruisce il ricorso in ogni caso ad eccezione di quello in cui la controversia verta su una materia che manchi di uno specifico collegamento con la competenza di un determinato ministero. In tal caso l'istruttoria sarà allora devoluta alla Presidenza del Consiglio.

Lo stesso Ministero nominerà il Responsabile del Procedimento ai sensi dell'art 4 l. n. 241/90, il quale avrà il compito di istruire il ricorso sulla base delle deduzioni fornite dall'autorità che ha emanato l'atto e dai controinteressati e avrà, inoltre, il compito di ordinare anche l'acquisizione di tutti gli elementi necessari in ossequio al principio della completezza, in forza del quale nella fase istruttoria devono essere raccolti tutti i dati necessari per la valutazione della fondatezza o meno del ricorso.

La fase istruttoria deve terminare entro centoventi giorni dalla scadenza del termine assegnato ai controinteressati per la proposizione delle loro deduzioni e documenti (60gg dalla notifica del ricorso).

Tra il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e il ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo si ha un particolare rapporto, regolato dal *cd. principio di alternatività*, che prevede la preclusione della possibilità di adire uno dei due rimedi nel caso in cui in precedenza sia stato instaurato l'altro.

Il principio di alternatività, se non fosse stato meglio precisato e regolato, avrebbe determinato una preclusione della tutela giurisdizionale garantita dall'art 113 della Costituzione nei confronti dei controinteressati e dell'amministrazione resistente non statale. Preclusione che chiaramente non comportava una lesione dei diritti

costituzionali del ricorrente, poiché il suo agire in via straordinaria costituiva una libera e volontaria scelta.

Per ovviare a ciò è stato introdotto ai sensi dell'art 10 D.P.R. 1199/71 l'istituto *dell'opposizione dei controinteressati*, il quale attribuisce la facoltà agli stessi e in seguito alla sentenza n. 148/1982 della Corte Costituzionale anche all'Amministrazione non statale che ha emanato l'atto impugnato di chiedere, entro sessanta giorni dalla notificazione del ricorso straordinario, la trasposizione dello stesso in sede giurisdizionale.

La previsione della facoltà di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale è stata necessaria poiché la percorrenza della via straordinaria come mezzo di tutela, la quale esclude che sulla medesima questione si possa avere tutela giurisdizionale e che, inoltre, garantisce un unico grado di giudizio (ad eccezione della possibilità di impugnazione tramite la revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c), deve costituire una libera e volontaria scelta di tutte le parti coinvolte.

Oggi, a seguito della trasposizione, è l'art 48 del Codice del processo amministrativo a disciplinare la prosecuzione del giudizio in sede giurisdizionale.

Altro importante intervento legislativo che ha interessato il ricorso straordinario al Capo dello Stato è costituito dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, con particolare riferimento all'art 3, comma 4. Normativa, questa, che fissa una disciplina in merito alla tutela cautelare in sede straordinaria prevedendo la possibilità di concedere misure cautelari con decreto ministeriale su parere obbligatorio del C.d.S. nel caso in cui il ricorrente dimostri che dall'esecuzione del provvedimento possano derivare danni gravi e irreparabili.

Il ricorso straordinario è deciso con Decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente per materia, in base al

parere vincolante del Consiglio di Stato. La questione può essere rimessa all'Adunanza Plenaria per evitare contrasti giurisdizionali, in virtù della sua funzione nomofilattica¹.

Il decreto decisorio presidenziale è motivato con richiamo per relationem al parere del Consiglio di Stato. Al ricorrente dovrà essere comunicato, unitamente all'esito del ricorso, anche il parere emesso dal Consiglio di Stato che sarà poi pubblicato per estratto sulla Gazzetta Ufficiale.

L'accoglimento del ricorso comporta l'annullamento del provvedimento impugnato di regola con efficacia inter partes. Solo per quanto riguarda gli atti indivisibili e gli atti regolamentari, l'annullamento avrà efficacia erga omnes.

Contro il decreto presidenziale decisorio è ammesso ricorso per Revocazione allo stesso Presidente della Repubblica, nei casi ex art 395 c.p.c.. Lo stesso decreto, inoltre, può esser impugnato dinanzi alla giurisdizione amministrativa, ma esclusivamente per vizi di forma e di procedura (legittimità estrinseca), tra i quali è compresa l'omessa integrità del contraddittorio.

L'unico caso in cui il decreto può essere impugnato per motivi di merito è quando una delle parti non sia stata messa nella condizione di poter scegliere liberamente se proseguire in sede straordinaria o se chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale.

¹ Tale funzione nell'ordinamento italiano è attribuita alla Corte Suprema di Cassazione ed è descritta dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12): *“La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato”*.

Da sempre, e ancora oggi, non vi è unanimità in merito alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ovvero è ancora dibattuto se esso abbia natura amministrativa, giurisdizionale o se costituisca una sorta di istituto “ibrido”.

Tuttavia, nonostante le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali è innegabile il cd. processo di giurisdizionalizzazione subito dal ricorso straordinario, processo che è avvenuto sulla scia della giurisprudenza nazionale ed europea, ma anche grazie ad alcuni interventi del legislatore in materia.

Per quanto riguarda il contributo giurisprudenziale, di gran rilievo è stata sicuramente la Sentenza. n. 15978/2001 della Corte di Cassazione che intervenuta in merito all'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza nei confronti del decreto decisorio del ricorso straordinario, con cui affermò come lo stesso avesse natura amministrativa e non giurisdizionale sull'assunto che la decisione finale spettava ad un organo amministrativo (ministro), ritenendo di conseguenza non ammissibile l'instaurazione del giudizio di ottemperanza, in caso di mancata esecuzione da parte della P.A. della decisione.

Tale sentenza, difatti, aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato che aveva dato esecuzione in sede di ottemperanza alla decisione del Capo dello Stato.

Sullo stesso tema si pose in senso contrario la Corte di Giustizia Europea e lo fece evidenziando le analogie del ricorso straordinario con quello giurisdizionale, esaltandone appunto la funzione giustiziale la quale in concorrenza con quella giurisdizionale assicura la giustizia amministrativa. Tale orientamento è stato poi ripreso da diverse pronunce del Consiglio di Stato che miravano ad estendere al ricorso straordinario l'ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza.

In seguito anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2065/2011, si sono poste in senso favorevole nei confronti

dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in caso di mancata esecuzione dei decreti presidenziali decisori.

In altre parole con tale sentenza la Corte di Cassazione ha definitivamente chiarito come l'evoluzione del sistema, alla luce delle riforme del biennio 2009-2010, induce a configurare la decisione sul ricorso straordinario come provvedimento che, seppur non formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza. Con ciò si è inteso assicurare l'effettiva tutela dei diritti sanciti nella Carta Costituzionale anche con riguardo al ricorso straordinario.

A livello legislativo il principale stimolo verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, è stato fornito dalla legge 18 maggio 2009, n. 69, e in particolare dall'art. 69.

Le principali novità apportate dall'articolo appena menzionato, sono:

- la natura totalmente vincolante del parere del Consiglio di Stato.

Prima dell'art 69 legge n. 69/2009, il parere del C.d.S. era parzialmente vincolante, cioè il Ministro poteva discostarsene motivando tale decisione e sottoponendo la questione al Consiglio dei Ministri. Questo però non è mai avvenuto o molto raramente quando il Consiglio dei Ministri dava peso a considerazioni o condizionamenti politici.

- la previsione della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione di legittimità costituzionale, nel caso in cui ritenga che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione della stessa. Facoltà negata in passato dalla Corte Costituzionale in considerazione del fatto che il giudice a quo poteva essere solamente un organo giurisdizionale.

Rilevante in materia è anche il D.lgs. n. 104/2010 che in attuazione dell'art. 44 della legge n. 69/2009 ha introdotto il Codice del processo amministrativo.

La norma che fa esplicito riferimento al ricorso straordinario è l'art 7, comma 8 il quale prevede che *“Il ricorso straordinario al Capo dello Stato è ammesso per le sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”*.

L'introduzione di tale norma trova la sua ragione nel fatto che avendo la legge n. 69/2009 attribuito carattere totalmente vincolante al parere del Consiglio di Stato ha reso la decisione in sede straordinaria una decisione di carattere sostanzialmente giurisdizionale e non essendo accettabile una decisione giurisdizionale in materie diverse da quelle di competenza della giurisdizione amministrativa l'enunciazione del principio ex art 7, comma 8 c.p.a. è stata inevitabile.

In merito al comma 8 dell'art 7 c.p.a., sono stati sollevati dubbi di costituzionalità sulla base del carattere innovativo di tale norma e sull'eccesso di delega da parte del Governo.

In particolare, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato con la decisione n. 808/2011 riteneva di carattere innovativo la suddetta disposizione con conseguente esclusione del carattere retroattivo di questa in ordine ai ricorsi proposti prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Fu così, che l'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 269/2013, sollevò la questione di legittimità costituzionale in merito all'art 7 comma 8, c.p.a., in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. sostenendo che vi fosse stato un “eccesso di delega”.

La Corte Costituzionale, con la Sentenza del 2 aprile 2014, n. 73, ha dichiarato infondata la citata questione di legittimità costituzionale, sollevata dall'Adunanza Plenaria, escludendo la portata innovativa dell'art. 7, comma 8 c.p.a., carattere che poteva ritenersi escluso sia dal sistema di giustizia amministrativa sia come conseguenza logica della profonda modifica apportata dalla legge n. 69/2009 alla natura del rimedio straordinario.

Tale sentenza dunque ha posto fine a tutta quella serie di tentativi volti a modificare l'ambito di applicabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La sentenza n. 73/2014 costituisce anche la conferma che l'attribuzione da parte dell'art 69 legge n. 69/2009 della possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare la questione di legittimità costituzionale all'interno del ricorso straordinario non determina alcuna violazione di riserva di legge ai sensi dell'art 137 Cost. in merito alle condizioni, forme e termini dei giudizi di legittimità costituzionale. Il legislatore, infatti, non ha innovato ma ha solamente perso atto della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, qualificabile dunque come *“un giudizio dinanzi ad un giudice”*, e riconoscendo dunque alle Sezioni Consultive la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità.

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI E STORIA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA – DALLE MONARCHIE ASSOLUTE ALLA NOSTRA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1.1. Origini del Ricorso straordinario al Re e le Costituzioni Piemontesi del 1723 - 1.2. Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (legge abolitrice del contenzioso amministrativo). - 1.3. Legge 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato e la crisi del ricorso straordinario al Re - 1.4. Legge 7 marzo 1907, n. 62: la conferma del ricorso straordinario al Re – 1.5 Il parallelismo tra il ricorso giurisdizionale e il ricorso straordinario al Re tra il 1889 e 1907 - 1.6. Regio Decreto 26 Giugno 1924, n 1054 e Regio Decreto 21 aprile 1942, n. 444: il ricorso straordinario al Re sempre più come ricorso amministrativo - 1.7. L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana del 1948: i problemi di compatibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con la Carta Costituzionale

1.1. Origini del Ricorso Straordinario al Re e le Costituzioni Piemontesi del 1723.

Le origini del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sono ricondotte tradizionalmente ai poteri originari del Sovrano nelle Monarchie Assolute, generalmente incentrate sul *cd. Sistema di Giustizia Ritenuta* in cui il Re aveva piena disponibilità dell'attività degli organi amministrativi ed era quindi naturale che a lui spettasse decidere, in ultima istanza, le vertenze insorte fra i cittadini e l'Amministrazione in

merito a quegli atti considerati illegittimi. In questo contesto il Ricorso Straordinario al Re si poneva come rimedio concesso dal Sovrano in via di giustizia e di grazia².

La prima fonte normativa del ricorso in esame è rinvenibile nel Regno di Sardegna e più precisamente nelle Costituzioni Piemontesi del 1723 di Vittorio Amedeo II, intitolate “*Leggi e Costituzioni di Sua Maestà il Re di Sardegna*”, le quali sancivano letteralmente: “*Le suppliche, che riguarderanno meramente materie graziose, o che saranno miste di Grazie, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le Nostre determinazioni*”.³

Da precisare, comunque, che il Re in sede di ricorso straordinario era affiancato dal Consiglio dei Memoriali, a cui erano attribuite apposite funzioni, come: esaminare gli esposti, le suppliche e le rimostranze presentate al Sovrano contro provvedimenti giudiziari o amministrativi valutati come illegittimi. L’istituzione del Consiglio dei Memoriali, che forniva una sorta di parere consultivo, fu il frutto di una novella delle Costituzioni Piemontesi del 1723 ad opera dello stesso Vittorio Amedeo II.⁴ La decisione finale spettava, tuttavia, solo ed esclusivamente al sovrano.

La situazione sopra accennata rimase invariata fino all’incoronamento di Carlo Emanuele II, il quale con le Regie Patenti del 30 aprile 1749 istituì il Consiglio del Re, il quale sostituì il Consiglio dei Memoriali, stabilendo inoltre che il Re dovesse ascoltare il parere di tale Consiglio prima di emettere la propria decisione.

Poteri, questi del Sovrano, che furono conservati nelle prime fasi dello Stato costituzionale in omaggio anche alla preposizione del Re al potere esecutivo sancita nelle prime Carte costituzionali (e, in particolare,

² P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pag. 11

³ Costituzioni Piemontesi 1723, Art. 3, cap. III, titolo II, Libro III

⁴ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 1 e ss.

nello Statuto albertino), assumendo però un carattere più marcatamente amministrativo.⁵ Inoltre l'intervento del Sovrano non implicò più alcuna potestà decisionale, ma si ridusse soltanto a una sanzione formale.

Con l'avvento della monarchia costituzionale, in relazione a cui l'ampio potere decisorio del Re si poneva in una posizione d'incongruenza, furono necessari alcuni adeguamenti che si concretarono in particolar modo nell'introduzione di nuovi istituti e strumenti a garanzia dei ricorrenti.⁶

Della riconduzione del ricorso straordinario ai poteri originari del Sovrano si ricava una conferma anche nel fatto che non vi furono, neppure nel Regno Sardo, disposizioni di legge istitutive del ricorso straordinario, bensì solo disposizioni regolatrici di alcuni profili particolari del relativo procedimento. Fra esse, assunse subito un rilievo decisivo la legge del Regno di Sardegna del 30 ottobre 1859, n. 3707 (sul "Riordinamento del Consiglio di Stato" istituito da Carlo Alberto con l'Editto del 1831), la prima norma che ha espressamente previsto il ricorso straordinario al Re.⁷

Con la legge n. 3707/1859 fu emanata un'articolata disciplina del ricorso in esame e di particolare rilevanza fu l'art. 15, il quale sanciva: che il rimedio straordinario fosse ammesso contro i vizi di legittimità degli atti governati di carattere amministrativo e definitivi, e l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato, il quale inizialmente rilevò solo come strumento caratteristico di garanzia per il ricorrente ma che successivamente, dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (l. n. 5992/1889), incise più profondamente su tutta la disciplina del ricorso per le esigenze di coordinamento con il ricorso giurisdizionale.

⁵ V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1959, pag. 789 e ss.

⁶ P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., pag. 11 e ss.

⁷ SIRO NAI, *Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica*, Giuffrè editore, Milano, 1957, pag. 60

L'intervento del Consiglio di Stato non escludeva, però, in alcun modo il carattere amministrativo del ricorso. Carattere, quello amministrativo, che nonostante l'evoluzione subita dal rimedio qui esaminato, è stato ribadito anche da una parte della giurisprudenza più recente che continua a negare al ricorso straordinario i caratteri propri dei rimedi giurisdizionali, evitando in tal modo qualsiasi assimilazione fra esso e il sistema delle giurisdizioni speciali.

La riforma apportata dalla legge n. 3707/1859 prevedeva la tutela dei cittadini tramite il sistema del contenzioso amministrativo, adottato in Italia sulla scia del modello francese. Tale sistema era basato sulla devoluzione delle controversie tra privati e pubblica amministrazione ai "Tribunali del contenzioso amministrativo", organi collegiali di natura amministrativa inseriti nell'organizzazione dell'esecutivo, i quali erano: il Consiglio di Governo in 1° grado, e il Consiglio di Stato o Corte dei Conti in ultimo grado.

La novità del sistema del contenzioso amministrativo segnò il passaggio del ricorso straordinario dalla giustizia ritenuta alla giustizia delegata,⁸ ovvero affidata al Consiglio di Stato e separata dalla giustizia ordinaria.

1.2. Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (legge abolitrice del contenzioso amministrativo).

Con l'Unità d'Italia nel 1861 emerse fin da subito come i vari Stati Preunitari fossero caratterizzati da diversi sistemi di giustizia, in particolare, con riguardo alla vigenza o meno al loro interno di un sistema di giustizia amministrativa.

Ad esempio nel Regno delle Due Sicilie il contenzioso amministrativo vigeva già dal 1817 e anche nel Ducato di Parma il

⁸ C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato era già stato istituito nel 1814, mentre in Lombardia e in Toscana mancava del tutto un sistema di giustizia amministrativa. Tra i sistemi preunitari di giustizia amministrativa quello degli Stati Sardi era certamente quello più garantista.⁹

I diversi sistemi di giustizia degli Stati preunitari rimasero inizialmente e provvisoriamente in vigore, tuttavia, ciò non impedì il sorgere del dibattito parlamentare tra i sostenitori del sistema del contenzioso amministrativo (modello dualistico francese) e i sostenitori dell'abolizione del sistema suddetto favorevoli, invece, all'instaurazione di quello monistico (d'ispirazione Belga e caratteristico dei paesi di common law) che comprendesse nella giustizia ordinaria anche le controversie amministrative.

I sostenitori del modello dualistico basavano la propria convinzione sul carattere della specialità del diritto dell'amministrazione, il quale necessitava dunque di giudici ad hoc in grado di garantire una maggiore competenza in materia oltre che l'autonomia e la supremazia dell'azione amministrativa.

I sostenitori del modello monistico si contrapponevano a ciò ed erano favorevoli all'abolizione del contenzioso amministrativo principalmente per due ragioni: il giudice ordinario essendo estraneo alla Pubblica Amministrazione sarebbe stato in grado di decidere in modo imparziale le controversie amministrative; eventuali giudici speciali, poiché appartenenti all'apparato amministrativo, avrebbero privilegiato la Pubblica Amministrazione a danno delle garanzie di tutela e libertà dei cittadini.

Fu così che l'Esecutivo, cui furono attribuiti pieni poteri dal Parlamento, approvò la legge 20 marzo 1865, n. 2248, la cd. Legge Abolitrice del Contenzioso Amministrativo (L.A.C.) costituita da sei

⁹ P. TANDA, *Contributo allo studio sul Dualismo giurisdizionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pag. 20

allegati. Della giustizia amministrativa se ne occupavano l'Allegato "D" e l'Allegato "E".

L'Allegato "D" disciplinava l'assetto del Consiglio di Stato confermandone la suddivisione in tre sezioni (interno, grazia-giustizia, finanze). Inoltre attribuiva al Supremo organo amministrativo, oltre a competenze consultive, anche funzioni giurisdizionali nonostante l'abolizione del giudice amministrativo, come ad esempio in materia di debito pubblico.

Si trattava della cd. Giurisdizione Propria, che da un lato costituiva una giurisdizione di merito e dall'altro si contrapponeva alla giustizia ritenuta del Sovrano.

L'Allegato "E" era il vero e proprio "cuore" della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, poiché in esso era sancita l'abolizione dei giudici del contenzioso amministrativo. Tutte le questioni, dunque, furono affidate alla giurisdizione del giudice ordinario civile, giurisdizione che si estendeva anche ai provvedimenti del potere esecutivo e a quelli delle autorità amministrative.

Furono tuttavia riservate alla cognizione dell'Autorità Amministrativa alcune questioni, che a garanzia della tutela del cittadino, dovevano obbligatoriamente essere risolte tramite decreto motivato, rispettando le regole del contraddittorio e quando previsto acquisendo i pareri degli organi consultivi. Era consentito, avverso le decisioni dell'Amministrazione, il ricorso in via gerarchica e il ricorso straordinario al Re deciso su parere del Consiglio di Stato.

La legge n. 2248/1865 continua a essere in vigore con gli artt. 2, 4 e 5, i quali sancivano e sanciscono tutt'ora, nonostante l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, i cd. limiti esterni ed interni alla giurisdizione del giudice ordinario civile nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda i cd. limiti esterni, ad occuparsene è l'art. 2, e per essi si intendono quei limiti che stabiliscono i casi in cui il giudice ordinario civile ha poteri nei confronti della Pubblica Amministrazione, in altre parole tali limiti determinano quale sia lo spazio della giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione.

A proposito dell'attribuzione della giurisdizione tra giudice ordinario civile e giudice amministrativo, possiamo in questa sede semplificare affermando che al giudice ordinario erano attribuite tutte le controversie in cui era lesa un diritto soggettivo, mentre al giudice amministrativo quelle in cui a essere lesa fosse un interesse legittimo¹⁰.

Dei limiti interni e cioè quali poteri ha e quali sentenze in concreto può emettere il giudice ordinario civile nei confronti degli atti dell'amministrazione, se ne occupano invece gli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865. I due articoli in commento, quindi, riguardano i poteri del giudice ordinario nei confronti degli atti amministrativi, stabilendo che:

- il sindacato di quest'ultimo è limitato alla sola legittimità dell'atto e non anche alla convenienza.
- è attribuito ad esso il solo potere di disapplicazione dell'atto (art. 5) e non anche il potere di annullarlo, modificarlo o revocarlo.
- la pronuncia del giudice ordinario ha effetti solo sulle parti interessate, anche se l'atto ha portata generale.

Tale assetto, derivante dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, comportava che vi fosse un doppio vuoto di tutela giurisdizionale,¹¹ in quanto restavano privi di tutela i cd. interessi legittimi, ovvero quegli interessi non riconducibili alla categoria di diritti

¹⁰ P. TANDA, Elementi di Giustizia Amministrativa, CEDAM, seconda ristampa, 2016, pag. 433

¹¹ B. LOCORATOLO, Compendio di Diritto processuale Amministrativo e Giustizia amministrativa, Simone editore, 2017, pag. 11 e 12

soggettivi, anche ai quali comunque non era assicurata una tutela in forma specifica data l'assenza di poteri costitutivi in capo al giudice ordinario nei confronti dell'Amministrazione.

Nel periodo che va dalla legge n. 2248/1865 alla Legge Crispi del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, dunque, il Ricorso Straordinario al Re ha costituito l'unico strumento di tutela degli interessi legittimi, vista e considerata l'assenza di un sistema di giustizia amministrativa.¹²

1.3. Legge 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato e la crisi del ricorso straordinario al Re.

La riforma del 1865, in conseguenza di quanto sopra esposto, risultò inadeguata e ciò condusse il Governo presieduto da Francesco Crispi a emanare la legge 31 marzo 1889, n. 5992, la cd. "Legge Crispi", con cui fu istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato denominata "*per la giustizia amministrativa*" e con "*competenza a decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo che avessero per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici quando i ricorsi medesimi non fossero di competenza dell'autorità giudiziaria né si trattasse di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*".¹³

Come si evince dall'art. 3 della legge n. 5992/1889, la competenza della nuova sezione del Consiglio di Stato si ricavava in "negativo" e cioè essa era competente per tutte le controversie che non rientravano nella cognizione del giudice ordinario civile.

I vizi previsti dal medesimo articolo della cd. Legge Crispi, alla presenza dei quali il ricorrente poteva impugnare il provvedimento

¹² P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., pag. 12 e ss.

¹³ Legge 31 marzo 1889, n. 5992, art.3

produttivo di effetti, sospendibile dalla medesima IV Sezione solo “per gravi ragioni”, per ottenerne l’annullamento al fine di tutelare i propri interessi individuali diversi dai diritti soggettivi, erano: *a) l’incompetenza*, vizio che concerne gli elementi soggettivi dell’atto, è causata dall’invasione della sfera di competenza di un’autorità amministrativa ad opera di un’altra, la cui funzione sia diversa per grado o per materia; *b) eccesso di potere*, consistente in una grave scorrettezza nell’utilizzo del potere discrezionale da parte della Amministrazione, si configura ogni qual volta l’autorità amministrativa persegue un fine diverso da quello per il quale le è stato riconosciuto dall’ordinamento il potere di emanare l’atto oppure ogni qual volta siano presenti le cosiddette figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza: il travisamento o l’erronea valutazione dei fatti, l’illogicità o contraddittorietà dell’atto, la motivazione insufficiente o incongrua, la contraddittorietà tra più atti, l’ingiustizia manifesta; *c) violazione di legge*, ha carattere residuale, comprendendo tutti quei vizi che non rientrano nelle precedenti due categorie e si sostanzia in un contrasto tra il provvedimento o il relativo procedimento e una disposizione di legge o fonte del diritto.¹⁴

Con la riforma del 1889 furono così garantite quelle situazioni giuridiche lasciate prive di tutela dalla legge n. 2248/1865, poiché con essa la tutela degli interessi dei cittadini lesi da atti dell’amministrazione fu demandata ad una specifica autorità, paragonabile al giudice civile ordinario, ma alla quale era attribuito un ulteriore potere, quello di annullare gli atti o i provvedimenti nel caso in cui fossero giudicati come illegittimi.

La Legge Crispi aprì, dunque, la strada al sistema dualistico di giustizia oggi vigente in Italia definendo la giurisdizione generale di

¹⁴ P. TANDA, Elementi di Giustizia Amministrativa, CEDAM, seconda ristampa, 2016, pag.19

legittimità del giudice amministrativo per la lesione di interessi legittimi.¹⁵

In riguardo al Ricorso Straordinario al Re e in particolar modo in riguardo alla sua sopravvivenza all'interno dell'ordinamento nonostante i cambiamenti apportati con la legge n. 5992/1889, tra tutti l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, si scatenarono ben presto molte critiche da parte di chi ormai riteneva tale strumento come superfluo.

Le ragioni su cui si poggiavano tali opposizioni riguardavano maggiormente la circostanza che oramai il Ricorso Straordinario al Re aveva fatto il suo corso non avendo più quel ruolo fondamentale di unico strumento a tutela di quegli interessi diversi dai diritti soggettivi che, invece, aveva avuto dopo l'entrata in vigore della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Inoltre, la sua alternatività con il ricorso giurisdizionale presso la IV Sezione del Consiglio di Stato finiva per costituire un altro elemento a sostegno di chi ormai lo riteneva inutile.

Le suddette critiche mosse nei confronti del ricorso straordinario furono inizialmente prudenti poiché vi erano ancora dubbi sull'effettiva natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato, ma ben presto divennero sempre più insistenti, e come rilevava Vittorio Emanuele Orlando¹⁶ *“L’istituto del ricorso straordinario al re ha perduto ogni sua ragion d’essere. Si volle conservarlo (dopo il 1889): la pratica tende a farlo cadere in desuetudine, ricorrendovi sempre più raramente. Ma non si può dire soltanto inutile: esso è ingombrante e perciò dannoso (...). Certo, l’istituto del ricorso straordinario al Re è destinato a sparire dal nostro diritto vigente: ma la lentezza propria dell’attuazione di tali riforme potrà far sì che quell’abolizione non avvenga, probabilmente, in epoca molto prossima”*.¹⁷

¹⁵ B. LOCORATOLO, Compendio di Diritto processuale Amministrativo e Giustizia amministrativa, Simone editore, 2017, pag. 13

¹⁶ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 5.

¹⁷ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, Vol. III, Milano, 1901, pag. 710

A testimonianza della forza di tali attacchi mossi nei confronti della permanenza del ricorso straordinario al Re all'interno dell'ordinamento giuridico vi è che il 6 maggio 1897 il Governo Di Rudini presentò un disegno di legge “*modificazioni della legge organica sul Consiglio di Stato*”, con il quale fu proposto tra le altre misure anche l'abolizione del ricorso straordinario.¹⁸

Diverse erano le ragioni che portarono il Governo a proporre l'abolizione del rimedio ivi commentato, in primo luogo si affermava come il cd. “principio di alternatività” con il ricorso giurisdizionale presso la IV Sezione del Consiglio di Stato non impedisse comunque che lo stesso Consiglio si pronunciasse in modo differente su casi tra loro identici quando svolgeva la propria funzione consultiva (parere sul ricorso straordinario al re) e funzione giurisdizionale (potere decisorio). In secondo luogo, il fatto che il ricorso straordinario fosse proponibile senza limiti di tempo lasciava la pubblica amministrazione esposta *sine die* ad un'azione di annullamento, circostanza in evidente contrasto con il principio della certezza del diritto e inoltre ciò rendeva praticamente inefficace una delle novità introdotte proprio dalla legge n. 5992/1889, ovvero la condizione che per potere presentare ricorso giurisdizionale alla IV Sezione si doveva rispettare un brevissimo termine decadenziale.¹⁹

1.4. Legge 7 marzo 1907, n. 62: la conferma del ricorso straordinario al Re.

Nel 1906, con il Governo Giolitti, il destino del ricorso straordinario al Re mutò radicalmente in particolar modo quando l'esecutivo presentò un disegno di legge sul “*riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*”, il quale fu poi approvato con la legge 7 marzo 1907, n. 62.

¹⁸ Senato del Regno, legislazione XX, I Sess., 1897, doc. 20

¹⁹ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 5.

Con tale disegno di legge si ribadiva in sostanza la scelta del legislatore del 1889 e cioè quella di mantenere in vita il ricorso straordinario al Re, cercando di eliminarne le “*complicanze e difficoltà*” e contrastando, quindi, con quanto proposto dal Governo Di Rudini.²⁰

La legge n. 62/1907 fu poi trasfusa nel Testo Unico approvato con Regio Decreto del 17 agosto 1907, n. 638 che si occupava del coordinamento della struttura e della disciplina del Consiglio di Stato, il quale venne dotato di una V Sezione con competenze per vizi di legittimità e di merito, affiancata alla IV sezione, entrambe dichiarate espressamente aventi natura giurisdizionale.

La legge in commento apportò, in riguardo al ricorso straordinario al Re, notevoli modifiche:

- la previsione di un termine perentorio per la sua proposizione pari a centottanta gironi (180 gg) decorrenti dalla notifica dell’atto o del provvedimento (termine ridotto poi a 120 gironi dal D.P.R. 1199/1971);

- l’introduzione dell’obbligo di notifica del ricorso per il ricorrente, sempre nel termine di 180gg, nei confronti sia dell’autorità che aveva emanato l’atto o provvedimento sia di eventuali diretti interessati. Tale obbligo garantiva così un minimo di contraddittorio, poiché in tal modo i controinteressati avevano la possibilità di opporsi, entro 15 gg dall’avvenuta notifica, per ottenere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso (art 26, comma 3 T.U.).

Questi accorgimenti e novità oltre a confermare l’esistenza del ricorso ne accentuarono il parallelismo con il ricorso giurisdizionale alla IV Sezione del Consiglio di Stato.²¹

Non semplice fu l’iter parlamentare della legge n. 62/1907, e nemmeno mancarono i critici della suddetta, tra cui il Senatore Cavatola,

²⁰ Id. XXII Legislatura, I Sess., 1904-1906, Doc. n. 385, pag. 3 della relazione Giolitti

²¹ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 6-7.

il quale affermò *“di questo parallelismo si fa proprio una condizione sistematica del nostro ordinamento. Io trovo che è erronea questa maniera di considerare la cosa, perché oggi non è sistematico affatto il ricorso straordinario al Re conservato dall’art. 12, n. 4 della legge del 1889, che, anzi è contro il sistema vigente”*²². Altro critico fu il Senatore Luigi Rossi, il quale dopo l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, affermò che il ricorso straordinario al Re *“non aveva più titolo di vita, onde il meglio che si può fare è di abolirlo”*²³. Fu poi l’On. Grippo che nel corso del dibattito alla Camera, rilevò²⁴ *“il ricorso straordinario in via amministrativa può avere anche un valore, se non è accompagnato da un termine, perché può servire come valvola di sicurezza amministrativa per riparare alla mancanza del ricorso ordinario; ma quando al ricorso straordinario ponete il freno del termine e stabilite che non sia più ammesso dopo 180 giorni, allora avete semplicemente una duplicazione del ricorso ordinario, con spostamento di giurisdizioni e con un termine più lungo”*.²⁵

Giolitti non si fece attendere e nella sua replica del 4 febbraio 1907, pur lasciando passare molte delle critiche mosse a tale sistema, affermò *“questa soppressione, a mio avviso, non sarebbe una buona cosa. Il ricorso straordinario al Re costituisce una giustizia gratuita, giacché essa non costa che il foglio di carta per ricorrere al Governo”*.²⁶

Per concludere, la riforma apportata con la legge n. 62/1907 trovava le proprie fondamenta in due ordini di ragioni: a) il rinnovato e sempre più marcato parallelismo del ricorso straordinario al ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato, assegnava al primo una sempre

²² Atti del Senato del Regno, XXII Legislatura, I Sess. 1904-1906, resoconti, pag. 4999

²³ Atti del Senato del Regno, XXII Legislatura, tornata del 1 febbraio 1907, pag. 4939

²⁴ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 7

²⁵ Atti della Camera dei Deputati, XXII Legislatura, I Sess., tornata del 1 marzo 1907, vol. 233, pag. 12942.

²⁶ Atti del Senato del Regno, XXII Legislatura, tornata del 1 febbraio 1907, pag. 4956

maggior legittimazione; b) a favore della permanenza del rimedio vi erano anche forti ragioni pratiche, per il fatto che il ricorso straordinario ha da sempre costituito un rimedio dalle forme semplici e dai costi contenuti.²⁷

1.5. Il parallelismo tra il ricorso giurisdizionale e il ricorso straordinario al Re tra il 1889 e 1907.

E' importante precisare e soffermare l'attenzione sull'assetto del sistema di giustizia amministrativa e in particolar modo sul parallelismo tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale, venutosi a creare con le due riforme del 1889 e del 1907.

Come è stato correttamente sottolineato, da Giovannini, *“il parametro di riferimento attraverso il quale decifrare l'eventuale illogicità della scelta [del legislatore del 1889 e del 1907] è probabilmente costituito dalla conseguenza dell'accoglimento, da parte della legge del 1889, di una concezione oggettivistica della giustizia amministrativa”*²⁸.

In merito il magistrato, giurista e politico Vincenzo Caniello rilevò che *“se la IV sezione fu istituita per fornire una risposta ad una domanda di arricchimento di tutela del cittadino, è pur vero che ci si avviava verso una giurisdizione di tipo obbiettivo e che le situazioni individuali ne avrebbero beneficiato di riflesso giacché si credeva ancora, nonostante le esperienze vissute, che l'amministrazione bastasse di per se stessa ad assicurare una certa giustizia”*.²⁹

In altre parole il processo amministrativo fu costruito sull'atto/provvedimento, cioè il sindacato giurisdizionale era volto non

²⁷ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 9

²⁸ M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in Dir. Amm., 2002, pag. 68

²⁹ F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il nuovo Ricorso Straordinario al Capo dello Stato nella L. 18/06/2009, n. 69*, in Dir. Proc. Amm., Fasc. I, 2010, pag. 184

tanto alla tutela del ricorrente, bensì alla verifica della conformità dell'atto/provvedimento impugnato rispetto alle norme che regolavano il potere di cui esso era espressione. Quindi l'interesse sostanziale del ricorrente svolgeva a livello giurisdizionale il solo ruolo, come rilevato da Giovannini di, *“situazione legittimante al ricorso. Nulla di meno: perché tale interesse deve sempre sussistere alla base di tale ricorso, e perché mediante l'individuazione della sua titolarità ne viene selezionato il legittimato. Ma anche nulla di più: perché tale interesse, dopo aver legittimato la proposizione del ricorso da parte del suo titolare, non ha alcun ulteriore significato per il sindacato sul provvedimento impugnato che questo ha sollecitato”*³⁰. Tale funzione legittimante al ricorso era utilizzata dal giudice per ristabilire, attraverso l'eventuale annullamento dell'atto impugnato, la conformità dell'attività amministrativa alla legge³¹.

Il ricorso straordinario al Re era, invece, basato su una concezione soggettivistica del processo amministrativo, ovvero esso aveva come interesse principale non l'azione amministrativa in quanto tale, bensì il rapporto intercorrente tra l'amministrazione e il cittadino titolare di situazioni giuridiche soggettive e di interessi legittimi.

Altro elemento a sostegno della possibile convivenza del ricorso straordinario e di quello giurisdizionale alla IV sezione del Consiglio di Stato, si ritrovava nella qualità del sindacato esercitabile sull'atto. Difatti, nel 1889 la IV sezione aveva competenza solo in riguardo ai vizi di legittimità e, dunque, il sindacato effettuato in sede di ricorso straordinario risultava più penetrante e completo rispetto a quello

³⁰ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Napoli, 1996, pag. 57 e ss.

³¹ F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 9

effettuato in sede giurisdizionale con la conseguenza di una maggiore soddisfazione delle aspettative di giustizia del ricorrente.³²

L'utilità del ricorso straordinario, quindi altro elemento a favore della sua permanenza nel sistema del contenzioso amministrativo, era confermata dalla questione in merito al pagamento delle spese in sede giurisdizionale da parte della Pubblica Amministrazione in caso di soccombenza.

Consolidato orientamento (fino al 1907) del Consiglio di Stato,³³ riteneva infatti che l'amministrazione, in quanto "organo pubblico preposto alla salvaguardia della legge" non potesse in alcun caso rivestire il ruolo di parte soccombente e di conseguenza non potesse nemmeno essere condannata al pagamento delle spese processuali.

In altre parole, la posizione del Consiglio di Stato comportava che le spese sarebbero dovute, sempre e comunque, essere sopportate dal cittadino a prescindere dall'esito della controversia. In ragione di ciò, la questione dell'economicità costituiva un ulteriore motivo per preferire il ricorso straordinario al Re rispetto a quello giurisdizionale.

1.6. Regio Decreto 26 Giugno 1924, n 1054 e Regio Decreto 21 aprile 1942, n. 444: il ricorso straordinario al Re sempre più come ricorso amministrativo

La disciplina concernente il ricorso straordinario al Re, contenuta nella legge n. 62/1907, fu sostanzialmente ripresa e confermata sia dal Regio Decreto del 26 giugno 1924, n. 1054 con cui si approvava il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sia dal Regolamento per l'esecuzione di detto testo unico³⁴ approvato con Regio Decreto del 21 aprile 1942, n. 444.

³² D. LO GIUDICE, *Natura e attualità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Davide Lo Giudice editore, 2018, pag. 12

³³ Consiglio di Stato, sez. IV, 14 gennaio 1892, n. 18, in *Giust. Amm.*, III, 1892, I, 35.

³⁴ M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al presidente della repubblica*, Giuffrè editore, Milano, 1959, pag. 17-18

Il R.D. 1054/1924 disciplinava il ricorso straordinario al Re all' art. 16, n. 4 e all'art. 34.

L'art 16, n. 4 sanciva che il voto del Consiglio di Stato era richiesto in tutti i casi di ricorsi al Re.

L'art. 34 sanciva invece, il principio di alternatività in forza del quale la presentazione del ricorso straordinario al Re precludeva definitivamente la possibilità per il ricorrente di poter proporre ricorso giurisdizionale alla IV sezione del Consiglio di Stato, e viceversa.

Il R.D. 444/1942 dedicava al ricorso straordinario al Re l'art. 54, l'art. 60 e l'art. 61.

L'art 54 stabiliva che la decisione sul ricorso straordinario dovesse essere adottata con Decreto Reale, previo parere obbligatorio del Consiglio di Stato e che inoltre il Ministro competente, tutte le volte in cui non intendesse conformarsi a tale parere, aveva l'obbligo di sentire il Consiglio dei Ministri.

Ciò che emerge da tale articolo è l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato ma anche la sua non vincolatività (oggi vincolante dopo la riforma con L. 69/2009) poiché una delibera del Consiglio dei Ministri consentiva al Ministro competente, investito della questione, la facoltà di potersene discostare.

L'art. 60 ribadiva il termine perentorio di 180 giorni entro il quale il ricorrente doveva presentare ricorso al Re. Termine decorrente dalla notificazione dell'atto o provvedimento impugnato.

L'art 61, infine, sanciva che sempre nel termine di 180 giorni (ex art 60) il ricorrente aveva l'obbligo di notificare il ricorso sia all'autorità che aveva emanato l'atto o il provvedimento sia a chi avesse un interesse diretto sia, infine, al Ministero competente assieme alla prova di avvenuta notifica.

Tali previsioni avevano il comune fine di garantire un minimo di contraddittorio da sempre trascurato e che ebbe le prime attenzioni,

appunto, solo con la legge n. 62/1907, attenzioni poi riprese dal Decreto Regio appena analizzato.

Il ricorso straordinario al Re poteva, dunque, essere ricondotto tranquillamente nell'ambito dei normali procedimenti amministrativi contenziosi. L'art 34 R.D. n. 1054/1924 lo qualificava, infatti, come ricorso in "sede amministrativa" e a dimostrazione di ciò: a) fu stabilito un termine perentorio per la presentazione; b) venne garantito un minimo di contraddittorio, con l'introduzione dell'obbligo di notifica; c) l'istruttoria, l'iniziativa del procedimento di decisione e la decisione furono attribuite al ministro competente.

Inoltre la garanzia sulla decisione del ricorso non era più rappresentata dalla firma del Re, ma dal parere obbligatorio reso dal Consiglio di Stato o, in caso di difformità, dalla delibera del Consiglio dei Ministri.

Il Consiglio di Stato, sulla scia della riforma del 1907 e sulla base delle suddette novità e modifiche al ricorso straordinario, qualificò lo stesso come un normale rimedio giuridico parallelo a quello giurisdizionale.³⁵

1.7. L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana del 1948: i problemi di compatibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con la Carta Costituzionale

La totale assenza di copertura costituzionale della giustizia amministrativa nello Statuto Albertino aveva reso, per semplici motivi di praticità, meno difficoltosa la sopravvivenza del ricorso straordinario.

Ciò comportava anche una maggiore efficacia delle dichiarazioni di coloro che erano favorevoli al mantenimento in vigore di tale istituto, tra i quali spiccava Santi Romano, il quale considerava il ricorso

³⁵ P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., pag. 14.

straordinario come un rimedio “*al quale gli interessati ricorrono con fiducia, anche perché molto economico e sciolto da ogni superflua formalità (...) e dà pieno affidamento ad un giudizio accurato ed imparziale*”.³⁶

La Costituzione Repubblicana entrata in vigore il 1 gennaio 1948, al suo interno contiene disposizioni riguardanti la giustizia amministrativa, la magistratura e la tutela giurisdizionale, ma tuttavia non contiene tutt’oggi alcun riferimento espresso né al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica né ai ricorsi amministrativi. Questa, seppur parziale, garanzia del sistema di giustizia amministrativa ha posto la questione, ben presto sollevata, della possibile incostituzionalità del ricorso straordinario,³⁷ come rilevò Bachelet “*se per questa via non si riaffacci la questione della possibile incostituzionalità del ricorso straordinario*”.³⁸

Il primo tra tutti che sollevò la questione di legittimità costituzionale del ricorso straordinario, fu Agrò³⁹, il quale fece leva sullo stretto legame che sussisteva in passato nelle monarchie assolute e poi in quelle costituzionali tra il ricorso straordinario e il potere del Re.

Per Agrò l’assenza nella Costituzione Repubblicana di una specifica disposizione che attribuisse al Capo dello Stato le precedenti funzioni del Sovrano era motivo valido per considerare il ricorso straordinario incostituzionale. Tale censura ebbe però poca fortuna, difatti come ha rilevato Sandulli in merito all’art. 87 della Costituzione⁴⁰

³⁶ SANTI ROMANO, *Le funzioni ed i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato – studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, pag. 20

³⁷ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 10

³⁸ V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1959, 789 e ss, ora in *Scritti Giuridici*, Le garanzie dell’ordinamento democratico, II, Milano, 1981, pp. 70 e ss

³⁹ AGRO’, *Osservazioni sull’ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rassegna Mensile dell’Avvocatura dello Stato*, 1948, fasc. 10, pag. 1 e ss.

⁴⁰ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 11

(il quale delinea la figura e i poteri del Presidente della Repubblica in linea con la forma di governo parlamentare e la ripartizione dei poteri) *“esso non ha altra funzione di rivestire di garanzia costituzionale alcune delle competenze presidenziali (...), in mancanza di altre norme le competenze di natura amministrativa già spettanti al Re devono considerarsi trasferite al Presidente della Repubblica”*⁴¹.

Dunque, l'art. 87 Cost. non doveva essere considerato come un elenco tassativo delle prerogative riconosciute dalla Carta Costituzionale al Presidente della Repubblica che escludeva tutte quelle non comprese, bensì come una disposizione che dota alcune delle prerogative del Presidente della Repubblica di garanzia costituzionale senza, però, precludere che lo stesso possa averne altre.

A supporto di tale posizione si può far riferimento anche a quanto esposto in precedenza, cioè che dalla riforma del 1889 passando per quella del 1907 e poi con la conferma del R.D. 1054/1924 oramai la funzione del sovrano era divenuta meramente simbolica essendo di fatto il potere decisorio attribuito al Ministro competente, inoltre anche la garanzia non era più costituita dalla firma del Re, bensì dal parere obbligatorio del Consiglio di Stato o, in caso di difformità, dalla delibera del Consiglio dei Ministri.

Il principale ostacolo che, tuttavia, si presentò sulla strada della costituzionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, fu però l'art 113 della Costituzione, il quale recita *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione*

⁴¹ SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in Giur. It, 1950, IV, pag.401

possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

La ragione per cui il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sarebbe in contrasto con tale articolo della Costituzione risiede nella circostanza che il ricorso stesso violerebbe il principio della piena tutela giurisdizionale dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa poiché:

- è ritenuto alternativo al ricorso in sede giurisdizionale;
- ha natura amministrativa, e ciò si riflette sulla natura del decreto presidenziale decisorio del ricorso straordinario, il quale essendo un atto inoppugnabile comporterebbe per gli interessati una privazione della tutela giurisdizionale nei confronti di un atto di natura amministrativa.⁴²

Sandulli superava tale obiezione alla costituzionalità del ricorso straordinario affermando da un lato che *“il ricorso straordinario è un mezzo extra iuris ordinem, sprovvisto delle caratteristiche proprie del rimedio assistito da guarentigie giuridiche”*,⁴³ e dall’altro rilevava che *“l’art. 113 non riguarda tutti gli atti amministrativi, ma soltanto quelli che abbiano leso un diritto o un interesse legittimo”*⁴⁴ mentre *“il contenuto della decisione di un ricorso straordinario contro atti lesivi di interessi legittimi, la quale non soddisfi alle richieste del ricorrente, non potrà mai ledere essa stessa un interesse legittimo, in quanto nessun interesse legittimo il ricorrente può vantare in ordine alla sostanza del ricorso”*⁴⁵.

⁴² P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., pag. 16-17

⁴³ SANDULLI, *Sull’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1950, IV, pag.402

⁴⁴ SANDULLI, *Sull’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1950, IV, pag.402

⁴⁵ SANDULLI, *Sull’ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1950, IV, pag.402

A vedere di Sandulli, dunque, l'art. 113 della Costituzione non sarebbe applicabile al decreto presidenziale che decide il ricorso straordinario, in quanto tale norma non sarebbe destinata *“a proteggere le situazioni alla cui tutela in via giuridica si sia rinunciato, o in relazione alle quali si sia decaduti da potere di avvalersi dei mezzi di garanzia giuridica”*.⁴⁶

Diversamente Mario Nigro, giurista, il quale partiva nella sua disamina della questione dalla classificazione del decreto presidenziale decisorio come atto di natura amministrativa avente anche natura “finale”, cioè di atto che termina l'azione amministrativa producendo gli effetti giuridici finali propri di quella fattispecie⁴⁷.

Nigro, sulla base di quanto detto, rilevava e ammetteva *“il parallelismo al ricorso giurisdizionale. Cioè per questa sua funzione vicariante, il ricorso straordinario si presenta come un'anomalia del sistema, anomalia tanto più grave dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione”*.⁴⁸

A parere del suddetto autore non si potrebbe quindi sfuggire dalla seguente alternativa, e cioè, o la pronuncia sul ricorso straordinario ha natura giurisdizionale e quindi sarebbe necessario ammettere nei suoi confronti il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art 111 della Costituzione o se confermata la natura amministrativa non si può non ammettere nei suoi confronti la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 113 della Costituzione tramite l'impugnabilità di fronte al Consiglio di Stato, con la conseguenza però di *“snaturare gravemente l'istituto e vulnerare sensibilmente la definitività dell'atto amministrativo”*.⁴⁹

⁴⁶ SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in Giur. It, 1950, IV, pag.401

⁴⁷ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 12

⁴⁸ NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953, pag. 86

⁴⁹ NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953, pag. 87

Nigro arrivava alla conclusione che non potendosi ammettere la natura giurisdizionale del decreto presidenziale decisorio esso non poteva essere sottratto al regime costituzionale degli atti amministrativi ai sensi dell'art 113 Cost.

Altra questione, questa volta di carattere pratico e non sistematico come le suddette, fu sollevata con riferimento oltre che all'art.113 Cost. anche all'art. 24 della Carta Costituzionale, nella cui prima parte, tra i diritti dei cittadini, riconosce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e il diritto di difesa in ogni stato e grado del processo.

Al centro della questione fu posto il principio di alternatività del ricorso straordinario nel suo rapporto con il ricorso giurisdizionale (ex art 34, c. 2 e 3 R.D. 1054/1924), che comportava due conseguenze: a) veniva preclusa al ricorrente e ai cointeressati la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento già impugnato con il ricorso straordinario; b) veniva fatto divieto ai medesimi soggetti di impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisorio del ricorso straordinario se non per vizi di forma e procedura.

In sostanza la scelta di proporre il ricorso straordinario si traduceva per il ricorrente nell'impossibilità di ottenere la tutela giurisdizionale.

Per quanto riguarda invece i cointeressati, ad essi era riconosciuta la facoltà di proporre di opposizione entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso straordinario al Re in modo che il giudizio proseguisse in sede giurisdizionale. Il mancato esercizio del diritto di opposizione da parte dei cointeressati faceva sì che gli stessi rimanessero vincolati alla scelta del ricorrente.⁵⁰

In una particolare posizione di svantaggio erano invece i controinteressati, i quali non nominati nell'art. 34 del T.U. 6166/1889

⁵⁰ D. LO GIUDICE, *Natura e attualità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Davide Lo Giudice editore, 2018, pag. 15

sulle leggi del Consiglio di Stato, erano ormai per indirizzo consolidato vincolati alla scelta del ricorrente.⁵¹ Essi subivano così una doppia e iniqua limitazione al proprio diritto di difesa e di tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost.,⁵² in quanto, da un lato non avevano la facoltà di esercitare il proprio diritto di opposizione alla via straordinaria (e quindi erano vincolati alla decisione del ricorrente), dall'altro era loro preclusa anche la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il decreto presidenziale decisorio del ricorso straordinario, se non per vizi di forma o procedura.

Il contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione era evidente, perciò fu inevitabile l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza del 24 gennaio - 1 febbraio 1964, n. 1 dichiarò l'illegittimità costituzionale del secondo e del terzo comma dell'art. 34, poiché il procedimento per la proposizione e la risoluzione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica *“non assicura ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale”*.⁵³

Così facendo però, il problema fu solo spostato e non risolto sia perché la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisorio andava a intaccare l'utilità del rimedio straordinario, sia perché la posizione di svantaggio che in precedenza caratterizzava la posizione del controinteressato veniva a ricadere, dopo la sentenza suddetta, sulla persona del ricorrente vittorioso, il quale sarebbe stato esposto al rischio di un'impugnazione del decreto in sede giurisdizionale, mentre nel caso di soccombenza non avrebbe goduto di alcun potere.⁵⁴

Tali lacune furono presto colmate da dottrina e giurisprudenza, e in particolare a porre fine alla questione fu l'Adunanza Plenaria del

⁵¹ D. LO GIUDICE, *Natura e attualità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Davide Lo Giudice editore, 2018, pag. 15

⁵² F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 13

⁵³ Corte Costituzionale, Sentenza 24 gennaio-1 febbraio 1964, n. 1, pubblicata nella Gazz. Uff. 8 febbraio 1964, n. 34,

⁵⁴ F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike Editore, Roma 2012, pag. 13

Consiglio di Stato, che con la decisione del 28 settembre 1967, n. 11,⁵⁵ chiarì come le posizioni di ricorrente, cointeressati e controinteressati dovessero essere equiparate in tutto e per tutto.

Il ricorso straordinario ha dunque superato positivamente tutte le questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate e anche se come affermato dalla Consulta “*non si può parlare di costituzionalizzazione implicita*”,⁵⁶ è altrettanto vero che più volte la stessa Corte Costituzionale ha sottolineato come il rimedio straordinario sia compatibile con la nostra Carta Costituzionale Repubblicana.

L’ultimo passo verso la consacrazione della compatibilità del ricorso straordinario con la Costituzione, è stato senza dubbio la sua positivizzazione avvenuta con il D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 il quale ha ricondotto il rimedio in questione tra i ricorsi amministrativi e ne ha dettato per la prima volta una disciplina organica che tutt’oggi, seppur parzialmente, è ancora in vigore.

⁵⁵ Adunanza Plenaria del 28 settembre 1967, n. 11, in Cons. Stato, 1967, I, pag. 1566.

⁵⁶ Corte Costituzionale, Sentenza n. 298/1986