



I RECENTI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CORTE DI CASSAZIONE SULLA *TRASLATIO IUDICII*

NOTA ALLE SENTENZE N. 4109 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI
CASSAZIONE E N. 77 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di

Maria Alessandra Sandulli

(Professore ordinario di Giustizia amministrativa, Università di Roma Tre)

14 marzo 2007

Finalmente affermata la regola della “*translatio iudicii*” tra giudice ordinario e giudici speciali: un nuovo meritorio intervento della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale di fronte ad una – ennesima – inerzia del legislatore (note a primissima lettura delle sentenze n. 4109 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte costituzionale) .

Ancora una volta la Corte costituzionale (sentenza n. 77 del 12 marzo) e la Corte di cassazione (sentenza Sezioni Unite n. 4109 del 22 febbraio) sono intervenute a pochi giorni di distanza su tematiche di massima rilevanza per l’effettività della tutela nei confronti della pubblica Amministrazione.

Il sistema dualista della nostra giustizia amministrativa¹, originato dalla l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E e completato dalle leggi sul Consiglio di Stato (raccolte nel t.u. n. 1054 del 1924) e sui TAR (l. n. 1034 del 1971) e dalla l. n. 205 del 2000, recentemente descritto, riscritto e confermato nei suoi tratti essenziali dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale², ha creato e continua a creare delicatissimi problemi di incertezza in ordine

¹ Cfr. per tutti M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 62 ss.

² Sugli effetti della sentenza ci si consenta di richiamare gli scritti di M.A. SANDULLI, RA. IANNOTTA, A. POLICE, F.G. SCOCA, A. CELOTTO, F. CINTIOLI, P. DE LISE, R. GAROFOLI, L. TORCHIA, G. TROTTA, P. VITTORIA e la

all'individuazione del giudice (ordinario, amministrativo, speciale³) competente a conoscere delle controversie in cui sia parte una pubblica Amministrazione.

Il primo semestre del 2006 ha visto in particolare il netto contrasto tra l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 2 del 9 febbraio) e la Corte di cassazione (sent. n. 1207 del 23 gennaio) sul giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno per la lesione di interessi legittimi proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento del provvedimento lesivo, apparentemente (l'avverbio dubitativo è ormai tristemente d'obbligo) risolto in favore della giurisdizione amministrativa dalla sentenza n. 191 del 2006 della Corte costituzionale⁴ e dalle note pronunce nn. 13659, 13660 e 13911 del 13 e 15 giugno della Suprema Corte regolatrice⁵. Nonostante quanto si era a prima lettura apprezzato in nome della superiore esigenza di certezza del diritto⁶, restano invece ancora aperte la questione relativa al giudice competente a conoscere dell'occupazione senza titolo di un bene oggetto di dichiarazione di p.u. non seguita da tempestivo decreto di esproprio, che, pur apparentemente risolta dalle suddette pronunce a favore del giudice ordinario⁷ è stata ora rimessa in discussione dal Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana con ordinanza 2 marzo n. 75; e la questione della necessità della c.d. pregiudiziale di annullamento per l'esperibilità dell'azione risarcitoria, nettamente negata dalle Sezioni Unite ("pena" la ricorribilità in Cassazione per diniego di giustizia), ma

rassegna di giurisprudenza di Ro. IANNOTTA, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Quaderni de Il Foro amministrativo – T.A.R., n. 1/2005.

³ Cfr. le ordinanze della Corte di cassazione, SS.UU., nn. 7944/03 e 22245/06, sulla competenza (rispettivamente del giudice ordinario e del giudice tributario) a conoscere delle azioni proposte dal gestore privato di un aeroporto per la condanna del vettore aereo a pagare i "diritti" per l'uso delle relative infrastrutture (questione su cui si veda in dottrina, G. TINELLI, *I corrispettivi per l'uso degli aeroporti. Natura giuridica e disciplina fiscale*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione*, in *Serv. pubb. appalti*, supplemento al n. 1/2006, 73; o l'ordinanza n. 6584/06 con la quale le medesime SS.UU. hanno affermato la giurisdizione del Tribunale Superiore delle acque pubbliche sul ricorso avverso l'affidamento diretto ad una s.p.a. mista della gestione di un servizio idrico.

⁴ C. cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 465, sulla quale si rinvia a M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi"*, in www.federalismi.it, 2006, n. 11.

⁵ Per un commento alle quali si rinvia a M.A. SANDULLI, *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino? (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati)*, in www.federalismi.it, 2006, n. 13; Id., *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 898; G. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass. 13 giugno 2006 n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitoria proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, *ibidem*, 905.

⁶ Cfr. i commenti citati alla nota precedente.

⁷ Cfr. infatti, tra le prime applicazioni giurisprudenziali del principio, Cons. Stato, Sez. IV, 26 maggio 2006 n. 3191; Cass., SS.UU., 10 luglio 2006, n. 15615; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 7 giugno 2006, n. 6782; TAR Sicilia, Sez. III, 14 dicembre 2006, n. 3935. Da ultimo, Cass., SS.UU. 7 febbraio 2007, n. 2688.

altrettanto decisamente riaffermata da diversi giudici amministrativi⁸, fedeli all'opposto orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 2003, fino alla recentissima rimessione della questione alla stessa Adunanza plenaria da parte della richiamata ordinanza del Consiglio di giustizia siciliano. Si segnala del resto che la questione è stata significativamente dichiarata irrisolta nel discorso di apertura dell'anno giudiziario tenuto dal Presidente del Consiglio di Stato il 15 febbraio scorso⁹.

La situazione di gravissima incertezza che, nonostante ogni buon proposito di *better regulation*¹⁰, continua a minare dalle radici il nostro sistema di giustizia amministrativa, investendo addirittura, e in primo luogo, il momento fondamentale dell'individuazione del giudice competente e, correlativamente, delle condizioni per l'azione, mi aveva già indotto ad auspicare un sollecito intervento legislativo sull'annosa questione della *translatio iudicii*, rappresentando in ogni caso l'opportunità che il futuro legislatore affermasse “*in modo esplicito e generalizzato l'errore scusabile sulla giurisdizione, quanto meno nel caso in cui il ricorrente abbia rispettato il termine più breve per la proposizione dell'azione (sicché la scelta del giudice incompetente non possa essere un modo per aggirare i termini di decadenza/prescrizione)*”¹¹. Come testualmente evidenziato dalla Corte di cassazione nella sentenza in rassegna, del resto, “*sulle iniziative dei vari disegni di legge diretti a stabilire espressamente la regola della translatio vi è stata nelle diverse sedi in cui il problema è stato dibattuto, la concorde opinione sull'opportunità della introduzione della regola della trasmigrazione del processo in subiecta materia*”¹².

Proprio la gravissima vicenda che aveva visto dapprima estendere a dismisura l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ad opera di un decreto delegato evidentemente esorbitante dai limiti della delega, costringendo di conseguenza il Parlamento ad uno strategico intervento di “*sanatoria sostitutiva*” in limine alla dichiarazione di incostituzionalità dello stesso decreto, giustamente vanificato dalla Corte costituzionale dalla sentenza n. 204 del 2004, sapientemente attenta ai limiti costituzionali della

⁸ TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 3710/2006 e TAR Piemonte, Sez. I, 13 novembre 2006, n. 4130.

⁹ I discorsi di apertura degli anni giudiziari nei diversi organi di giustizia amministrativa sono leggibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it, sezione contributi.

¹⁰ Mi sia consentito il richiamo agli Atti del Convegno svoltosi presso l'Università di RomaTre su *Codificazione semplificazione e qualità delle regole*, raccolti nel volume a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005 e leggibili anche su www.giustamm.it.

¹¹ Cfr. commenti citati alle note 4 e 5.

¹² Analogo auspicio era stato espresso, da ultimo, dal Pres. de Lise nel discorso di apertura dell'anno giudiziario del TAR del Lazio, tenuto il 1 marzo scorso. In dottrina, si vedano per tutti sul tema: F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e “translatio iudicii”*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2005, 3, 729; A. PAJNO, *Per una lettura “unificante” delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in “ASTRID – Rassegna” n. 26 del 2006.

giurisdizione unica, aveva invero dimostrato il fortissimo rischio di difetto di tutela al quale la cattiva qualità delle regole - normalmente fonte di incertezza interpretativa e nei casi più eclatanti causa della loro stessa caducazione – sottopone costantemente gli amministrati.

Il vero problema, come correttamente inteso dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, era quindi rappresentato dalla necessità di far sì che la domanda proposta in riassunzione davanti al giudice competente avesse il medesimo effetto che avrebbe avuto se fosse stata proposta *ab origine* dinanzi a quest'ultimo.

Soltanto in questo modo, come sottolineato dal Giudice delle leggi, il sistema dualista non incide in termini negativi sulla effettività della tutela, costituente un principio cardine della “legalità”¹³ dell'azione amministrativa.

Dandosi meritoriamente carico di un problema che sarebbe stato compito del legislatore risolvere quanto meno dall'immediato indomani della citata sentenza n. 204 (che, salvo il riconoscimento dell'errore scusabile, rimesso al prudente apprezzamento dei singoli giudici, avrebbe rischiato di implicare la perdita della possibilità di azione a quanti avevano adito il giudice individuato dalle disposizioni dichiarate incostituzionali), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la decisione in rassegna, avevano fatto ogni possibile sforzo per risolvere il problema con strumenti ermeneutici, ricostruendo il sistema processuale vigente in modo da affermare *de iure condito* il principio della *translatio* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione. Alla base dell'intero ragionamento, la Suprema Corte regolatrice aveva giustamente posto la richiamata superiore esigenza di effettività della tutela e la necessità di interpretare le disposizioni processuali in modo conforme ai principi costituzionali e funzionale ad assicurare la decisione di merito della controversia.

Attraverso un percorso sicuramente non privo di forzature, le Sezioni Unite avevano quindi rilevato la mancanza nell'ordinamento di un “*espresso divieto della translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*”, proponendo una rilettura dell'art. 382 c.p.c. idonea a legittimarne l'utilizzo, limitando la cassazione senza rinvio ai soli casi in cui la Corte riscontra un difetto assoluto di giurisdizione. La medesima Corte avrebbe viceversa l'obbligo di individuare l'ufficio giudiziario competente, non solo nel caso in cui venga cassata per difetto di giurisdizione la sentenza di un giudice speciale a favore della

¹³ Cfr. per tutti, M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, Bologna 2002, 29: “la <giustiziabilità> dell'atto amministrativo (cioè la sua sindacabilità da parte del giudice) è solo un ulteriore profilo della sua <legalità>”. Sul principio di legalità dell'azione amministrativa, si veda F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007.

giurisdizione ordinaria, ma anche nel caso inverso in cui sia cassata la sentenza del giudice ordinario sul diverso presupposto della giurisdizione del giudice speciale. Ciò al fine di consentire la prosecuzione del giudizio per pervenire ad una decisione della controversia nel merito ad opera del giudice fornito di giurisdizione. In particolare, la Suprema Corte aveva facile gioco ad evidenziare il paradosso della situazione affrontata nella specie da essa esaminata in cui, cassata la sentenza del Consiglio di Stato che negava la giurisdizione del giudice amministrativo affermata invece dal TAR, l'unico effetto della propria pronuncia sarebbe stato quello di confermare la giurisdizione di quest'ultimo giudice, senza alcuna decisione *“sull'esistenza o meno della pretesa”*. La medesima esigenza di consentire che il processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice non avente giurisdizione, possa *“continuare – così com'è iniziato – davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia processuale, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia, costituzionalmente rilevante”* veniva estesa, attraverso una rilettura dell'art. 367, comma 2, c.p.c. dalla Suprema Corte al caso in cui sia stato proposto regolamento preventivo di giurisdizione dinanzi al giudice ordinario, amministrativo, contabile o tributario. Per *“ragioni di completezza sistematica”*, la trasmigrabilità della causa dal giudice ordinario al giudice speciale veniva parimenti ammessa *“anche nel caso di sentenza del giudice di merito che abbia declinato la giurisdizione”*.

Il Giudice delle leggi, pur rispettando l'autorevolezza della soluzione interpretativa prospettata dalla Suprema Corte, e condividendone i motivi ispiratori, nega la *“premessa indispensabile”* dalla quale quest'ultima fa partire la propria ricostruzione e, in dichiarato contrasto con la predetta pronuncia, ritiene di dover *“escludere che manchi nell'ordinamento un espresso divieto della translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale”*. Muovendo da tale presupposto, la Corte costituzionale fa corretto uso dei propri – più potenti – strumenti per risolvere in modo più coerente e, soprattutto, più *“certo”* la questione, intervenendo *funditus* sull'assetto normativo, che, nonostante gli sforzi delle Sezioni Unite, non appare idoneo a consentire l'immediata applicazione della *translatio* nei termini da queste ultime delineati.

Nel ribadire la primaria esigenza di assicurare una decisione nel merito delle controversie, cui si affianca ai fini di che trattasi l'ulteriore essenziale necessità di rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale, la sentenza del 12 marzo – forte anche della massima autorevolezza e competenza in materia del suo estensore – sceglie quindi la strada *“maestra”* della decisione di accoglimento, dichiarando l'incompatibilità con i fondamentali

valori costituzionali del principio, che essa ritiene immanente nell'intero sistema dei rapporti tra i giudici ordinari e i giudici speciali (e tra questi ultimi) delineato dall'ordinamento vigente, in base al quale la declinatoria della giurisdizione comporta l'esigenza di instaurare *ex novo* il giudizio senza conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta. La sentenza chiarisce tuttavia che la declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a travolgere tale principio, vincolando quindi il legislatore unicamente ad intervenire "*con urgenza*" a colmare la lacuna riscontrata nell'ordinamento in termini idonei a salvare gli effetti prodotti dalla domanda originaria, ferma la libertà di scegliere le modalità e i tempi per la riassunzione e comunque lasciando inalterato il principio che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, non possa interferire con il merito della controversia (*ex artt. 111 Cost. e 386 c.p.c.*).

La sentenza non trascura peraltro di precisare (con l'avvertenza di fornire una puntualizzazione "*superflua*") che nelle more dell'anzidetto intervento legislativo, i giudici ben potranno, laddove possibile utilizzando i normali strumenti ermeneutici, dare attuazione al principio di conservazione degli effetti della domanda nel processo riassunto, alla stregua di quanto affermato nella motivazione della stessa pronuncia. In altri termini, la declaratoria di incostituzionalità dell'opposto principio (formulata in riferimento all'art. 30 l. TAR) viene riconosciuta espressamente sufficiente affinché nelle more dell'intervento legislativo i giudici possano fare corretta applicazione delle nuove regole di unicità del sistema.

L'opera svolta dalla Corte costituzionale a garanzia della massima effettività della tutela nei confronti della pubblica Amministrazione si è quindi arricchita di un altro importantissimo tassello, sul quale non si può non esprimere il massimo apprezzamento.

Negli strettissimi limiti consentiti da un'osservazione a primissima lettura, mi si consenta in chiusura di richiamare l'attenzione su un passaggio a mio avviso estremamente significativo delle due pronunce in rassegna: l'accento che entrambe pongono sull'esigenza di una decisione del merito della controversia. In particolare, la Corte di cassazione sottolinea testualmente che "*anche il Giudice delle leggi, del resto, aveva avvertito (Corte cost., 16 ottobre 1986, n. 220) che il giusto processo è diretto non allo scopo di sfociare in una decisione purchessia, ma di rendere pronuncia di merito stabilendo chi ha ragione e chi ha torto, onde esso deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale e, nei limiti del possibile, non esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali*". La tematica si allarga alla *vexata quaestio* della necessità che il giudice si pronunci su tutti i motivi di ricorso e, in particolare, dell'opportunità delle sentenze in forma semplificata, le quali, pur avendo l'indubbio merito di definire in tempi rapidissimi la

controversia¹⁴, hanno in molti casi il difetto di limitare la decisione a profili inidonei a tracciare le future regole di azione della p. A., rischiando spesso di non esaurire la lite sostanziale che era alla base del giudizio: si pensi ad una sentenza su una questione di rito o su un vizio procedimentale non risolvibile ai sensi dell'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990, che lascia quindi aperte ed irrisolte le questioni principali di diritto sottoposte all'organo giurisdizionale, costringendo così ad instaurare nuovi giudizi contro i provvedimenti che l'Amministrazione andrà presumibilmente ad assumere. La prospettiva si estende allora ulteriormente ad un tema di ben più ampio respiro, che mi trova da anni particolarmente sensibile: il ruolo del giudice amministrativo, non confinabile a mio avviso a quello di mera risoluzione delle controversie, ma strettamente legato alla sua funzione di integrare e indirizzare¹⁵ l'azione amministrativa, per assicurare quella "*giustizia nell'Amministrazione*" affidatagli dall'art. 100 della Carta costituzionale. Si tratta di considerazioni della massima importanza, che non possono non incidere anche sulla scelta, che ci si auspica il legislatore voglia a questo punto tempestivamente assumere per evitare il gravissimo contrasto che si profila ai massimi livelli giurisdizionali, della soluzione al problema della c.d. pregiudiziale di annullamento¹⁶ e, quanto meno sotto alcuni profili, su quella dell'istituzione di eventuali sezioni stralcio per lo smaltimento dell'arretrato.

¹⁴ Si richiama per tutti il discorso di apertura dell'anno giudiziario dinanzi al TAR Lombardia tenuto dal Pres. Piacentini il 3 marzo scorso e gli esempi ivi significativamente richiamati.

¹⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 21: l'illustre Autore ricorda infatti che la tutela perseguita attraverso il sistema della giustizia amministrativa consiste nell'accertamento del corretto esercizio dei poteri amministrativi, per compiere il quale il giudice deve necessariamente "*ricostruire*" l'esercizio del potere che considera corretto e quindi svolgere un'attività che, dal punto di vista sostanziale, è molto simile a quella che svolge l'Amministrazione. Ed esso compie questa "*ricostruzione*" per il fine di indirizzare e vincolare la futura azione amministrativa, di talchè il processo amministrativo "*si pone come una parentesi fra l'azione amministrativa precedente e quella successiva: esso si inquadra così nella stessa dinamica dell'esercizio del potere amministrativo*" (p. 20).

¹⁶ Su cui mi si consenta di rinviare in senso critico a M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. dir. parl.* 1/2003 e, più recentemente, ai citati commenti alle ordinanze della Corte di cassazione del giugno 2006.