

## FEDERICO FRENI

### AMMINISTRAZIONE GIUSTIZIALE E COSTITUZIONE: IL “NUOVO” RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO \*

**SOMMARIO:** 1. Premessa; 2. La nuova disciplina dettata dalla legge 69/2009; 3. Dalle Costituzioni Piemontesi del 1723 al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199: cenni storici sull’istituto; 3.1. (segue); 3.2. (segue); 3.3. (segue); 3.4. (segue); 4. Breve indagine circa la natura del ricorso straordinario; 4.1. (segue); 4.2. (segue) Il *genus* di riferimento: l’amministrazione giustiziale; 5. Il “nuovo” ricorso straordinario; 5.1. (segue); 5.2. (segue); 5.3. (segue); 6. Conclusioni.

Quando, la mattina del 15 agosto 1785, giorno dell’Assunzione (sacro in Francia sin dal 1638, quando Luigi XIII aveva consacrato il regno alla Madonna), Louis Renè Edouard de Rohan, Grande Elemosiniere di Francia, fu convocato dal re nel gabinetto del Consiglio, era già vestito dei paramenti sacri e certo non si attendeva di uscire da Versailles in ceppi.

All’alto prelato, coinvolto (suo malgrado) in quello che verrà ricordato come *lo scandalo della collana*<sup>1</sup>, Luigi XVI offerse un’alternativa: rimettersi alla giustizia del Re, o comparire innanzi al Parlamento per giustificare la propria condotta.

La *belle èminence* non ebbe dubbi: alla *justice retenue* di sua maestà, preferì le garanzie offerte da un processo innanzi al Parlamento (vale a dire davanti alla corte di giustizia di Parigi).

Lo *scandalo della collana*, come rilevò un giovane osservatore tedesco, Johann Wolfgang Goethe, “*intaccò le fondamenta dello Stato, annientò il rispetto verso la Regina e in generale verso le classi elevate: giacché tutto quello che venne in discussione non fece che manifestare chiaramente l’orribile corruzione in cui si trovava impaniata la corte e gli aristocratici*”<sup>2</sup>: era la prima volta che un principe della chiesa, un aristocratico, preferiva rimettersi al Parlamento, piuttosto che alla giustizia del Re.

\*\*\*

1. La storia del ricorso straordinario al Capo dello Stato è una storia decisamente curiosa: e ciò non tanto per le modifiche (neppure molte, peraltro) che la disciplina positiva del rimedio ha subito nel corso degli anni, quanto -piuttosto- per l’assiduità con la quale, ciclicamente, ne è stata chiesta l’eliminazione dall’ordinamento<sup>3</sup>.

---

\* Il lavoro è destinato alla pubblicazione nella rivista *Diritto Processuale Amministrativo*.

<sup>1</sup> Lo scandalo della collana ha affascinato, nel corso degli anni, memorialisti, romanzieri, drammaturghi, saggisti, storici, eruditi: Goethe, Carlyle, Lernet-Holenia, Dumas. Un resoconto completo dell’*affaire* può leggersi in FUNCK-BRENTANO, *L’affaire du collier*, Hachette, Parigi, 1901, nella biografia del cardinale di Rohan scritta da Haynin [HAYNIN, *Louis de Rohan, le cardinal collier*, Perrin, Parigi, 1997] e nell’agile sintesi di Benedetta Craveri [ID., *Maria Antonietta e lo scandalo della collana*, Milano, 2006].

<sup>2</sup> GOETHE, *La campagna di Francia del 1792*, in *Opere*, Vol. II, tomo II, Firenze, 1944, p. 1143.

<sup>3</sup> Così GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 61.

Rimedio giustiziale d'origine assai remota (conosciuto, nella forma del ricorso al Re, sin dalle Costituzioni Piemontesi del 1723), l'istituto ha, infatti, incontrato alterni favori nell'ordinamento dello Stato unitario: sono innumerevoli i progetti di legge che, in tempi diversi, ne hanno proposto l'abolizione; altrettanto ampia -anche in tempi recentissimi- è la schiera di quanti lo considerano nulla più che un inutile relitto dei tempi che furono.

Il dibattito sulla sua natura (prima ancora, paradossalmente, di quello sul suo fondamento<sup>4</sup>) ha occupato una letteratura vastissima<sup>5</sup>, e tutt'oggi (soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69), è più che mai d'attualità. Se, infatti, l'art. 69 della legge n. 69/2009<sup>6</sup> -apportando strutturali modifiche al rimedio- ha

---

<sup>4</sup> Rilevava Orlando: "Il fondamento teorico del così detto ricorso al re in via straordinaria -fondamento teorico che dovrebbe darci la natura giuridica dell'istituto- è difficilmente determinabile e oscuramente determinato nei nostri precedenti scientifici" [ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E.Orlando, Vol, III, Milano, 1901, p. 688]

<sup>5</sup> La letteratura sul ricorso straordinario è, appunto, vastissima. I richiami bibliografici che seguono, sono idonei a fornire un quadro d'insieme dell'istituto ma, com'è ovvio, non esauriscono le trattazioni dedicate all'argomento o ai singoli aspetti peculiari della disciplina dell'istituto. Si vedano, comunque i lavori di RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re*, in *Giur. it.*, 1908, IV, 136; RIVALTA, *Sull'applicabilità dell'art. 27, n. 4 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 ai decreti del Capo dello Stato che decidono ricorsi straordinari*, in *Foro it.*, 1952, III, 9; ACQUARONE, *Inadempimento di decisioni su ricorso straordinario ed esperibilità del ricorso previsto dall'art. 27, n. 4, t.u. sul Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1955, III, 77; DANIELE, *Incostituzionalità della legge e ricorso straordinario*, in *Cons. Stato*, 1954, II, 1; BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788; BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959; BACHELET, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario*, in *Giur. cost.*, 1964, 3; CHEVELLARD, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Nov. Dig. It.*, 1968, XV, 1040; BENVENUTI, *Diritto sostanziale e diritto processuale: un caso clinico con una morale*, in *Foro amm.*, 1980, 1903; LIGNANI, *Il ricorso straordinario tra diritto ed equità*, in *Foro amm.*, 1980, 534; LIGNANI, *Il ricorso straordinario e la difesa dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, 4; VACIRCA, *Appunti sul contraddittorio nel ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, 237; LANDI, *Corte Costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, 281; ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, II, 1383; VACIRCA, *Decisione del ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale dal controinteressato pretermesso*, in *Foro amm.*, 1986, 1744; GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, 674; LAMPIS, *Alcuni aspetti della norma istitutiva dell'organo di giustizia amministrativa di Bolzano. In particolare l'esclusione della possibilità di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Trib. amm. reg.*, 1989, II, 305; PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, 1991, XXVII, 1; MIGNEMI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e Autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 1995, 2460; FLORENZANO, *La preclusione al ricorso straordinario nelle questioni di competenza della sezione autonoma di Bolano del T.R.G.A. Un'occasione mancata per sollevare questione di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 1996, 537; TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, XIII, 421; GIOVANNINI, *Il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002; MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. 691 ss; LODI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Cons. Stato*, 2005; BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008. Tra i primi commenti alla nuova normativa possono segnalarsi quelli di CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, e PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, l.69/2009)*, ambedue nella sezione contributi, di [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>6</sup> La Legge 69, al di là delle implicazioni relative alla disciplina del ricorso straordinario, verrà dai più ricordata vuoi per l'introduzione di sostanziali modifiche nella struttura del processo civile dirette ad imprimere una decisa accelerazione ai tempi di decisione delle controversie (una tra tante: l'introduzione di un nuovo capo III bis del titolo I del libro quarto del codice di procedura civile, rubricato come "del procedimento sommario di cognizione"), vuoi per la delega al Governo per il riassetto del processo amministrativo (ammesso che di un riordino vi fosse effettivo bisogno), vuoi per una norma -l'art.59-

certamente contribuito a risolvere talune incertezze interpretative, per contro, il nuovo assetto prefigurato dal legislatore non può non ingenerare una serie di perplessità, soprattutto con riferimento alla effettiva compatibilità costituzionale dell'istituto.

E' bene, quindi, volgersi da subito alle novità introdotte dal recente intervento normativo.

**2.** Abbandonata una volta per tutte la strada seguita nella precedente legislatura dal d.d.l. Nicolais<sup>7</sup>, il legislatore del 2009 si è rivolto all'istituto in una prospettiva tutt'affatto diversa. Se, infatti, le precedenti proposte di riforma erano tutte dirette (accogliendo, così, le sollecitazioni provenienti da una parte -minoritaria- della giurisprudenza amministrativa) all'introduzione -nell'ambito della peculiare disciplina dettata dal d.P.R. 1199- del (solo) giudizio di ottemperanza, quella recentemente approvata (per il tramite di due interventi chirurgicamente mirati) rimette in discussione l'intero impianto del ricorso straordinario.

Segnatamente, il Consiglio di Stato in sede consultiva -chiamato a rendere il prescritto parere circa l'ammissibilità e fondatezza del ricorso- ove ritenga che questo "*non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata*", può "*sospende[re] l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina[re] alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati*".

Ma c'è di più: il nuovo art. 14 del d.P.R. 1199, prevede che la decisione del ricorso sia adottata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministero competente, "*in conformità al parere [reso] dal Consiglio di Stato*". Alla modifica del primo periodo del primo comma dell'art. 14 segue -nel rispetto della *ratio* della riforma- l'abrogazione del successivo secondo periodo e del secondo comma: restando, così, radicalmente preclusa all'esecutivo l'adozione di deliberazioni contrarie al *decisum* consultivo del Consiglio di Stato.

---

destinata a suscitare decise perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale di alcune previsioni in materia di giurisdizione e di formazione delle prove nell'ambito del processo.

<sup>7</sup> Il cui art. 8, comma 3, disciplinava, per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, le modalità di presentazione dei "*ricorsi diretti ad ottenere l'esecuzione dei decreti di decisione resi nel regime di alternatività ai sensi degli articoli 8 e 15 del*" D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, specificando che essi sarebbero stati "*proposti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio ai sensi dell'articolo 37, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*".

Per un verso, dunque, si aprono anche per il ricorso straordinario *le porte del cielo*<sup>8</sup>: nonostante l'indirizzo fermamente contrario del Giudice delle Leggi<sup>9</sup>, anche il Consiglio di Stato in sede consultiva è oggi legittimato a sollevare incidenti di costituzionalità; per altro verso (e, come si chiarirà in seguito, conseguentemente) il parere -che la disciplina previgente voleva soggetto all'approvazione del ministro competente e, in caso di disaccordo, disattendibile in esito ad una deliberazione del Consiglio dei Ministri- viene ad assumere carattere di stabilità e immodificabilità.

**3.** Per quanto, come si vedrà *infra*, la novella presti il fianco a molti (ed importanti) rilievi, prima di procedere più oltre è necessario prendere le mosse da una preliminare indagine storico giuridica, perché su questo terreno -come ebbe a notare Sandulli- "*l'analisi storica rappresenta una inderogabile integrazione di quella dommatica*"<sup>10</sup>.

**3.1.** La prima fonte normativa (quanto meno a livello tavolare) cui storicamente è ricollegato il potere di decisione dei ricorsi straordinari attribuito al Re nella monarchia assoluta<sup>11</sup> (e tutt'oggi riconosciuto al Presidente della Repubblica) è rinvenibile nelle Costituzioni Piemontesi del 1723 di Vittorio Amedeo II<sup>12</sup>, la cui formula è riportata integralmente nelle successive Costituzioni del 1729, e nella Costituzione promulgata da Carlo Emanuele III nel 1770<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> L'espressione è "*presa in prestito*" dal lavoro di ESPOSITO, *Si aprono le "porte del cielo": dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 3757 ss..

<sup>9</sup> Da ultima, si veda la decisione 21 luglio 2004, n. 254, con cui la Corte aveva escluso la possibilità per le sezioni consultive del Consiglio di Stato di sollevare incidenti di costituzionalità.

<sup>10</sup> SANDULLI, *Sull'ammissibilità del Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna, 1953, p. 394.

<sup>11</sup> Concordano sull'origine normativa, *ex multis*, CAMMEO, *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 620; RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato - Studi per il centenario*, Roma, 1932, Vol. II, p.7; SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1950, IV, p. 89; CIARDULLI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Avv. Stato*, 1951, p.40.

<sup>12</sup> Segnatamente nel Libro I, Titolo II, cap. III, art. 3, ove si legge che "*Le suppliche, che riguarderanno materie meramente graziose, o che saranno miste di Giustizia e di Grazia, dovranno riferirsi a Noi, per aversi le Nostre determinazioni*". Il testo delle Costituzioni può leggersi in *Leggi e Costituzioni di S.M. da osservarsi nelle materie civili e criminali ne' Stati della M.S., tanto di qua che di là da' Monti e Colli*, Torino, Regia stamperia Valletta, 1723. L'indicazione bibliografica (così come quelle che seguono) è riportata, in tempi moderni, da BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia Giurisdizionale, originariamente in Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1959, pp. 789 ss., ora in *Scritti Giuridici, Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, 1981, pp. 70 ss

<sup>13</sup> Impropiamente alcuni autori si riferiscono, più genericamente, alle "*Costituzioni Generali di Vittorio Amedeo II del 1770*" (cfr., sul punto, le opere di CAMMEO, *Op. Cit.*, p. 620, in nota; RAGNISCO, *Op. Cit.*, p.7; CIARDULLI, *Op. Cit.* p.40). Occorre rilevare che le Costituzioni Generali del 1770, promulgate da Carlo Emanuele III, pur modificando l'impianto di base posto nelle Costituzioni di Vittorio Amedeo II (1723 e 1729), lasciano significativamente immutato il testo dell'originario articolo riguardante le suppliche in via di giustizia e di grazia. Sul punto si veda l'opera di VIORA, *Le Costituzioni piemontesi*, Torino, 1928. Fu, comunque, Carlo Emanuele III che, dopo aver creato il Consiglio di Stato con le RR.PP. del 30 aprile 1749, introdusse l'obbligo per il sovrano di ascoltare, prima di decidere il ricorso, il parere del Consiglio di Stato.

Se, dunque, non è revocabile in dubbio che le radici del ricorso straordinario<sup>14</sup> affondino nel periodo delle monarchie assolute<sup>15</sup>, certamente più discussa è la matrice dell'istituto: se, da un lato<sup>16</sup>, infatti, si suole ricondurre il ricorso straordinario ai sistemi di giustizia c.d. "ritenuta" (quelli, cioè, nei quali il sovrano era titolare del potere giurisdizionale che esercitava in via diretta), dall'altro, secondo ricostruzioni più recenti e generalmente accolte<sup>17</sup>, l'istituto, inquadrandosi sin dalle origini tra i rimedi amministrativi, dovrebbe, più correttamente, collocarsi nella schiera dei c.d. "ricorsi in via graziosa"<sup>18</sup>.

Ma, anche prescindendo dalla ricostruzione che si ritenga più attendibile, "non v'è dubbio che con l'avvento della fase monarchico-costituzionale emerse definitivamente la natura eminentemente amministrativa del ricorso straordinario"<sup>19</sup>.

E ciò per un concorrente ordine di ragioni. In primo luogo perché "se è vero che il vertice del potere esecutivo era ancora rappresentato dal Re, è anche vero che la partecipazione del sovrano all'attività di governo aveva una rilevanza meramente formale"<sup>20</sup>; in secondo luogo perché, coerentemente con la nuova struttura costituzionale, le decisioni del ricorso straordinario erano imputate al Re solo formalmente, essendo

---

<sup>14</sup> Occorre, sin d'ora, porre un chiarimento di carattere semantico. L'espressione *ricorso straordinario* è stata adottata dalla prassi amministrativa ben prima che dal legislatore. Nelle prime disposizioni normative si parlava, infatti di "richiami" fatti "al Re contro la legittimità dei provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, pei quali siano già esaurite, o non si possano proporre in via gerarchica, le domande di riparazione" (cfr. l'art. 15 della legge istitutiva del Consiglio di Stato, 30 ottobre 1859, n. 3707), di "ricorsi fatti al re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite o non si possano proporre domande di riparazione in via gerarchica" (cfr. l'art. 9 dell'allegato D della legge 20 marzo 1865, n. 2248). Parimenti nella legge del 1890 sulla Giunta provinciale amministrativa (art. 42, legge 17 giugno 1890, n. 6972) si parla di "ricorso al Re in via amministrativa", e l'espressione è immutata anche nei successivi testi unici sul Consiglio di Stato (T.U. 2 giugno 1889, n. 6166, artt. 12 e 28 e T.U. 17 agosto 1907, n. 638, artt. 12 e 26. Per vero, a partire dalla fine dell'Ottocento il legislatore ha iniziato ad utilizzare l'espressione *ricorso straordinario* o *ricorso in via straordinaria*, prima in leggi speciali (cfr. l'art. 1 della legge 30 luglio 1896, n. 234) e, successivamente, nello stesso regolamento di attuazione della legge sul Consiglio di Stato (cfr. l'art. 29 del regolamento 17 agosto 1907, n. 641). L'origine dell'aggettivo straordinario è, insomma, tutt'altro che certa "ma sembra che essa non sia da ricollegarsi alla natura dell'antico ricorso in via di grazia e giustizia (...) sebbene appunto alla abitudine corrente nella prassi e nella stessa dottrina di modellare il sistema della giustizia amministrativa (intesa in senso ampio, comprensiva dei ricorsi amministrativi) sul sistema della giustizia ordinaria. (...) Cosicché è del tutto verosimile che il ricorso si fosse venuto a qualificare come straordinario forse a similitudine del rimedio in Cassazione" (BACHELET, *Op. Cit.*, nota 46).

<sup>15</sup> Rileva Orlando: "che vi sia data la forma di un ricorso al re, si spiega con la tradizione storica dei governi monarchici non parlamentari, in cui una missione propria e, anzi, personale del sovrano, era di rendere giustizia al suddito contro il mal governo fatto dagli ufficiali della Corona, e, non di rado, anche in nome di essa. [ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E.Orlando, Vol. III, Milano, 1901, p. 697].

<sup>16</sup> Si vedano, sul punto, i lavori di RAGNISCO – ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, p. 316 e, più di recente, ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, II, 1387.

<sup>17</sup> Si veda, per tutti, il lavoro di BACHELET, *Op. Cit.*, p.70; ma anche TRAVI, voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato* in *Digesto Disc. Pubbl*, XIII, Torino, 1997; LANDI, *Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1964, IV, p. 5.

<sup>18</sup> Questi ultimi erano caratterizzati dal fatto che la decisione finale del sovrano era estrinsecata in un documento finale chiamato *placet*.

<sup>19</sup> Così GIOVANNINI, *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 64.

attribuite, nella sostanza, al potere esecutivo, nella persona del ministro competente in materia.<sup>21</sup>

E' bene, a questo punto, porre una precisazione: il ricorso straordinario non ha mai avuto alcuna relazione con l'evoluzione della giustizia amministrativa da "*ritenuta*" a "*delegata*" (evoluzione, come noto, portata a compimento solo nel 1889), ma, fin dalle origini, ha assunto un carattere diverso, non giurisdizionale, ma, come detto, tipicamente giustiziale. Del resto, a conferma di ciò sta il rilievo che anche la giurisprudenza più risalente, invece di sottolineare la prerogativa regia, poneva in luce la natura amministrativa del ricorso, riferendosi ad un reclamo alla "*amministrazione meglio informata*", la imparzialità della cui decisione era garantita non tanto dalla posizione apicale rivestita dal Re in seno all'organizzazione dello Stato, quanto, piuttosto, dal parere del Consiglio di Stato "*che serba il deposito delle tradizioni amministrative e non è né autore, né mallevadore degli atti che deve esaminare*"<sup>22</sup>.

Fino al 1859, comunque, nella legislazione piemontese non è dato rinvenire alcuna particolare distinzione tra il ricorso al Re in via gerarchica ed il ricorso al Re in via straordinaria<sup>23</sup>: soltanto nella legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 (legge, quest'ultima che pose le basi per la riorganizzazione del Consiglio di Stato), l'istituto, trovando una sua prima (sia pur sommaria ed imprecisa) regolamentazione, fu compiutamente distinto dal ricorso in via gerarchica<sup>24</sup>.

Le incertezze non vennero meno neppure con l'avvento del nuovo ordinamento dello Stato unitario: il ricorso straordinario non fu, infatti, regolato in modo esplicito, ma solo con uno sfuggevole richiamo -operato dall'art. 9, n. 4 dell'allegato D della legge 20 marzo 1865- che riproduceva con lievissime modificazioni il testo del predetto art. 15 della

---

<sup>21</sup> Il potere di decidere il ricorso straordinario non aveva più nulla a che vedere, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, con il potere del monarca assoluto. La graduale trasformazione del potere di decisione da prerogativa regia a competenza amministrativa del sovrano è parallela all'analogo processo subito dai poteri del monarca in altri campi, come, ad esempio, in quello delle dispense matrimoniali e della legittimazione dei figli naturali. L'atto del Re, considerato un tempo *lex specialis*, sindacabile solo sotto il profilo della competenza e della forma, fu, infatti, successivamente riconosciuto come atto amministrativo (cfr. sul punto, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, 1958, p. 264 e BODDA, *La dispensa*, Torino, 1943, pp. 32 ss.; più in generale, su tale processo, si veda, per tutti ZANOBINI, *Op. Cit.*, Vol. V, pp. 342 ss.) Rileva conclusivamente sul punto BACHELET, *Op. Cit.*, che "*in realtà (...) il ricorso straordinario era un ricorso non tanto al re, quanto al governo del re*".

<sup>22</sup> Cfr., Cons. di Stato, parere 7 aprile 1861.

<sup>23</sup> Tutti i progetti di legge sul Consiglio di Stato presentati tra il 1849 ed il 1854 (Progetto Pinelli, 1849; Progetto Galvagno, 1850; Progetto Rattizzi, 1854) non contenevano, infatti, alcun riferimento al ricorso al Re. Occorre, però, rilevare che una compiuta distinzione tra ricorso gerarchico -che involge un apprezzamento ed una cognizione di merito- e ricorso straordinario -che, al contrario, si fonda sulla legittimità del provvedimento gravato- fu elaborata solo successivamente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

<sup>24</sup> L'art. 15 della citata legge 3707 disponeva infatti che "*il Consiglio di Stato è necessariamente inteso (...) sui reclami che si facciano al Re contro la legittimità dei provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, pei quali siano già esaurite o non si possano proporre in via gerarchica domande di riparazione*".

legge 3707, limitandosi ad aggiungere l'obbligo di sentire il Consiglio dei Ministri quando la decisione assunta dal Re fosse stata difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato.

Ma è proprio in questo periodo (in quella "zona d'ombra" che va dalla legge abolitrice del 1865 alle riforme crispine del 1889) che l'istituto conobbe la sua massima fortuna: aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, il ricorso straordinario risultava, di fatto, l'unico strumento a disposizione dei *cives* contro la lesione, operata da provvedimenti amministrativi definitivi, di quella situazione soggettiva che, di lì a qualche anno, sarebbe stata cristallizzata nella formula dell'interesse legittimo<sup>25</sup>.

**3.2.** Con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (organo deputato - colmando il vuoto lasciato dalla legge del 1865- a sindacare in sede giurisdizionale la legittimità dei provvedimenti che avessero leso posizioni soggettive diverse dai "diritti civili e politici") coincide una prima crisi del rimedio straordinario.

La riforma dell'89, infatti, -nonostante le aspettative di molti- mantenne in vita il ricorso al Re che, per necessità di coordinamento, fu reso parallelo ed alternativo rispetto al ricorso per legittimità innanzi alla IV Sezione.

Ma, se in un primo tempo, anche in ragione degli originari dubbi circa la natura giurisdizionale della IV Sezione<sup>26</sup>, la scelta del legislatore apparve più che ragionevole<sup>27</sup>, le critiche di quanti ritenevano il ricorso straordinario uno strumento ormai inutile non tardarono a farsi sentire. Il rimedio, rilevava l'Orlando, *ha perduto ogni sua ragion d'essere. Si volle [dopo il 1889] conservarlo: 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*<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Non è questa la sede per tracciare l'evoluzione del concetto di interesse legittimo: può, tuttavia, rinviarsi ai lavori di SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'età liberale – la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, e a SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

<sup>26</sup> Per una ricostruzione del dibattito sul punto è ancora una volta opportuno il rinvio all'opera di SORDI, *Op. Cit.*, soprattutto pp.215 ss. .

<sup>27</sup> Ed, anzi, guardata con gli occhi di oggi, s'è rivelata in linea con le più moderne indicazioni di matrice comunitaria sulla necessità di una decisa differenziazione della tutela delle situazioni soggettive.

<sup>28</sup> ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E.Orlando, Vol, III, Milano, 1901, p. 710. Per vero neppure oggi, mancando chi, qualificando il ricorso straordinario come una sorta di relitto storico (o di inutile doppione) ne auspica la soppressione, predicandone la sostanziale inutilità ed illusorietà quale forma efficace di tutela: si vedano, sul punto SATTI F., *Giustizia Amministrativa*, Padova, 1997, p. 10-11; LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 1287. Rileva quest'ultimo che "non poco ha influito nel 1889 sulla conservazione del ricorso straordinario, non solo l'incertezza dottrinale sulla natura della funzione di giustizia amministrativa della IV sezione (...), ma in più il lealismo monarchico, allora tanto vivo anche in uomini d'estrazione repubblicana come Francesco Crispi, cui ripugnava, dove non vi fosse un'insormontabile necessità costituzionale, la soppressione di poteri formalmente propri della sacra persona del Re" [*Ibidem*, pp. 1286-1287].

Così, già nel 1897, il governo Di Rudinì presentò un disegno di legge (recante “*modificazione della legge organica sul Consiglio di Stato*”) con il quale si proponeva -tra le altre misure- l’abolizione del ricorso straordinario<sup>29</sup>. Nonostante il consenso parlamentare al progetto fosse pressoché unanime, le difficoltà politiche contingenti non consentirono di condurre in porto la riforma<sup>30</sup>.

La prospettiva mutò radicalmente solo nel 1906, quando il governo presieduto da Giovanni Giolitti, varò un disegno di legge (poi approvato con legge 7 marzo 1907, n. 62<sup>31</sup>) che, ribadendo nella sostanza la scelta del legislatore dell’89 benché, come evidenziato dalla dottrina pressoché unanime, quest’ultima fosse stata assunta *contro la logica del sistema*<sup>32</sup>-, non solo confermava la presenza del rimedio nell’ordinamento dello Stato, ma

---

<sup>29</sup> I motivi che indussero il Governo a proporre l’abolizione del rimedio -esposti dallo stesso Di Rudinì nella relazione che presentò al Senato il 4 maggio 1897 (relazione che può leggersi integralmente in *Atti del Senato del Regno*, XX Legislatura, I Sess., 1897, doc. 20 . La citazione, così come le altre di seguito citate, è riportata in BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 1959)- sono essenzialmente riconducibili alla constatazione che l’introduzione del principio di alternatività non aveva evitato il formarsi, nell’ambito dello stesso Consiglio di Stato, di due distinte correnti di giurisprudenza che, attraverso massime tra loro contrastanti, giudicavano differentemente casi tra loro identici.

<sup>30</sup> Il destino del ricorso straordinario, però, sembrava segnato: oltre alla già citata sovrapposizione con il ricorso giurisdizionale, infatti, un’altra ben più grave anomalia affliggeva l’istituto, deponendo a favore della sua soppressione. In origine, infatti, il rimedio poteva essere presentato senza limiti di termine: lasciando, così, l’Amministrazione esposta *sine die* ad un’eventuale azione di annullamento, con evidente frustrazione di ogni più elementare esigenza di certezza del diritto. L’assenza di un termine perentorio per l’esperimento del gravame rendeva, poi, concretamente inefficace una delle novità più significative introdotte dalla legge del 1889, vale a dire la sottoposizione del ricorso alla IV Sezione al rispetto di un brevissimo termine decadenziale (sul punto si vedano le considerazioni svolte da MARTIRE, *Il principio di alternatività fra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato nelle pronunce della Corte Costituzionale*, in *Foro Amm.*, 1967, III, 415, secondo il quale l’assetto prefigurato prima del 1907 era in grado di “*minare lo stesso sistema della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*”).

<sup>31</sup> L’iter parlamentare della legge non fu affatto semplice. Il Senatore Cavatola ebbe a dire: “*di questo parallelismo [fra i due ricorsi] si fa proprio una condizione sistematica del nostro ordinamento. Io trovo che è erronea questa maniera di considerare la cosa, perchè 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*” [*Atti del Senato del Regno*, XXII Legislatura, I Sess. 1904-1906, resoconti, p. 4999]. Ancora, il Senatore Luigi Rossi rilevò che il ricorso straordinario, dopo l’istituzione della IV Sezione “*non aveva più titolo di vita, onde il meglio che si possa fare è di abolirlo*” [*Ibidem*, tornata del 1 febbraio 1907, p. 4939]; nel corso del dibattito alla Camera l’On. Grippo ebbe a rilevare che “*il ricorso straordinario in via amministrativa può avere anche un valore, se non è accompagnato da un termine, perchè 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 allungato*” [*Atti della Camera dei Deputati*, XXII Legislatura, I Sess., tornata del 1 marzo 1907, vol. 233, p. 12492]. Nella sua replica al Senato del 4 febbraio 1907 [che può leggersi in *Atti del Senato del Regno*, XXII Legislatura, tornata del 1 febbraio 1907, p. 4956] Giolitti, sorvolando su tutte le critiche mosse al sistema, si limitò a rilevare che “*questa soppressione, a mio avviso, non sarebbe una buona cosa. Il ricorso straordinario al Re costituisce una giustizia gratuita, giacchè essa non costa che il foglio di carta per ricorrere al Governo*”.

<sup>32</sup> Rileva, sul punto, BACHELET, *Op. Cit.*, che “*in questo quadro [quello, cioè, venutosi a definire dopo l’istituzione, con funzioni giurisdizionali, della IV Sezione] non si riesce a vedere qual posto abbia, nell’armonia del sistema, il ricorso straordinario. Esso avrebbe, ed in fatto ha avuto, una sua funzione essenziale nel sistema di giurisdizione unica, inteso al modo della legge 20 marzo 1865 (...) e in quel sistema l’istituto si inquadra in piena armonia. (...) Ma una volta istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato e stabilita la tutela giurisdizionale degli interessi, a questa seconda funzione, di sindacato sulla legittimità dei provvedimenti definitivi, provvedeva ormai assai più egregiamente lo stesso Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. (...) E’ ovvio allora che i due rimedi si sovrappongono: e la alternatività non è che*

ne accentuava (prevedendo un termine perentorio per la sua presentazione e stabilendone l'obbligo di notifica) il parallelismo con il ricorso giurisdizionale.

La riforma del 1907 (il cui impianto, passato indenne attraverso la fase costituente post bellica, è rimasto sostanzialmente immutato sino ai giorni nostri) trovava le proprie fondamenta in due, concorrenti, ordini di ragioni. In primo luogo, come detto, il rinnovato parallelismo con il ricorso alla IV Sezione, assegnava al ricorso straordinario una nuova e più ampia legittimazione; in secondo luogo, a favore della permanenza del rimedio, militarono ragioni eminentemente pratiche<sup>33</sup>: il ricorso straordinario era, in effetti, già all'epoca rimedio dalle forme semplici e dai costi contenuti<sup>34</sup>.

**3.3.** E' opportuno soffermare ancora un poco l'attenzione sull'assetto del sistema, così come rinveniente dalle scelte del 1889 e del 1907.

Com'è stato correttamente sottolineato, *“il parametro di riferimento attraverso il quale decifrare l'eventuale illogicità della scelta [del legislatore del 1889 e del 1907] è probabilmente costituito dalle conseguenze dell'accoglimento -da parte della legge del 1889- di una concezione oggettivistica della giustizia amministrativa”*<sup>35</sup>.

Così, se la IV Sezione fu istituita -come ebbe a rilevare Vincenzo Caianiello- *“per fornire una risposta ad una domanda di arricchimento di tutela del cittadino”*<sup>36</sup>, è pur vero che *“ci si avviava verso una giurisdizione di tipo obiettivo”* 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”*<sup>37</sup>.

Il processo amministrativo fu, cioè, costruito sull'atto: il sindacato giurisdizionale era teso non tanto alla tutela del ricorrente, quanto, piuttosto, alla verifica della conformità dell'atto impugnato con le norme che regolano il potere di cui l'atto era espressione.

---

*l'espedito per evitare tale sovrapposizione; ma la logica del sistema avrebbe richiesto l'abolizione del ricorso straordinario.”*

<sup>33</sup> Le stesse ragioni pratiche, ancora nel 1931, consentivano a Santi Romano di rilevare che *“è noto a quali critiche, in verità un po' troppo semplicistiche, è stato fatto segno questo antico istituto, che alcuni ormai ritengono sorpassato e reso superfluo dalla nuova e più completa organizzazione della giustizia amministrativa contenziosa. Tuttavia, il largo numero di ricorsi straordinari che vengono presentati, dimostra, meglio di qualsiasi considerazione astratta e teorica, che essi rappresentano ancora un mezzo (...) 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”* [ROMANO SANTI, *Le funzioni ed i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato – studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 20].

<sup>34</sup> L'argomento dell'economicità era, effettivamente, argomento ricorrente nella dottrina del tempo: si vedano, in tal senso BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, p. 85; SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Palermo, 1947, Vol. I, p. 56; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 110. Nella dottrina più recente, al contrario, non è dato rinvenire riscontri simili, attesa la prassi di servirsi, comunque, del ministero di un difensore anche per la proposizione di ricorsi straordinari.

<sup>35</sup> GIOVANNINI, *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>36</sup> Così CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 78.

<sup>37</sup> Così BENVENUTI, Voce *Giustizia Amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970.

L'interesse sostanziale del ricorrente -originario motore del ricorso straordinario- svolgeva a livello giurisdizionale la sola funzione di "situazione legittimante al ricorso"<sup>38</sup>, utilizzata dal giudice per ristabilire, attraverso l'eventuale annullamento dell'atto impugnato, la conformità dell'attività amministrativa alla legge<sup>39</sup>.

Diversamente, il ricorso straordinario aveva come centro gravitazionale non l'azione amministrativa in quanto tale, ma il cittadino, essendo diretto sin dall'origine non tanto alla mera cognizione dell'atto, quanto al sindacato sul rapporto. La struttura del rimedio precorreva, così, quella concezione soggettivistica del processo amministrativo che sono in tempi recenti s'è affermata nel nostro sistema della giustizia amministrativa.

Ma c'è di più. Se è vero, che la via del ricorso straordinario appariva ai più, per le ragioni già viste, come un'illogica duplicazione, è pur vero che l'argomento che traeva fondamento dalla pretesa natura amministrativa della IV Sezione cadde ben presto a confronto con l'orientamento contrario inaugurato nel 1893 dalla Cassazione<sup>40</sup>.

Veniva così a cadere un ulteriore motivo di avversione contro la permanenza del ricorso straordinario: l'uno, infatti, veniva deciso da un organo giurisdizionale, l'altro - quello straordinario- da un organo amministrativo.

---

<sup>38</sup> L'espressione è di ROMANO ALB., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Napoli, 1996, pp. 57 ss., il quale rileva, che "è evidente quale sia il ruolo che a tale interesse sostanziale deve assegnarsi nel processo amministrativo: quello 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. I parametri alla stregua dei quali viene valutata la legalità, e più precisamente la legittimità del provvedimento stesso, consistono in norme giuridiche che nulla hanno a che vedere con quelle necessariamente primarie, se si vuole appartenenti all'ordinamento generale, le quali definiscono la suddetta situazione legittimante: perché costituiscono il complesso delle norme regolamentari (...) che hanno tutt'altro oggetto e scopo; che vincolano l'Amministrazione ad esercitare i propri poteri, in vista del miglior perseguimento degli interessi pubblici a questi intrinseci (...). Di qui -conclude l'Autore- il carattere necessariamente oggettivo del sindacato affidato al giudice amministrativo: nel senso che questo circoscrive la propria valutazione al provvedimento impugnato, e alla sua oggettiva rispondenza o meno al complesso delle norme di azione cui doveva conformarsi; prescindendo, quindi, da ogni considerazione della sua lesività pure di interessi individuali che di quelle norme eventualmente fossero risolti soggetti" [cfr. *Ibidem*, pp. 95-96].

<sup>39</sup> Il passaggio dalla cognizione dell'atto al sindacato sul rapporto, l'acquisita centralità assunta dal cittadino nel rapporto con l'amministrazione (e, dunque, il graduale passaggio da una concezione oggettivistica ad una concezione soggettivistica della giustizia amministrativa) è affare dei giorni nostri, certamente neppure ipotizzabile -quantomeno nel contenuto attuale- nel 1889. Non è certamente questa la sede più opportuna per una trattazione -più o meno esaustiva- delle modifiche che hanno caratterizzato lo sviluppo del nostro sistema di giustizia amministrativa. Sia, dunque, consentito il rinvio al già citato lavoro di ROMANO ALB., *Op. Cit.*, e, per un panorama completo delle innovazioni, a CLARICH, *La Giustizia*, in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, diritto amministrativo generale, Vol. II, Milano, 2003, pp. 1713 ss. ed agli ampi riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>40</sup> orientamento inaugurato con la sentenza delle SS.UU., 21 marzo 1893, ora in *Foro Amm.*, 1989, pp. 3499 ss., e mai più abbandonato. Interessanti, sul punto, le considerazioni critiche svolte da CANNADA BATOLI [ID, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1991], secondo cui le argomentazioni, tutt'altro che rigorose, poste dalle SS.UU. a sostegno delle proprie argomentazioni erano mosse più dalla preoccupazione di difendere la giurisdizione dell'ordine giudiziario dalle invasioni dell'amministrazione, che da autentico rigore scientifico.

Un'altra considerazione utile alla convivenza dei due istituti risiedeva nella *qualità* del sindacato esercitabile sull'atto. Nel 1889, infatti, solo la IV Sezione era vincolata al tassativo rispetto dei vizi di legittimità: in altri termini lo scrutinio sull'atto effettuato in sede di ricorso straordinario risultava assai più penetrante di quello effettuato in sede giurisdizionale, con la conseguenza di soddisfare maggiormente le aspettative di giustizia del ricorrente<sup>41</sup>.

Un'ultima questione è inerente alla condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese del procedimento giurisdizionale. Secondo un orientamento consolidato<sup>42</sup>, infatti, l'amministrazione quale "*organo pubblico preposto alla salvaguardia della legge*" non poteva in alcun caso assumere la veste di parte soccombente e, conseguentemente, non poteva essere condannata al pagamento delle spese di lite<sup>43</sup>. Le spese dell'eventuale azione -a prescindere dall'esito- sarebbero così ricadute sulla sola parte privata: un motivo in più dunque, quello dell'economicità, per scegliere il ricorso straordinario.

**3.4.** Se la permanenza del ricorso straordinario nell'ordinamento fu giustificata (nei termini appena detti) anche in ragione della sua acclarata utilità pratica, l'assenza nello Statuto Albertino di una esplicita copertura costituzionale del sistema della giustizia amministrativa rendeva certo più semplice l'opera di chi, come Santi Romano, considerava il rimedio un mezzo "*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*"<sup>44</sup>.

**3.4.1.** Ma, una volta garantito (almeno in parte) dalla Costituzione repubblicana il sistema della giustizia amministrativa, si pose il sostanziale problema "*se per questa via non si riaffacci la questione della possibile incostituzionalità del ricorso straordinario*"<sup>45</sup>.

La questione fu posta, all'indomani dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, primo fra tutti, dall'Agrò<sup>46</sup> che ricostruì l'incostituzionalità del rimedio facendo leva sullo stretto legame funzionale sussistente tra il ricorso straordinario ed il potere monarchico.

---

<sup>41</sup> Come è stato sottolineato, a conforto della maggiore *invasività* della tutela offerta dal ricorso straordinario, il giudizio di legittimità era, perlomeno fino al 1892, inteso dalla IV Sezione, in modo assai restrittivo. Si vedano, sul punto, le considerazioni di FOLLIERI., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, Milano, 1990, p. 466.

<sup>42</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 14 gennaio 1892, n. 18, in *Giust. Amm.*, III, 1892, I, 35: l'indirizzo espresso nella decisione rimase costante, sia pur con alcuni temperamenti, fino al 1907. Sul punto si veda FOLLIERI., *Op. Cit.*, p. 446.

<sup>43</sup> La situazione è, ovviamente, incomprensibile per i giorni nostri. All'epoca, però, nel vigore del Regolamento di procedura n. 6516 del 1889 solo le parti soccombenti potevano essere condannate al pagamento delle spese.

<sup>44</sup> ROMANO SANTI, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>45</sup> BACHELET, *Op. Cit.*, p. 812.

<sup>46</sup> AGRÒ, *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, 1948, fasc. 10, pp. 1 ss. . A dire il vero la questione della permanenza del "*ricorso straordinario al Re*" fu sollevata ancor prima dal BORSI, *Sui ricorsi straordinari al Re al momento della proclamazione della Repubblica e sui ricorsi analoghi eventualmente istituibili*, in *L'amministrazione It.*, 1946, p.168.

L'assenza, in materia, di un'esplicita disposizione costituzionale -argomentava l'Autore- impediva l'attribuzione al Capo dello Stato di una funzione precedentemente già attribuita al sovrano.

La censura ebbe poca fortuna nella dottrina del tempo<sup>47</sup>: premesso che l'art. 87 della Costituzione -rilevava Sandulli - "*non ha altra funzione che quella 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*"<sup>48</sup>. A ciò si aggiunga che, come detto, ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, la funzione del sovrano era meramente simbolica, essendo, di fatto, il potere decisorio attribuito al Governo.

Ma il vero perno della critica alla permanenza nell'ordinamento del ricorso straordinario era la sostanziale copertura costituzionale del sistema della giustizia amministrativa offerta dall'art. 113 Cost. .

Sandulli superò l'obiezione rilevando, da un lato, che il ricorso straordinario "*è un mezzo extra iuris ordinem, sprovvisto delle caratteristiche proprie del rimedio assistito da guarentigie giuridiche*"<sup>49</sup> e, dall'altro, rilevando che "*l'art. 113 non riguarda tutti gli atti amministrativi, ma soltanto quelli che abbiano leso un diritto o un interesse legittimo*" mente "*il contenuto della decisione di un ricorso straordinario contro atti lesivi di interessi legittimi, la quale non soddisfi le 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 della decisione del ricorso*"<sup>50</sup>. E ciò in quanto l'art. 113 non sarebbe destinato "*a proteggere le situazioni alla cui tutela in via giuridica si sia*

---

<sup>47</sup> Al di là dei problemi di compatibilità costituzionale che si diranno nel prosieguo, la quasi unanimità della dottrina del tempo ammetteva -più o meno implicitamente- la permanenza del ricorso straordinario nell'ordinamento repubblicano. Si vedano, sul punto, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol II, Milano, 1958, p.102; SANDULLI, *Op. Cit.*; ID, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1959, pp. 577 ss.; VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1955, II, p. 437; ROCCO, *Un triennio di lavoro del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 1951, IV, p. 74; ROHERSSEN, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: sopravvivenza o abolizione?*, in *Rass. Dei LL.PP.*, n. 11, 1957; SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 42; MARCHI, *Il Capo dello Stato*, in *Commentario alla Costituzione Italiana* diretto da LEVI e CALAMANDREI Firenze, 1950, Vol. II, p.119; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p.874; VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1953, p. 297; PERGOLES, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1955, p. 193; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1956, p. 367; ANDRIOLI *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi*, in *Riv. Degli infortuni e delle malattie professionali*, 1954, I, p. 172; CIARDULLI, *Op. Cit.*, pp. 3 ss.; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, p. 625; LESSONA, *La giustizia nell'amministrazione*, Bologna, 1956, p. 66 in nota; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 131 ss.; DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1956, pp. 253 ss. .

<sup>48</sup> SANDULLI, *Op. Cit.*,p. 401. Per vero l'Autore aveva già sostenuto la tesi dell'ammissibilità del ricorso straordinario in un suo precedente lavoro: ID, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Studi in onore di Carnelutti*, Padova, 1950, IV, p. 237. La tesi è poi stata ribadita in tutte le successive edizioni del *Manuale*.

<sup>49</sup> SANDULLI, *Op. Cit.*,p. 402.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 402.

*rinunziato, o in relazione alle quali si sia decaduti dal potere di avvalersi dei mezzi di garanzia giuridica*<sup>51</sup>.

Diversamente Mario Nigro, dopo aver classificato la decisione del ricorso straordinario tra quelle aventi natura finale<sup>52</sup>, ammetteva che *“per il parallelismo al ricorso giurisdizionale, cioè per questa sua funzione vicariante, il ricorso straordinario si presenta come una anomalia nel sistema, anomalia tanto più grave dopo l’entrata in vigore della nuova costituzione”*<sup>53</sup>. Non si potrebbe, insomma, sfuggire alla seguente alternativa: o la pronuncia sul ricorso straordinario ha natura giurisdizionale, ed allora sarebbe necessario ammetterne l’impugnabilità per Cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost, oppure, predicandosene la natura amministrativa, non potrebbe non ammettersi, ai sensi dell’art. 113 Cost., l’impugnabilità di quest’ultima innanzi al Consiglio di Stato, riconoscendo, però, al contempo, che questa conclusione è tale *“da snaturare gravemente l’istituto e vulnerare sensibilmente la definitività dell’atto amministrativo”*<sup>54</sup>.

**3.4.2.** Alle ragioni di ordine sistematico si aggiunsero ben preso anche ragioni squisitamente pratiche.

Il principio di alternatività (vero fulcro della riforma del 1907) comportava due conseguenze: per un verso era preclusa al ricorrente (ed ai cointeressati) la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento già sottoposto a cognizione giustiziale; dall’altro era fatto divieto ai medesimi soggetti di impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisorio del ricorso straordinario se non per vizi di forma e procedura. *Una electa via, insomma, non datur recursus ad alteram.*

Così la libera scelta del rimedio straordinario si traduceva per il ricorrente nell’impossibilità di ottenere tutela giurisdizionale e per i cointeressati nella rinuncia al diritto di opposizione<sup>55</sup>. Nulla, però, era stabilito con riguardo ai controinteressati: non erano, infatti, nominati nell’art. 34 del T.U. sulle leggi del Consiglio di Stato, ed erano - ormai per indirizzo consolidato- vincolati alla scelta del ricorrente.

La limitazione al diritto di difesa di questi ultimi era così doppia (e doppiamente iniqua): da un lato non era data loro facoltà di esercitare il diritto di opposizione alla via straordinaria e, dall’altro, era preclusa l’impugnativa del decreto decisorio se non per vizi

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>52</sup> Decisioni, cioè, che concludendo l’azione amministrativa, producono gli effetti giuridici finali propri della fattispecie. Sul punto l’elaborazione di Nigro risente certamente dell’opera di GIANNINI, per cui si veda il lavoro [ID] *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro Amm.*, 1946, I, 160.

<sup>53</sup> NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953, p. 86.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>55</sup> Per una ricostruzione completa della posizione dei controinteressati nell’ambito del ricorso straordinario può rinviarsi, per tutti, a MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e garanzia costituzionale della giurisdizione per i controinteressati*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, 1972, pp. 1083 ss.

di forma e procedura<sup>56</sup>. Il contrasto con l'art. 113 era palese: fu sanato dal Giudice delle Leggi<sup>57</sup> che dichiarò incostituzionali i commi 2 e 3 del menzionato art. 34 nella parte in cui “non assicura[vano] ai controinteressati la possibilità di tutela giurisdizionale”.

Veniva così assicurata ai controinteressati la possibilità di impugnare *a tutto tondo* in sede giurisdizionale il decreto decisorio, ma, al contempo, veniva profondamente minata la reale utilità del rimedio straordinario.

La situazione di squilibrio però più che sanata era solo stata spostata: se prima il controinteressato era impotente di fronte alla scelta operata dal ricorrente, ora la situazione veniva ribaltata. Il ricorrente, infatti, ove vittorioso sarebbe stato comunque esposto al rischio di un'impugnazione del decreto in sede giurisdizionale, e, ove soccombente, non avrebbe goduto di alcun potere di reazione.

Come spesso la storia della giustizia amministrativa ha insegnato, le lacune lasciate dal legislatore (o, il che è lo stesso, dal Giudice delle Leggi) furono presto colmate dall'opera di dottrina e giurisprudenza.

Fu così che le medesime disposizioni dettate dalla Corte Costituzionale per i controinteressati furono progressivamente, non senza però qualche piccata puntualizzazione da parte della Corte<sup>58</sup>, ritenute applicabili anche nei confronti del ricorrente e dei cointeressati<sup>59</sup>. L'Adunanza Plenaria, con la decisione n. 11 del 1967<sup>60</sup>, pose definitivamente fine alla questione, equiparando in tutto e per tutto le posizioni di cointeressati e controinteressati<sup>61</sup>.

Ultimo passo fu la definitiva positivizzazione dell'istituto avvenuta, come noto, con il DPR n. 1199 del 1971 che, per un verso, posizionò definitivamente il rimedio nella schiera dei ricorsi amministrativi e, per l'altro, recependo gli indirizzi espressi in materia dalla

---

<sup>56</sup> Cfr, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 26 maggio 1961, n. 12, in *Foro Amm.*, 1961, I, 1346.

<sup>57</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 1 febbraio 1964, n.1, in *Foro It.*, 1964, I, 241 ss., ma anche in *Giur. Cost.*, 1964, pp. 3ss., con nota adesiva di BACHELET, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del contro interessato alla decisione del ricorso straordinario*; nonché in *Foro Amm.*, 1964, II, pp.3 ss., con nota di CANNADA BARTOLI, *Minima osservazione su taluni problemi connessi alla tutela giurisdizionale dei contro interessati nel ricorso straordinario*.

<sup>58</sup> Corte Costituzionale che, nella successiva sentenza n. 78 del 1966, ebbe a rilevare, nei riguardi del ricorrente, che “l'alternatività sollecita l'autonomia soggettiva e (...) non intacca il precetto costituzionale che garantisce la tutela giurisdizionale”, affermando perentoriamente che “la legge offre, in seno allo stesso ordinamento amministrativo una protezione ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi che si aggiunge a quella giurisdizionale quando la parte ritiene di farne a meno o da essa è decaduta”.

<sup>59</sup> Sul punto si vedano le considerazioni di MARTIRE, *Op. Cit.*, p. 187, il quale giunse ad affermare che “non è difficile pronosticare la sorte delle norme medesime, una volta rimesse al giudizio della Corte anche in relazione al ricorrente ed agli altri soggetti cointeressati: la loro completa caducazione!”. Sulla stessa linea di pensiero, ma certamente più cauto, BACHELET, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario*, nota a *Corte Cost.*, 1 febbraio 1964, n. 1, in *Giur. Cost.*, 1964, pp. 3 ss. .

<sup>60</sup> Si tratta della Ad. Plen., 28 settembre 1967, n. 11, in *Cons. Stato*, 1967, I, 1566.

<sup>61</sup> Dubbi di non poco momento furono espressi, in ordine alla posizione di sostanziale eguaglianza riconosciuta a cointeressati e controinteressati da MAZZAROLLI, *Op. Cit.*, p. 1090.

giurisprudenza (consultiva e non) del Consiglio di Stato e dalla dottrina, dettò la disciplina tutt'oggi (almeno in parte) vigente.

4. Premesso che, almeno sino al 1971, gli sforzi del legislatore e della giurisprudenza sono tutti stati diretti verso la ricerca di un sempre maggiore parallelismo tra l'antico rimedio giustiziale e l'attività giurisdizionale, è certo che se il rimedio può considerarsi *non incompatibile* con l'art. 113 Cost., non per questo motivo, però, l'istituto può dirsi assorbito nel sistema di tutela *giurisdizionale* dei diritti e degli interessi legittimi verso gli atti della Pubblica Amministrazione facente capo allo stesso art. 113<sup>62</sup>.

In quest'ottica è allora necessario indagare la *natura* del rimedio straordinario, ponendo attenzione non solo alla sua qualificazione *formale*, ma anche (e, si vorrebbe dire, soprattutto) al suo inquadramento *sostanziale*. E ciò nel dichiarato intento di verificare le conclusioni raggiunte alla luce del nuovo impianto normativo dettato dalla l. 69.

Si vuole, cioè, accertare se -al di là dell'*abito amministrativo*- il ricorso straordinario possa o meno rivestire i panni (e le garanzie) di un rimedio giurisdizionale, ovvero se debba *in toto* soggiacere alle prescrizioni imposte dall'ordinamento in relazione alla fattispecie (atto amministrativo) di riferimento.

L'alternativa può astrattamente porsi fra due poli: il primo rappresentato dal carattere formalmente e sostanzialmente amministrativo del rimedio, il secondo, invece, dalla natura giurisdizionale (almeno sotto il profilo sostanziale) dell'istituto<sup>63</sup>.

4.1. Conviene prendere le mosse dall'analisi dei principi che -nel corso del tempo- il Giudice delle Leggi ha enucleato in materia.

Negli arresti più risalenti<sup>64</sup> la Corte, ebbe a rilevare come, pur trattandosi "*senza dubbio di un ricorso amministrativo*", il ricorso straordinario fosse "*un rimedio singolare, anomalo, alternativo al ricorso giurisdizionale, e -indipendentemente dalla sua genesi storica e dall'originaria natura della decisione sovrana cui in altri tempi dava luogo- caratterizzato da uno speciale procedimento contenzioso sui generis, con limitato contraddittorio, che si svolge interamente a livello governativo, e si conclude con un decreto del Capo dello Stato, -atto ministeriale, non di prerogativa-, di cui il Ministro*

---

<sup>62</sup> Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricorda la Corte Costituzionale, "*è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di irocervo giuridico*".

<sup>63</sup> Concordano sull'affermata natura giurisdizionale del ricorso al Presidente della Repubblica, così come modificato dalla l. 69, sia CARBONE, *Op. Cit.*, che PIGNATELLI, *Op. Cit.*, secondo cui, con l'innovazione legislativa, "*il legislatore ha voluto trasformare la natura del procedimento del ricorso straordinario, rendendolo un rimedio giurisdizionale*".

<sup>64</sup> Decisioni n. 78 del 1966 e 31 del 1975

*proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma la responsabilità politica e giuridica”.*<sup>65</sup>

E', però, certamente con la decisione 31 dicembre 1986, n. 298 che la Corte ha, più che in ogni altra occasione, messo adeguatamente in luce i caratteri essenziali dell'istituto.

Partendo dalla considerazione (già ribadita, peraltro, dalle precedenti decisioni n. 31 del 1975 e 148 del 1982) che *“il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un istituto singolare, anomalo, che unisce a spiccati caratteri amministrativi un procedimento contenzioso sui generis finalizzato alla risoluzione non giurisdizionale di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi definitivi”*, la Corte rilevò come il rimedio, nonostante l'ampia riforma del 1971, avesse *“conservato la natura del tutto atipica che quest'istituto ha assunto sin dall'epoca della monarchia costituzionale”*.

Il carattere amministrativo del procedimento, ricordava la Corte, *“risulta tuttavia temperato dall'esigenza derivante dal fatto che si è pur sempre in presenza di un meccanismo di risoluzione di una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di diritti o di interessi legittimi e, soprattutto, in considerazione di una caratteristica peculiare dell'istituto: la sua alternatività, peraltro attenuata nel tempo, rispetto al ricorso giurisdizionale. Beninteso, siffatti caratteri non sono tali da far tramutare il ricorso straordinario in un procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale e, quindi, in una dichiarazione del diritto diretta a far stato fra le parti e pronunciata da un organo istituzionalmente imparziale”*.

Ma, per quanto tale temperamento potesse giocare un ruolo di primo piano la Corte ribadì con forza la natura eminentemente amministrativa del rimedio: *“prova ne sia che, tanto per ricordare gli elementi più importanti, la complessività disciplina legislativa del procedimento manca di alcune fondamentali caratteristiche delle attività giurisdizionali,*

---

<sup>65</sup> Come già nel preesistente ordinamento (cfr. artt. 14 e 16, n.4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, e artt. 36,54 e seguenti, 60- 61 del regolamento approvato con r.d. 21 aprile 1942, n. 444), anche nelle disposizioni, sotto altri aspetti innovative, dettate dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (Cap. III, artt. 8-15), l'intero procedimento istruttorio e decisionale era, infatti, affidato alla competenza esclusiva dei Ministri e del Governo. L'organo che ha emanato il provvedimento definitivo impugnato col ricorso -precisava la Corte- *“quando questo sia ad esso presentato, è tenuto a trasmetterlo immediatamente al Ministro competente, “al quale riferisce” (art. 9, comma terzo); ma l'istruttoria del ricorso e la trasmissione al Consiglio di Stato per il parere, sono attribuite al Ministero competente (art. 11, primo comma), ovvero alla Presidenza del Consiglio, quando il ricorso abbia ad oggetto “atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero” (art. 11, terzo comma). Il Consiglio di Stato, ove ritenga incompleta l'istruttoria o insufficiente la documentazione, può richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti, ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni, nonché occorrendo, mandare allo stesso Ministero di ordinare l'integrazione del contraddittorio (art. 13, primo comma). Infine, la decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente, o del Presidente del Consiglio, che, ove intendano proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, debbono sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri (art. 14, primo comma)”*.

*quali, ad esempio, la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente”.*

In realtà, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricorda la Corte, “è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di *ircocervo giuridico*”.

**4.2.** Se quelli appena descritti (e confermati, peraltro, da tutta la giurisprudenza costituzionale successiva: cfr. le ordinanze nn. 56 e 301 del 2001, e la già citata decisione 254 del 2004) sono i caratteri essenziali dell'istituto risultanti da una lettura costituzionalmente orientata del sistema normativo dettato dal d.P.R. 1191, risulta chiaramente come il ricorso straordinario (quantomeno nel suo assetto precedente la novella legislativa del 2009), se per un verso non può in alcun modo essere assimilato ad un istituto *tout court* giurisdizionale, non possa, tuttavia, essere inquadrato neppure come atto di amministrazione attiva.

Se è vero, infatti, che la decisione del ricorso è giuridicamente imputabile ad un organo politico-amministrativo<sup>66</sup> (e che questo carattere appare addirittura accentuato nel caso, in cui gli organi di governo intendano discostarsi dal parere del Consiglio di Stato e adottino in conseguenza un'apposita deliberazione del Consiglio dei Ministri), tuttavia ciò non è di per se sufficiente ad inserire il rimedio nell'ambito degli istituti di amministrazione attiva. Amministrazione attiva che -ha puntualizzato la Corte- “*tanto nella sua forma più comune quanto sotto specie di autotutela, è caratterizzata nella sua essenza dal perseguimento degli specifici fini e dalla soddisfazione dei particolari interessi che la legge attribuisce alle singole amministrazioni pubbliche*”.

Detto altrimenti: un conto è curare nel modo migliore gli assetti ambientali, altro è dirimere i conflitti insorgenti in materia ambientale: nel primo caso si è di fronte a un'attività della Pubblica Amministrazione di natura discrezionale diretta allo specifico fine predeterminato dalla legge, nel secondo ricorre invece un'attività di mera applicazione del diritto oggettivo o, comunque, un'attività diretta a soddisfare un interesse particolare diverso da quelli attribuiti, in via generale, alle singole amministrazioni.

Che, poi, nel caso del ricorso straordinario si tratti di attività (amministrativa) diretta all'applicazione del diritto oggettivo è dimostrato “*tanto dal fatto che gli organi decidenti, pur essendo istituzionalmente i massimi organi di direzione politico-*

---

<sup>66</sup> Mentre l'intervento del Consiglio di Stato è pur sempre costituito da un parere, che, anche se rappresenta normalmente il contenuto della decisione, è comunque, dal punto di vista giuridico, espressione di una funzione consultiva obbligatoria, ma non vincolante.

*amministrativa, sono tenuti nella specie a motivare sul punto di diritto, quanto dal fatto che la sezione del Consiglio di Stato investita del parere possa rimettere la questione alla Adunanza Generale onde evitare contrasti giurisprudenziali”.*

Il ricorso straordinario si distingue, così, nettamente dai ricorsi amministrativi ordinari e da tutte le altre espressioni di amministrazione attiva in forma contenziosa.

E tale distinzione non risulterebbe vanificata neppure nel caso (oggi, dopo la novella, precluso) in cui il Consiglio dei Ministri adottasse un'autonoma decisione in difformità dal parere del Consiglio di Stato: quest'ultima, infatti, andrebbe letta come *“una clausola di salvaguardia che il Governo, nella sua più comprensiva collegialità, cioè come Consiglio dei Ministri, può attivare quando, a suo giudizio, sia prospettata una decisione del caso concreto che possa arrecare pregiudizio al buon andamento della Pubblica Amministrazione o all'indirizzo politico”.*

Tale previsione normativa, se per un verso preclude(va) ogni possibilità di configurare il ricorso straordinario come atto formalmente o sostanzialmente giurisdizionale<sup>67</sup>, dall'altro *“si armonizza perfettamente con le forme di garanzia rappresentate dai principi costituzionali vigenti sulle attività amministrative, attività fra le quali indubbiamente rientra, seppure in una posizione del tutto peculiare, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”.*

Il consolidato indirizzo della Consulta sembra(va), dunque, imporre all'interprete un'unica via<sup>68</sup>: quella che conduce alla natura amministrativa<sup>69</sup> del rimedio.

---

<sup>67</sup> La volontà di contenere il ricorso straordinario all'interno della funzione amministrativa, rileva ESPOSITO, *“si giustifica, probabilmente, in rapporto alla preoccupazione che il crisma di giurisdizionalità possa accrescere indebitamente -e, soprattutto, in contrasto con l'ordine costituzionale delle competenze- le funzioni dell'Esecutivo”.* Ma, rileva l'A., *“pure questo proposito rischia di generare risultati con esso esattamente contrastanti, essenzialmente rappresentati dalla sostanza giurisdizionale degli effetti della decisione, vestita però di forma amministrativa”* [Op. Cit., p. 2256].

<sup>68</sup> Qualche disaccordo può registrarsi in ordine alla categoria dogmatica cui iscrivere il ricorso straordinario: la quasi totalità della dottrina (sulla scorta delle argomentazioni della Corte Costituzionale) concorda circa la riconduzione del rimedio, pur con tutte le anomalie proprie del caso, ad un procedimento amministrativo di natura contenziosa, diretto *ius dicere* nel caso concreto ed a porre rimedio, all'interno dell'apparato amministrativo, alle illegittimità riscontrate nell'azione amministrativa. Isolata è la tesi di BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 250, secondo cui la decisione del ricorso straordinario costituirebbe un atto di autotutela politica e non contenziosa.

<sup>69</sup> Anche la dottrina e la giurisprudenza (che pure non hanno mancato di sottolineare il progressivo processo di *giurisdizionalizzazione* dell'istituto) concordano con tale impostazione: l'analisi delle decisioni rese in materia dai giudici amministrativi mette in luce l'estrema difficoltà nel rinvenire sentenze in cui il problema della natura giuridica del ricorso straordinario venga affrontato *ex professo*, tanto è ormai consolidato l'orientamento che tende a riconoscere allo stesso carattere amministrativo. Il più delle volte le decisioni dei giudici amministrativi risultano conseguenti all'opzione di principio iniziale: così, come visto *supra*, si esclude che il Consiglio di Stato in sede di esame di un ricorso straordinario possa sollevare una questione di legittimità costituzionale, atteso che l'ingresso alla Corte Costituzionale in via incidentale è possibile solo a partire da un giudizio tenuto davanti ad un'autorità giurisdizionale; così pure la riconosciuta natura amministrativa del rimedio costituisce la ragione per cui si nega che il termine perentorio di impugnazione in via straordinaria rimanga sospeso durante il periodo feriale [cfr. Cons. Stato, Ad. gen., 22 febbraio 1968, n. 162; Cons. Stato, Sez. I, 12 marzo 1976, n. 1598/75; T.A.R. Toscana, 30 aprile 1981, n. 196; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 17 dicembre 1981, n. 440; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 7 gennaio 1983, n. 1]. Ed ancora: è opinione consolidata che il decreto decisorio debba essere sottoposto al vaglio della Corte dei Conti [Corte dei Conti,

Si potrebbe conclusivamente affermare, per dirla con Giannini, che trattasi di un “*procedimento amministrativo di riesame giustiziale*”<sup>70</sup>.

Emerge, così, il *genus* di riferimento nel quale può sussumersi il rimedio straordinario: l’amministrazione giustiziale<sup>71</sup>.

Il tema, per quanto tradizionalmente definito ed inquadrato nella manualistica<sup>72</sup>, resta nondimeno -com’è stato rilevato- una sorta di “*oggetto misterioso*”, inserito in un contesto “*di cui è incerta non soltanto l’attitudine al conseguimento di effettivi risultati positivi, ma anche alla radice, la reale natura e consistenza*”<sup>73</sup>.

Al fondo del concetto di amministrazione giustiziale (e, prima ancora, di funzione giustiziale) riposa una ambivalenza strutturale: pur preordinata a soddisfare esigenze concrete di giustizia, essa si inserisce nel quadro dell’ordinamento generale, sebbene in un ordine particolare (quello amministrativo), che difetta della terzietà caratterizzante la giurisdizione in senso proprio. In ragione di ciò, i rimedi dell’amministrazione giustiziale costituiscono “*forme di tutela volte a realizzare la massima garanzia di imparzialità, compatibilmente con i caratteri della funzione amministrativa*”<sup>74</sup>.

Se, dunque, per un verso, l’esperienza dell’amministrazione giustiziale non è riconducibile al paradigma della giurisdizione (mancando, a tacer d’altro, delle garanzie costituzionali che di questa costituiscono il fondamento), per altro verso neppure può essere, però, ricondotta nell’alveo dell’attività amministrativa propriamente intesa. E’ in

---

Sez. contr. Stato, 1981, II, 1109. Si consideri però che per effetto dell’art. 3, Legge 14 gennaio 1994, n. 20 il controllo della Corte dei Conti è prescritto solo nel caso in cui la decisione sia difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato], e su identico fondamento si poggia la giurisprudenza che ammette l’esperibilità del ricorso straordinario nelle materia devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, riferendosi tale regime di esclusività al solo rapporto fra ordini giurisdizionali in senso stretto e non potendo, quindi, essere invocato allorché la relazione intervenga fra due procedimenti di diversa natura. Così pure il rimedio straordinario risulta esperibile anche nelle materie riservate alla cognizione, parimenti esclusiva, del giudice ordinario (come ad esempio in tema di impugnazione di atti resi da organi degli ordini professionali). Analoga coerenza si rinviene anche nelle decisioni della Corte di Cassazione: viene, così, negata l’esperibilità dell’impugnazione ex art. 111, Cost. nei confronti del decreto decisorio [Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 1988] e viene esclusa l’applicabilità dell’art. 295 c.p.c. quando il giudizio civile pendente risulti pregiudicato dalla soluzione di una controversia portata all’attenzione del Capo dello Stato in via straordinaria (al contrario, curiosamente, la sospensione ex art. 295 c.p.c. può essere disposta allorché il rapporto di pregiudizialità intercorra fra il giudizio che si svolge in sede giurisdizionale e la decisione di altra controversia rimessa alla decisione del Capo dello Stato: cfr. Cons. di Stato, 17 marzo 1998, n. 301).

<sup>70</sup> GIANNINI, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1970.

<sup>71</sup> Sul concetto di amministrazione giustiziale si vedano, *ex multis*, PAJNO, Voce *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. Giur. Trecc.*; CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell’ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; CASSETTA, *I ricorsi amministrativi*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2008; DE ROBERTO - TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in SCOCA (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2008; MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in MAZZAROLLI ed altri (a cura di) *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.

<sup>72</sup> Per tutti, SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, Napoli, 1984, p. 1132, che definisce l’amministrazione giustiziale come “*l’attività amministrativa diretta ad approntare veri e propri mezzi di giustizia in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto*”.

<sup>73</sup> Così PAJNO, *Op. Cit.*, p.2

<sup>74</sup> Così BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur.*, 1965, p. 137.

questo snodo che risiede l'ambivalenza strutturale cui si cennava (e che costituisce il dato caratterizzante del sistema): diretta a soddisfare le medesime esigenze cui è preordinata la giurisdizione, l'amministrazione giustiziale -attuando la generale volontà della legge- risolve, con strumenti e tecniche diverse, conflitti concreti.

Ciò che vuol qui sottolinearsi -ai limitati fini di questo studio- è la strutturale differenza tra amministrazione giustiziale (e rimedi ad essa assegnati dall'ordinamento) e giurisdizione: ostando all'omologazione delle due fattispecie vuoi la diversa copertura costituzionale (artt. 100 e 113 Cost.), vuoi l'incompatibilità degli strumenti dell'una (l'amministrazione giustiziale) a soddisfare le garanzie proprie dell'altra.

Ciò nonostante, non è revocabile in dubbio che giurisdizione e amministrazione giustiziale abbiano attinto alla medesima fonte, modulando istituti e rimedi, influenzandosi reciprocamente e costruendo sul perno dell'alternatività un sistema omogeneo e reciprocamente compatibile. Anzi, la considerazione del legame che unisce attività giurisdizionale ed attività giustiziale consente di cogliere al meglio i caratteri dell'amministrazione giustiziale, risolvendosi la giurisdizione, com'è stato rilevato, nella lentezza che consente -meglio di ogni altra- di mettere a fuoco i caratteri ed i nodi specifici di una azione e di un'attività (quella giustiziale) che, proprio perché -quanto meno con riferimento al ricorso straordinario- alternativa, concorre al raggiungimento di analoghe finalità<sup>75</sup>.

**5.** Così premesse le radici storiche dell'istituto e ricondotto il rimedio al *genus* suo proprio (quello dei rimedi giustiziali), è ora necessario verificare la tenuta delle conclusioni raggiunte a confronto con il nuovo paradigma normativo dettato dall'art. 69 della legge n. 69/2009.

Come già detto *supra*, il legislatore è intervenuto in due direzioni solo apparentemente distinte: consentendo, cioè, anche al Consiglio di Stato in sede consultiva la facoltà di sollevare incidenti di costituzionalità, e conferendo al parere reso da quest'ultimo carattere di stabilità e immodificabilità, con l'effetto di avvicinare pericolosamente il decreto che decide il ricorso straordinario al giudicato.

Per quanto apparentemente autonome, le due disposizioni sono tra loro inscindibilmente legate: ed infatti i principali rilievi opposti dalla Corte Costituzionale alla qualificazione del Consiglio di Stato in sede consultiva quale giudice *a quo*, si appuntavano proprio sulla potenziale caducità di quel *decisum*, che -in ogni momento- poteva essere disatteso dall'Amministrazione nei termini di cui al secondo periodo del comma 1 dell'art.

---

<sup>75</sup> Così PAJNO, *Op. Cit.*, p.6.

147<sup>6</sup>. L'impossibilità per il ministro competente di opporre rilievi di sorta (e, men che mai, di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato), cristallizzando la *res litigiosa* nei termini definiti dal parere, è -per proseguire nella metafora- la chiave che consente di spalancare, anche per il rimedio straordinario, le porte del cielo.

Ma in cielo, una volta entrati, occorre restarci. Ed allora, se l'assetto normativo delineato dalla legge 69, per un verso risolve *ab imis* i problemi che, in materia, dottrina e giurisprudenza avevano affrontato (e risolto) negli ultimi decenni, alla riforma appena approvata, al di là del dato testuale, segue un bagaglio gravido di conseguenze esiziali.

Non par dubbio, infatti, che una volta riconosciuta l'intangibilità del parere reso dal Consiglio di Stato e la possibilità per le sezioni consultive di sollevare incidenti di costituzionalità, vengono a cadere tutti (o quasi) quegli indici sintomatici che -sin dalla sentenza della Corte Cost., n. 78 del 1966- avevano contribuito in modo determinante alla qualificazione giustiziale del ricorso al Capo dello Stato.

Una volta, poi, ammessa la natura *non* amministrativa del rimedio, il passo per l'estensione del giudizio di ottemperanza ai decreti che decidono il ricorso straordinario è irrimediabilmente breve<sup>77</sup>.

Si prefigura, così, un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e -verosimilmente- incostituzionale nella struttura.

**5.1.** Venuta meno la possibilità di ricondurre l'attuale impianto del ricorso straordinario ai canoni propri del rimedio amministrativo, è necessario spostare la prospettiva dell'analisi dal dettato normativo all'assetto costituzionale: e ciò, nel dichiarato obiettivo di verificare la effettiva compatibilità del "nuovo" ricorso straordinario con il parametro costituzionale.

Come anticipato *supra*, nella Carta (pur restando la funzione giustiziale saldamente ancorata al disposto dell'art. 100 Cost.) non si rinviene alcuna disposizione che si riferisca il modo diretto al ricorso straordinario<sup>78</sup>: tale assenza destò, peraltro, più di una

---

<sup>76</sup> Nella nota decisione del 2004 la Corte ha ribadito, infatti, come il Ricorso straordinario rientri "indubbiamente tra [i ricorsi] amministrativi": tale conclusione "è ineludibile qualora si noti che l'art. 14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale"

<sup>77</sup> Per una compiuta ricostruzione della controversa *querelle* relativa all'estensione del giudizio di ottemperanza ai decreti presidenziali che definiscono il ricorso straordinario, sia consentito il rinvio al mio "Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari", in *Foro Amm. CDS*, 2005, pp. 3737 ss.. Si vedano, inoltre, le recenti decisioni del Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana 28 aprile 2008, n. 379 e 18 maggio 2009, n. 415 e, da ultima, *contra*, Cons. di Stato, Sez. IV, sentenza 4 giugno 2009 n. 3463.

<sup>78</sup> Per quanto, come si chiarirà *infra*, la previsione del rimedio nello Statuto della Regione Siciliana contribuisca in una qualche misura a rafforzare la costituzionalizzazione del ricorso straordinario.

perplessità in quegli autori che -all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione- si confrontarono con la compatibilità del rimedio con il nuovo ordinamento repubblicano. Sebbene tali perplessità (incentrate soprattutto sull'assenza di un esplicito potere in tal senso in capo al Presidente della Repubblica) trovarono scarsa fortuna nella dottrina del tempo, restava (e resta tutt'oggi) da dipanare il nodo dell'effettivo aggancio costituzionale dell'istituto.

Una volta escluso che tale aggancio potesse rinvenirsi nelle pieghe dell'art. 87 Cost. (che, peraltro, neppure attribuiva un potere diretto in tal senso al Presidente della Repubblica), l'attenzione della dottrina si incentrò sui problemi di compatibilità con l'art. 113 Cost.: l'attenzione si spostò, dunque, dalla ricerca di un fondamento costituzionale, alla gestione concreta dei potenziali conflitti con la tutela giurisdizionale garantita dal Consiglio di Stato (allora, e sino al 1971, in unico grado). La necessità di indagare la natura ed i presupposti costituzionali del rimedio fu, insomma, di fatto assorbita dalla ricerca di soluzione concreta ai (non pochi, peraltro) problemi di compatibilità con le garanzie giurisdizionali.

Proprio a questa indagine -diretta ad indagare la natura ed i presupposti che fondano l'aggancio costituzionale del ricorso straordinario (e, a *fortiori*, della stessa amministrazione giustiziale)- è necessario rivolgere l'attenzione in questa sede.

**5.2.** Punto di partenza (ed, al contempo, di approdo) è necessariamente l'art. 100 Cost., a mente del quale il Consiglio di Stato “è *organo di consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione*”<sup>79</sup>.

L'analisi dei lavori parlamentari<sup>80</sup> che -in seno alla Commissione per la Costituzione prima, ed all'Assemblea Costituente poi- hanno interessato tale articolo (quantomeno con riferimento alla formula “...di tutela della giustizia nell'amministrazione” ) risulta di particolare interesse al fine di sciogliere alcuni nodi interpretativi posti dalla norma.

**5.2.1.** La redazione di una prima bozza dell'articolo fu affidata, all'interno della Commissione dei Settantacinque, alla seconda sottocommissione (composta, tra gli altri, da Tosato, Mortati, Leone, e Calamandrei ): l'esame del progetto preliminare redatto dalla

---

<sup>79</sup> Una bibliografia completa in materia risulterebbe, in questa sede, impossibile ed inopportuna. Basti, allora, il rinvio a FALZONE – PALERMO – COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Milano, 1991, pp. 320 ss.; MATTARELLA, *Art. 100*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO E OLIVETTI, Milano, 2006, pp. 1944 ss.; MONEGO, *Art. 100*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di CRISAFULLI, PALADIN, BARTOLE, BIN, Padova, 2008, pp. 903 ss., CARBONE, *Art. 100*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1994, ed all'ampia bibliografia ivi richiamata.

<sup>80</sup> Tutte le citazioni richiamate nel presente paragrafo sono rinvenibili negli atti dell'Assemblea Costituente (sedute plenarie del 19 settembre e 25 ottobre 1947) e della Commissione per la Costituzione (sedute del 27 e 30 gennaio 1947): tali atti sono oggi agevolmente reperibili in copia anastatica elettronica sul portale della Camera dei Deputati all'indirizzo web <http://legislature.camera.it/>.

seconda sezione della sottocommissione (segnatamente, dagli on.li Bozzi e Ambrosini), ebbe inizio nella seduta del 27 gennaio 1947.

L'assise era, in quell'occasione, presieduta da Piero Calamandrei che -introducendo i lavori- ebbe subito a precisare come oggetto di scrutinio sarebbe stata, in quella sede, la *“sola attività [di Consiglio di Stato e Corte dei Conti] che non riguarda il campo giurisdizionale”*. Il dibattito si incentrò, dunque, esclusivamente sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato: ancorchè, infatti, il progetto originario prevedesse un comma dedicato alla *“decisione dei ricorsi proposti contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione”*, quest'ultimo non fu neppure posto ai voti, giacché, come fu rilevato sin dalle prime battute, *“la disposizione in esso contenuta [era] già stata approvata”* da altra sottocommissione con riferimento espresso alla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato.

In esito ai lavori della sottocommissione (conclusi -con riferimento a quell'articolo- nella stessa seduta del 30 gennaio 1947) la formulazione definitiva del primo comma dell'art. 93 (articolo che, solo in un secondo momento, assumerà l'attuale numerazione) fu, dunque, la seguente: *“Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico amministrativa del Governo”*: nessun accenno, quindi, alla *“tutela della giustizia nell'amministrazione”*.

**5.2.2.** Sorprendentemente, però, nel progetto definitivo di Costituzione presentato all'Assemblea il 6 febbraio di quell'anno (e, dunque, a distanza di poco più di una settimana dall'approvazione del testo in Commissione), il primo comma assumeva una formulazione tutt'affatto diversa: *“il Consiglio di Stato” -si legge- “è organo di consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione”*. Così pure nella relazione di Meuccio Ruini (che accompagnava il progetto), il Consiglio di Stato è richiamato quale organo *“di consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione”*. Per un verso, dunque, rispetto al testo approvato, veniva espunto il riferimento al destinatario esclusivo dell'attività di consulenza (il Governo, nell'originaria formulazione), mentre, per altro verso -ed è quel che più rileva in questa sede- veniva aggiunta *ex novo* la funzione di *“tutela della giustizia nell'amministrazione”*.

L'unica spiegazione convincente di tale discrasia tra il testo approvato in Commissione e quello trasmesso all'Assemblea, può farsi verosimilmente risalire ai lavori del Comitato di Redazione che operò una serie di modifiche e revisioni all'articolato complessivo prima che questo fosse trasmesso definitivamente all'Aula. Purtroppo, essendo i lavori di quell'organo rimasti segreti e privi di processo verbale (e ciò anche in ragione del fatto che il Comitato fu, nell'ambito del processo costituente, sede di molti ed importanti compromessi ed accordi, più o meno ostesi ed ostensibili al pubblico) non è

possibile seguire l'evoluzione dell'art. 93 nel lasso temporale che va dal 30 gennaio al 6 febbraio 1947. Sta di fatto che il testo base che venne discusso (ed approvato) dall'Assemblea nella seduta del 25 ottobre 1947, assegnava al Consiglio di Stato anche la funzione di *“tutela della giustizia nell'Amministrazione”*.

**5.2.3.** Ma, prima di dar conto della discussione che si svolse nella mattinata di sabato 25 ottobre (e che, come si vedrà, risulterà determinante al fine di meglio lumeggiare la *ratio* della norma), è opportuno riprendere un passaggio della relazione che, nel corso del mese di settembre di quell'anno (segnatamente, il giorno 19) Ruini, nella veste di presidente della Commissione dei Settantacinque, rivolse all'Aula, e del dibattito che ne seguì.

Rispondendo alle serrate contestazioni dell'On. Gullo (critiche che, tutte, si appuntavano sull'eccessivo potere riconosciuto dal progetto di Costituzione al Consiglio di Stato), Ruini ricordò all'assemblea che *“la formula “organo di consulenza giuridico-amministrativa e di giustizia nell'amministrazione” è bellissima e risale allo Spaventa; ed ebbe l'adesione entusiasta dell'estrema sinistra, perché tendeva ad arginare abusi di parte opposta; perché era rivendicazione e difesa delle minoranze e dei diritti dei cittadini. Se la giustizia nell'amministrazione -prosegui- debba implicare una competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato, è tesi cui hanno aderito nella Commissione i comunisti; ed è accolta nel progetto, ne parleremo a suo tempo. Qui voglio dichiarare -conclude- che sono necessari i controlli per assicurare la legalità e la convivenza degli atti dell'Amministrazione”*.

La vibrata difesa svolta da Ruini (che del Consiglio di Stato era, all'epoca, presidente) consente sin d'ora di porre in luce (ma i lavori dell'assemblea lo confermeranno meglio) come la funzione di tutela della giustizia nell'amministrazione si ponesse (e si ponga tutt'oggi) su di un piano del tutto autonomo rispetto alla funzione giurisdizionale, prevista dal successivo art. 95 del Progetto.

**5.2.4.** Su queste basi, come detto, il testo approdò all'esame dell'Aula il 25 di ottobre. L'on. Romano (il primo a chiedere la parola), propose da subito di *“sostituire il primo comma”*, eliminando la funzione di *“tutela della giustizia nell'Amministrazione”*, nell'assunto che tale previsione avrebbe irrimediabilmente minato l'unità dell'ordine giudiziario.

La prima replica venne dall'On. Bozzi (relatore dell'articolato originario in seno alla seconda sottocommissione): *“vorrei rilevare”* esordì *“che le osservazioni [dell'on. Romano] non mi sembra abbiano validità in quanto la frase “e di tutela della giustizia nell'Amministrazione” si riferisce anche alla funzione consultiva. La funzione consultiva e*

*quella giurisdizionale” proseguì “sono aspetti diversi attraverso i quali si raggiunge questo unico scopo che è la tutela della giustizia nell’amministrazione”.*

Fu poi il turno di Ruini che, quale presidente della Commissione per la Costituzione, era chiamato obbligatoriamente ad esprimere un parere circa la proposta di emendamento: *“l’espressione”* precisò subito *“ha una tradizione nei riguardi del Consiglio di Stato, e non pregiudic[a] in alcun modo la questione se la giurisdizione debba essere unica o no”*. La giustizia nell’amministrazione *“si riferisce al Consiglio di Stato nelle sue funzioni consultive: né debbo ricordare che, al difuori della giurisdizione, vi è il ricorso in via straordinaria al Capo dello Stato, che ha perfettamente lo scopo della giustizia nell’amministrazione”*.

Preso atto del parere contrario della Commissione, l’On. Romano avrebbe avuto la possibilità (come in effetti gli fu offerto dal Presidente Terracini) di ritirare l’emendamento: eppure decise di insistere, chiedendo *“di rinviare la discussione di questo emendamento perché non è logicamente possibile discutere di una parte speciale senza discutere il principio generale affermando l’unità dell’ordine giudiziario”*.

Chiese quindi la parola l’On. Tosato il quale, dopo aver ribadito come l’approvazione del testo base dell’art. 93 non avrebbe in alcun modo pregiudicato l’unità della giurisdizione, precisò che tale *“definizione dei compiti del Consiglio di Stato (...) [essendo] compresa nella sezione del Titolo III dedicata, espressamente, alla Pubblica Amministrazione [non avrebbe potuto] pregiudicare alcun questione che atten[esse] alla funzione giurisdizionale”*; ed infatti, continuò, *“la funzione di consulenza giuridico amministrativa del Consiglio di Stato si estende ai ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Si tratta -puntualizzò- di ricorsi amministrativi, che sono decisi con provvedimenti amministrativi (...): per la decisione di tali ricorsi il parere del Consiglio di Stato è obbligatorio e, praticamente, vincolante”*. Questa importante funzione, concluse, *“non può essere trascurata nella definizione dei suoi compiti”*.

Nonostante le assicurazioni fornite circa l’assoluta indifferenza della norma riguardo l’unità della giurisdizione, l’On. Romano chiese egualmente che l’emendamento fosse posto ai voti. La fine è nota: poco prima delle ore 11 di sabato 25 febbraio 1947 l’Assemblea Costituente approvava l’art. 93 (oggi art. 100) nella formulazione attuale.

### **5.3.** L’esegesi dei lavori della Costituente consente di porre alcuni punti fermi.

Si può, in primo luogo escludere (allontanando, così, un’interpretazione *“spaventiana”* della norma, volta ad identificare la giustizia amministrativa come mera giurisdizione di diritto obiettivo) che l’espressione *“tutela della giustizia nell’amministrazione”* sia diretta ad identificare le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio

di Stato. E ciò, vuoi perché la lettura dei lavori parlamentari preclude -come visto- una ricostruzione in questo senso, vuoi perché, *a fortiori*, la collocazione sistematica dell'articolo consente di tracciare una netta separazione tra funzione consultiva (art. 100, comma 1) e funzione giurisdizionale (art. 103, comma 1)<sup>81</sup>.

Ma c'è di più: gli stessi lavori preparatori inducono a ritenere che la presenza nell'ordinamento di un rimedio giustiziale (e, come tale, ontologicamente *non* giurisdizionale) affidato al Consiglio di Stato, sia una scelta costituzionalmente non solo opportuna, ma necessaria<sup>82</sup>. Detto altrimenti: l'art.100 Cost. non solo legittima, ma impone, la permanenza nell'ordinamento di un rimedio non giurisdizionale "*a tutela della giustizia nell'amministrazione*" affidato al Consiglio di Stato.

Ciò posto, resta da chiarire (ed è questo il vero nodo da sciogliere) la portata *qualitativa* di tale necessità: occorre, cioè, chiarire in che termini il ricorso straordinario (unico tra i rimedi posti a *tutela della giustizia nell'amministrazione* affidato al Consiglio di Stato) sia costituzionalmente necessario e -soprattutto- quali siano le caratteristiche minime per sussumere validamente l'istituto nella previsione (alternativa ed al contempo concorrente con quella di cui all'art. 103) dell'art. 100 Cost. .

Quanto al primo corno del problema, può ragionevolmente escludersi che il ricorso straordinario *in quanto tale* possa assumere dignità costituzionale. Per quanto, infatti, nel corso dei lavori della Costituente l'antico rimedio di amministrazione giustiziale sia stato più volte direttamente richiamato per fondare la previsione cui al primo comma dell'art. 100, è un dato di fatto che l'istituto *in sé*, non trovi alcuna diretta legittimazione nelle norme della Carta fondamentale.

Ciò che pare, piuttosto, necessaria è la funzione di amministrazione giustiziale *in quanto tale*: senza, però, che ciò possa istituire un vincolo diretto tra funzione e specifico rimedio<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr., sul punto, FALZONE – PALERMO – COSENTINO, *Op. Cit.*, p. 323; MATTARELLA, *Op. Cit.*, p. 1944, che riferisce direttamente la formula "*tutela della giustizia nell'amministrazione*" alla "*competenza del Consiglio di Stato in materia di ricorso straordinario al Capo dello Stato*", ma *contra*, CARBONE, *Op. Cit.*, p.80, secondo cui la formula dell'art. 100 è "*non solo assonante, ma sostanzialmente identica*" a quella utilizzata nei successivi artt. 103 e 125 Cost.. In giurisprudenza la posizione dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione 24 maggio 1961, n. 12, in *Cons. Stato*, 1961, I, pp. 853 ss.) è netta: "*poiché l'art. 100 della Costituzione (...) non fa parte del seguente titolo IV che tratta della Magistratura, è chiaro che l'ordinamento costituzionale prevede che la tutela della giustizia nell'amministrazione sia esercitata dal Consiglio di Stato anche in sede non giurisdizionale*".

<sup>82</sup> Si deve, cioè, ritenere che "*l'art. 100, comma 1, Cost., esiga forme non giurisdizionali di protezione delle posizioni del cittadino (...): la norma costituzionale sembra, pertanto, imporre l'esigenza di un efficace sistema di tutela del cittadino di tipo non giurisdizionale*" [PAJNO, *Op. Cit.*, pp.464 ss.]. Sul punto concorda anche BERTONAZZI, *Op. Cit.*, p.311.

<sup>83</sup> Diversamente, un vincolo diretto sussiste nell'ambito dello Statuto della Regione Siciliana (approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455, e convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2): l'art. 23 prevede, infatti, che "*i ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente regionale, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato*". La norma, sebbene nel ristretto ambito locale in cui spiega la propria efficacia, ha quindi offerto all'istituto *in sé* una

Che il ricorso straordinario (nei termini e nelle forme in cui è ri-conosciuto dall'ordinamento positivo) possa assurgere a rimedio di rango costituzionale è, quindi, ipotesi da scartare *in apicibus*.

Diverso, invece, il discorso con riferimento alla *funzione giustiziale* propriamente detta. Non par dubbio, infatti, che l'art. 100 Cost. -giustapposto alla previsione degli artt. 24, comma 1 e 113 Cost.- vincoli l'ordinamento positivo al riconoscimento, in capo al Consiglio di Stato, di un qualche strumento (di natura *non* giurisdizionale) di "*tutela della giustizia nell'amministrazione*", a nulla rilevando, ovviamente, il *nomen* attribuito a tale strumento.

Così, se nell'economia dell'ordinamento costituzionale risulta indifferente la qualificazione positiva del rimedio (*id est*: l'istituto *in concreto*, siccome posto dal legislatore) è, però, necessario che tale rimedio si differenzi in modo netto dalle guarentigie previste -in capo al medesimo organo- dall'art. 113 Cost.<sup>84</sup>.

Per concludere, può dirsi che la necessità costituzionale di un rimedio giustiziale affidato al Consiglio di Stato si sostanzia, non tanto (e non solo) nella presenza di un rimedio *tout court*, ma -soprattutto- nella sua *qualitativa* differenziazione dal ricorso giurisdizionale.

6. Posto che condizione necessaria alla compatibilità costituzionale del rimedio previsto dall'art. 100 Cost. è la sua strutturale differenziazione dal ricorso giurisdizionale, è -a questo punto- necessario valutare se il recente intervento normativo abbia o meno intaccato (modificandone la struttura e, conseguentemente, la natura) i presupposti minimi di costituzionalità del ricorso straordinario.

---

copertura statutaria, segnandone al contempo l'incontestabile natura amministrativa. Resta da chiarire se tale richiamo possa spiegare alcuna influenza nell'ordinamento dello Stato, offrendo una legittimazione costituzionale, per così dire *indiretta*, anche al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. La risposta pare essere di segno negativo: ed infatti, già a livello di gerarchia delle fonti, è difficilmente immaginabile che uno statuto regionale (per quanto certamente lo statuto della regione Siciliana si ponga in una prospettiva atipica rispetto alla ordinaria struttura delle autonomie regionali) possa costituire idonea fonte di eterointegrazione della Costituzione. A ciò si aggiunga che, a più riprese, la giurisprudenza costituzionale ha escluso -pur nella vigenza dello Statuto Siciliano- il riconoscimento del ricorso straordinario *in quanto tale*, tra i rimedi di rilievo costituzionale: limitandosi, piuttosto, ad affermarne una più sfumata, e scientemente motivata, "*compatibilità costituzionale*". Sul ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, si vedano, *amplius*, oltre alle trattazioni di carattere generale già segnalate, DE ROBERTO, *Il Ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana* in *La Giustizia amministrativa in Sicilia*, Milano 1976; SALAMONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana: problematiche attuali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e le indicazioni bibliografiche ivi richiamate.

<sup>84</sup> "Il ricorso straordinario," rilevava già nel 1959 Bachelet, "*non è incompatibile con il nostro sistema costituzionale solo se ed in quanto se ne riconosca senza incertezze la natura amministrativa e a ciò si adeguino in conseguenza le sue procedure in rapporto al ricorso giurisdizionale: se, cioè, si riconosca in modo chiaro che le garanzie di cui è circondato il procedimento di decisione del ricorso straordinario sono garanzie amministrative (...) come tali radicalmente diverse per qualità e per efficacia a quelle giurisdizionali*" [BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, Cit., p. 840].

E', insomma, necessario verificare se la consistenza qualitativa dell'istituto sia ancora compatibile con il postulato costituzionale di partenza (*i.e.*, con la sua natura non giurisdizionale).

La risposta pare essere di segno negativo: l'impressione che si raccoglie di fronte alla riforma è, infatti, quella di assistere ad una progressiva estensione dello schema del processo ad attività amministrative, estensione che giunge pericolosamente a "*simulare il processo senza realizzarlo*"<sup>85</sup>.

Come già anticipato *supra*, infatti, una volta riconosciute l'intangibilità del parere reso dal Consiglio di Stato e la possibilità per le sezioni consultive di sollevare incidenti di costituzionalità, non solo vengono meno quegli indici sintomatici che avevano contribuito in modo determinante alla qualificazione giustiziale del ricorso al Capo dello Stato, ma (mercè l'ammissione della natura *non* amministrativa del rimedio) si apre inevitabilmente la via all'estensione del giudizio di ottemperanza ai decreti che decidono il ricorso straordinario. Si tende, così, ad una progressiva omologazione del decreto presidenziale al giudicato.

Questo "*nuovo*" ricorso straordinario è, insomma, un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, e -ormai- giurisdizionale nella sostanza<sup>86</sup>: nel in dichiarato omaggio al *quantum* di effettività di tutela ritraibile, il rimedio assume le vesti di un atipico subricorso in unico grado, sfornito però delle più elementari garanzie in tema di contraddittorio e giusto processo. Un ircocervo caratterizzato dalla segretezza dell'istruttoria, dall'unilateralità del contraddittorio scritto, dall'assenza di discussione orale, dalla dipendenza del tempo della decisione dalla volontà di autorità amministrative e -buon ultimo- dall'impossibilità per le parti di fruire del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione preveduto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost..

Un pericoloso emulo del processo, insomma: sfornito, però, di quelle fondamentali garanzie che consentirebbero di considerarlo tale a pieno titolo.

Ancora una volta, insomma, quel *pervasivo accidente*<sup>87</sup> costituito dall'effettività della tutela pretesamente garantita al ricorrente, sembrerebbe avere la meglio su ragioni di

---

<sup>85</sup> L'espressione è di FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. dir e proc. civ.*, 1958, p.861 e 868.

<sup>86</sup> Concordano, sul punto, i primi commentatori della novella: cfr. *supra*, nota 6. Desta una più di una perplessità, invece, l'affermazione che attribuisce una *originaria* natura giurisdizionale al rimedio, con la conseguenza che il legislatore avrebbe solo operato una "*revisione ricognitiva*" dell'istituto, confermandone la natura, già *ab initio*, giurisdizionale (cfr. CARBONE, *Op. Cit.*). Se è vero, infatti, che la natura *sostanzialmente* giurisdizionale del rimedio era stata già postulata (con finalità, occorre precisare, esclusivamente riferibili all'ordinamento comunitario) dalla Corte di Giustizia EU e da un isolato arresto del Consiglio di Stato (prontamente cassato dalle Sezioni Unite della S.C.), ciò non toglie, comunque, che l'istituto -per le ragioni esegetiche e sistematiche già spiegate *supra*- dovesse iscriversi necessariamente al difuori del perimetro segnato dal Costituente per i rimedi giurisdizionali.

<sup>87</sup> L'espressione è di ROMEO, in *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pp. 1031 .

ordine sistematico che, in quanto tali, dovrebbero costituire un *prius* nell'azione del legislatore. E ciò, con la con la paradossale conseguenza di operare una sostanziale riduzione delle garanzie del cittadino.

La riforma ha, per concludere, l'effetto (per riprendere le argomentazioni che, nel lontano 1953, Mario Nigro opponeva alla costituzionalità del rimedio<sup>88</sup>) di creare un istituto *parallelo* a quello giurisdizionale, munito di garanzie assolutamente *improprie*: con la duplice conseguenza di precludere la riconducibilità del ricorso straordinario all'unico paradigma costituzionale possibile (quello dell'art. 100 Cost.) e -al contempo- di rivitalizzarne quei profili di incostituzionalità che la positivizzazione operata dal d.P.R. 1199 (di concerto con l'opera della giurisprudenza) aveva scientemente neutralizzato.

Non è, insomma, ancora un vero processo e non è più un rimedio di amministrazione giustiziale, quanto meno non nell'accezione -costituzionalmente orientata- di amministrazione giustiziale che si è tentato di fornire. Il ricorso straordinario è consegnato così -al di quà della *trista riviera d'Acheronte*- in un limbo grigio, da cui, *rebus sic stantibus*, difficilmente potrà emergere.

\*\*\*

Il cardinale de Rohan ebbe ragione a preferire le garanzie del processo alla *justice retenue* di Luigi XVI: il 6 maggio 1786 -con una decisione destinata (come riconobbe, anni più tardi, il Barone di Frénilly) ad avere “*lo stesso effetto di una miccia su un barile di polvere*”<sup>89</sup>- la corte di giustizia di Parigi lo assolse da ogni imputazione.

---

<sup>88</sup> “Per il parallelismo al ricorso giurisdizionale, cioè per questa sua funzione vicariante, il ricorso straordinario si presenta come una anomalia nel sistema, anomalia tanto più grave dopo l'entrata in vigore della nuova costituzione” [NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953, p. 86].

<sup>89</sup> FRÈNILLY, *Memoires du baron de Frénilly, 1768-1848. Souvenir d'un ultraroyaliste*, Perrin, Parigi, 1987, p. 62.