

**Andreina Scognamiglio**

*Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici  
compatibile con effettività e certezza della tutela*[\[1\]](#).

- Le due recenti sentenze n. 4109/2007 della Corte di cassazione e n. 77/2007 della Corte costituzionale[\[2\]](#) risolvono un nodo del quadro complesso e incerto del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Una delle insidie connesse con l'uso, e con l'abuso[\[3\]](#), della questione di giurisdizione dovrebbe ora essere scongiurata. L'insidia consisteva nella perdita della stessa possibilità della tutela giurisdizionale in tutti i casi in cui – dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice adito – il ricorrente non fosse più in termini per intraprendere l'azione dinanzi al giudice competente, a causa delle prescrizioni e delle decadenze nel frattempo maturate.

Una giurisprudenza costante della Corte di cassazione[\[4\]](#) ha difatti per lungo tempo escluso che le vigenti disposizioni processuali consentano di proseguire nella sede opportuna il giudizio erroneamente instaurato presso il giudice sprovvisto di giurisdizione. Declinata la giurisdizione dal giudice adito o decisa la questione di giurisdizione, il ricorrente avrebbe dovuto instaurare un nuovo e distinto processo. Possibilità, questa, preclusa tutte le volte in cui i termini per proporre l'azione dinanzi al giudice munito di giurisdizione fossero nel frattempo scaduti.

L'unico correttivo, fino ad ora offerto dal sistema, era quello della remissione in termini per errore scusabile. All'istituto, il quale pure rappresenta un'eccezione nel sistema generale del processo amministrativo di impugnazione, improntato alla regola della perentorietà dei termini[\[5\]](#), la giurisprudenza amministrativa è andata via via riconoscendo una portata generale[\[6\]](#). In caso di obiettiva incertezza della norma da applicare, di contrasto giurisprudenziale o di un comportamento della pubblica amministrazione tale da indurre in errore il ricorrente, la parte che sia incorsa nella decadenza può essere rimessa in termini dal giudice ed ottenere che il suo ricorso sia esaminato nel merito[\[7\]](#).

I limiti del rimedio sono però evidenti. In primo luogo, non opera nel caso in cui il processo debba essere instaurato *ex novo* dinanzi al giudice ordinario, non essendo previsto un istituto analogo nel processo civile[\[8\]](#).

In ogni caso, la sua applicabilità è incerta. Anche se la giurisprudenza ha individuato alcune ipotesi tipiche di errore scusabile, la decisione circa la remissione in termini è adottata caso per caso dal

giudice tardivamente adito. La valutazione dell'errore scusabile è condotta in base a dati comunque opinabili, quali l'obiettiva incertezza della norma da applicare o la ragionevolezza del dubbio dell'interprete alla stregua degli orientamenti della giurisprudenza e del comportamento dell'amministrazione.

Un certo grado di discrezionalità e, in qualche caso, di arbitrio è inevitabile.

Esemplificando, la giurisprudenza ha negato l'errore scusabile non solo in presenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, ma anche di un singolo precedente delle Sezioni unite, che avevano dichiarato la giurisdizione amministrativa su di una determinata categoria di controversie.[\[9\]](#)

O addirittura in un precedente, fortunatamente isolato, ha escluso l'errore scusabile quando l'indicazione dell'autorità competente a decidere il ricorso, apposta in calce al decreto impugnato, era errata[\[10\]](#).

Ma un consolidato indirizzo esclude pure che la mancata indicazione, nel provvedimento impugnato, dell'autorità giurisdizionale alla quale ricorrere giustifichi di per sé la rimessione in termini. La mancata indicazione dei dati prescritti dall'art. 3, comma 4, l. 241/1990 non concreta di per sé la scusabilità dell'errore. Anche in questo caso – afferma la giurisprudenza – occorre verificare la sussistenza dei consueti presupposti e dunque il giudice valuterà l'incertezza oggettiva del dato normativo, l'esistenza di orientamenti interpretativi contrastanti, il comportamento tenuto dall'amministrazione, prima di poter concedere la rimessione in termini[\[11\]](#). L'interpretazione accolta dalla giurisprudenza priva di ogni rilevanza la prescrizione dell'art. 3, comma 4 cit. e, in definitiva, accentua la discrezionalità del giudice nel concedere o meno l'errore scusabile.

In conclusione, il ricorrente, che abbia errato nella scelta del giudice al quale rivolgersi, non ha mai la certezza di poter essere rimesso in termini e di poter far valere la sua pretesa dinanzi al giudice munito di giurisdizione.

- In virtù delle due pronunce che si riportano, la regola da oggi vigente è quella opposta della perseguibilità del processo dinanzi al giudice munito di giurisdizione e della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda già proposta. Il meccanismo della *translatio* opera in ogni caso, indipendentemente dalla valutazione discrezionale del giudice, e garantisce al ricorrente di poter ottenere una pronuncia sul merito.

A questa innovativa conclusione le due Corti sono giunte pressoché contestualmente e per strade diverse, com'è del resto coerente con i rispettivi ruoli istituzionali dei due organi giudicanti.

L'iter motivazionale seguito è tuttavia, per un aspetto, comune. Entrambe le sentenze traggono le loro conclusioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo[\[12\]](#).

Per entrambe le Corti il principio di effettività esige che la domanda proposta dal ricorrente sia esaminata nel merito dal giudice e che il processo si concluda con una sentenza idonea a dare “*una risposta in ordine al “bene della vita” oggetto della contesa*”[\[13\]](#).

La tutela giurisdizionale non è data quando il giudice si limita all'esame di questioni procedurali e il processo si esaurisce in una pronuncia di rito, ovvero in una pronuncia assolutoria dall'obbligo di osservanza del giudizio, secondo una terminologia significativa e non più in uso.

- Nella sentenza 4109/2007 delle Sezioni unite[14], il principio di effettività, così inteso, è canone di interpretazione del diritto vigente.

Alla luce dei principi costituzionali, l'art. 50 c.p.c., che regola la riassunzione del processo con riferimento alla sola ipotesi del difetto di competenza del giudice originariamente adito, non può essere letto come un divieto per il caso, non espressamente previsto, del difetto di giurisdizione[15]. Al contrario, la regola della trasmigrabilità della causa e della salvezza degli effetti della domanda trova necessariamente applicazione anche quando il processo sia stato instaurato dinanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione.

Proseguendo nella rilettura delle disposizioni del codice di procedura civile, costituzionalmente orientata secondo il principio dell'effettività della tutela, la Corte di cassazione esclude che il divieto di *translatio* possa essere dedotto dall'art. 367, comma 2, c.p.c.. La circostanza per la quale la norma regola la prosecuzione del giudizio dopo la decisione del regolamento preventivo di giurisdizione, con riferimento al processo civile e non a quello amministrativo è spiegabile altrimenti. Il regolamento preventivo di giurisdizione è stato introdotto nel processo amministrativo con l'art. 30 della 1034/1971 e dunque non poteva far riferimento ad esso il codice del 1942.

Argomenti decisivi a sostegno dell'ammissibilità della *translatio* sono poi rintracciati negli artt. 382, comma 1, e 386 c.p.c.. Per l'art. 382, comma 1, la sentenza delle Sezioni unite che decide sulla giurisdizione determina anche il giudice competente. Per l'art. 386, c.p.c., la pronuncia sulla giurisdizione non vincola in nessun modo il giudizio, di merito, sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda. Entrambe le disposizioni sarebbero prive di senso se la riassunzione della causa e la prosecuzione del processo non fossero consentite.

Infine il codice di rito individua con precisione l'unica ipotesi nella quale il giudizio può concludersi con la decisione sulla questione di giurisdizione, senza rinvio al giudice di merito. L'ipotesi è quella contemplata dall'art. 382, comma 3, per il quale si ha cassazione senza rinvio "se il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione".

Pertanto la regola deducibile dalle disposizioni del codice di procedura civile è che il processo si estingue solo quando né il giudice adito, né nessun altro giudice può statuire perché manca del tutto la situazione giuridica tutelata e la domanda non è in concreto proponibile. Negli altri casi il giudizio va avanti dinanzi al giudice munito di giurisdizione e può essere riassunto secondo la norma, a questo punto generale, dell'art. 50 c.p.c..

- Nella sentenza 77/2007 della Corte Costituzionale, il principio di effettività della tutela giurisdizionale è criterio di integrazione e di correzione del diritto vigente.

La soluzione accolta dalle Sezioni unite è valutata con prudenza dal giudice delle leggi. Non è forse estranea a questo atteggiamento la considerazione che un singolo precedente, per quanto autorevole ed ampiamente motivato, può non dare garanzie sufficienti del definitivo superamento di un orientamento consolidato, dunque non può dare garanzie sufficienti di certezza della tutela[16].

Tanto più se si considera che il principio innovativo della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali è stato enunciato dalle Sezioni unite con riferimento ad una ipotesi di conferma della giurisdizione del giudice *a quo*. Ovvero ad un caso in cui non si poneva nemmeno una questione di *translatio* tra giudici appartenenti a ordini giurisdizionali distinti<sup>[17]</sup> e non era seriamente prospettabile alcun dubbio circa il diritto dell'attore di proseguire il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato per l'esame del merito<sup>[18]</sup>.

La Corte costituzionale muove perciò dall'orientamento precedente delle Sezioni unite, orientamento talmente consolidato da costituire *ius receptum*, ed afferma che il diritto vigente non ammette la *translatio*. In particolare questa non sarebbe in alcun modo prevista dall'art. 50 c.p.c.. Nella norma, che disciplina la riassunzione della causa con esplicito riferimento alla sola ipotesi del difetto di competenza del giudice adito, non può non leggersi un divieto di applicare il medesimo meccanismo quando è contestata la giurisdizione.

Il divieto di *translatio*, desumibile dunque dal diritto vigente, costituisce l'indice di una precisa concezione dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in termini di rigida separazione tra giudici appartenenti ad ordini diversi.

Ma, osserva la Corte, se si accoglie il principio dell'incomunicabilità e della separazione, la pluralità dei giudici si risolve in un'inaccettabile diminuzione della tutela. Così come avviene quando l'erronea individuazione del giudice competente preclude la stessa possibilità dell'esame nel merito della domanda.

Per questa ragione è proprio quella concezione del rapporto tra i due giudici, in termini di separazione, a porsi in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e ad essere incompatibile con la Costituzione.

L'articolazione della funzione giurisdizionale fra una pluralità di giudici è stata recepita dalla Costituzione<sup>[19]</sup>. Tuttavia, può dirsi in linea con i principi desumibili dagli art. 24 e 111 Cost., nella misura in cui serve a garantire una risposta più adeguata alla domanda di giustizia, attraverso l'apporto delle competenze specialistiche dei due giudici distinti<sup>[20]</sup>. Si pone in contrasto con quei principi se il risultato cui conduce è quello di rendere impossibile la tutela di merito.

Il diritto vigente, che si ispira all'idea della separazione e perciò non prevede la trasmigrabilità della causa tra giudice ordinario e amministrativo, presenta una grave lacuna nella tutela. Questa deve essere colmata traendo la regola processuale dai principi costituzionali di effettività e di certezza della tutela giurisdizionale. Tali principi impongono una lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine.

La questione di costituzionalità dell'art. 30, l. 1034/1971 è quindi accolta e la norma è dichiarata costituzionalmente illegittima “*nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione*”.

– L'introduzione del principio della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo lascia aperti alcuni problemi non solo applicativi e di non secondaria importanza, nell'ottica dell'effettività e della certezza della tutela.

In primo luogo quello della disciplina delle modalità e dei termini della riassunzione.

Il problema non è avvertito dalle Sezioni unite. Per le Sezioni unite, che traggono la regola generale della salvezza degli effetti della domanda dall'art. 50 c.p.c., la disciplina processuale è completa poiché la riassunzione del giudizio dinanzi al giudice munito di giurisdizione seguirà in ogni caso la disciplina dettata dalla norma del codice di rito e avverrà nei termini e secondo le forme da questo prescritte.[\[21\]](#)

Per i giudici della Consulta, invece, l'introduzione della regola della salvezza degli effetti della domanda lascia aperto il problema del “meccanismo” della riassunzione.

In questa conclusione è implicito il rifiuto della soluzione favorevole all'immediata applicabilità della disciplina dal codice di procedura, in ogni ipotesi in cui il processo deve essere riassunto e in particolare, nell'ipotesi in cui il processo debba essere riassunto dinanzi al giudice amministrativo.

La divergenza di vedute tra le due Corti è significativa di una diversa concezione del rapporto tra il sistema delle leggi sul processo amministrativo ed il codice di procedura civile.

E' tuttora dibattuto se le (numerose) lacune, che la disciplina del processo amministrativo presenta, possano essere in ogni caso colmate tramite un mero rinvio alle corrispondenti norme del codice di rito o se l'immediata applicabilità valga solo per alcune di esse.

La prima tesi presenta il pregio di fornire, in ogni caso, una soluzione certa. La disciplina del processo civile, per i suoi caratteri di “completezza e di interiore coerenza”, si presta a fungere da “serbatoio al quale attingere quante volte la materia non sia regolata dalle norme speciali”[\[22\]](#).

Ma è la seconda tesi che incontra il maggior favore della dottrina, per lo meno di quella pubblicistica. L'insieme delle norme che regolano il processo amministrativo, e segnatamente il processo amministrativo di impugnazione, non costituiscono una disciplina speciale, rispetto alla disciplina generale del codice di procedura civile. Le eventuali lacune che la disciplina del processo amministrativo presenta non possono perciò essere colmate tramite una semplice applicazione estensiva di quella. L'immediata applicabilità del codice di procedura civile vale solo per le disposizioni che espressamente si riferiscono anche al processo amministrativo (come ad esempio l'art. 362, comma 2) e per quelle che sono espressamente richiamate dal t.u. sul Consiglio di Stato o dalla legge del 1971 (ad es. gli artt. 395 e 396 c.p.c., espressamente richiamati dagli artt. 28, comma 1, e 36 l. Tar e l'art. 46 del t.u. Cons Stato)[\[23\]](#).

Al di fuori di questi casi, l'applicazione estensiva va operata con prudenza e richiede la previa verifica della compatibilità delle norme dettate per il processo civile con i caratteri e le esigenze proprie del processo amministrativo[\[24\]](#).

In più occasioni, la stessa Corte costituzionale ha aderito a questa impostazione, escludendo l'esistenza di un principio costituzionale di necessaria uniformità delle regole del processo[\[25\]](#). Per il giudice delle leggi, non tutti i processi devono necessariamente svolgersi secondo le medesime norme. Anzi alcune difformità sono necessarie e giustificano la stessa pluralità delle giurisdizioni.

Questa nasce dall'esigenza di prevedere regole processuali adeguate alle caratteristiche proprie dei vari giudizi e della tutela erogata dai diversi giudici e dunque diversificate.

Se si accoglie la premessa della non necessaria uniformità delle regole processuali, il problema delle forme, dei modi e dei termini della riassunzione del processo dinanzi al giudice amministrativo non può essere senz'altro risolto attraverso un mero rinvio alle corrispondenti disposizioni del codice di procedura civile. In ogni caso è necessario verificare la compatibilità di quella disciplina con i caratteri propri del processo amministrativo e con il sistema, pure non compiuto, delle leggi che lo riguardano.

La constatazione dalla quale è inevitabile partire è proprio quella dell'assenza di una disciplina organica della riassunzione, nel processo amministrativo.

Le modalità della riassunzione variano a seconda del fenomeno cui essa si ricollega[26].

Per l'art. 24, comma 2, l. tar, il giudizio deve essere riassunto con atto notificato a tutte le parti entro il termine perentorio di sei mesi dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, quando l'interruzione è prodotta dalla morte o dalla perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti.

Sospeso il processo a seguito della proposizione dell'incidente di falso, la parte che ha dedotto la falsità deve depositare copia della sentenza resa sul giudizio di falso entro trenta giorni dalla pubblicazione, pena la decadenza del ricorso [27].

Sospeso il processo, a seguito della proposizione del regolamento di competenza dinanzi al Consiglio di Stato, "il ricorrente può riproporre l'istanza entro trenta giorni dalla notifica della decisione di accoglimento"[28]. La norma tace circa le modalità della riassunzione e circa il termine entro il quale questa deve essere proposta in caso di mancata notifica della decisione di accoglimento.

La legge 1034/1971 regola poi la riassunzione del processo a seguito della pronuncia del giudice di appello di annullamento con rinvio. Secondo l'originaria formulazione dell'art. 35, comma 4, la riassunzione dinanzi al tribunale doveva essere effettuata entro sessanta giorni dalla notifica della decisione del giudice di secondo grado o, in mancanza, entro un anno dalla pubblicazione. La norma è stata poi modificata dall'art. 11, della l. 21 luglio 2000, n. 205, di riforma del processo amministrativo. Nell'ottica del sollecito svolgimento del giudizio e della sollecita ripresa di questo, che è esigenza di interesse comune a tutte le parti, la norma ora dispone la fissazione d'ufficio dell'udienza pubblica, da tenersi entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza che dispone il rinvio.

Il quadro che risulta dalle norme ora riportate, è frammentario ed incompleto.

Nulla è previsto per il caso in cui debba essere riassunto il processo sospeso per la ricusazione del giudice, per l'esistenza di questioni pregiudiziali riservate al giudice ordinario[29], per la proposizione dell'incidente di costituzionalità o del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia[30], ovvero a seguito di decisione di accoglimento del regolamento di competenza, non notificata[31]. Ma, quel che più rileva ai fini del problema che qui interessa, manca una disposizione che regoli la riassunzione dopo la pronuncia delle Sezioni unite, sul regolamento di giurisdizione o sull'impugnazione proposta contro una decisione del Consiglio di Stato declinatoria della giurisdizione, ovvero dopo una sentenza del giudice ordinario declinatoria della giurisdizione.

Il giudice amministrativo si è dunque trovato spesso a dover esaminare il problema delle modalità e dei termini della riassunzione del processo nelle ipotesi di conferma della propria giurisdizione, a seguito di regolamento preventivo, o di annullamento della decisione del Consiglio di Stato declinatoria della giurisdizione. Negli altri casi, si osserva in genere, il problema non si pone: per il divieto della *translatio*, l'unica strada percorribile è quella della instaurazione *ex novo* del giudizio, possibile solo se il ricorrente è ancora in termini[32].

Non mancano peraltro precedenti difformi e favorevoli alla procedibilità del ricorso, proposto al giudice amministrativo solo a seguito della decisione sul regolamento preventivo. Dunque il problema della disciplina applicabile alla riassunzione è stato esaminato anche con riferimento all'ipotesi del passaggio della controversia dal giudice ordinario al giudice amministrativo[33].

La giurisprudenza prevalente esclude l'applicabilità al processo amministrativo della disciplina sancita dall'art. 367, comma 2, ovvero dall'art. 50 c.p.c[34].

Il termine per la riassunzione di sei mesi, o addirittura il termine annuale previsto dall'art. 392 c.p.c., non è agevolmente collocabile in una disciplina processuale che sancisce il termine perentorio di sessanta giorni per la proposizione dell'azione. Non a caso la giurisprudenza spesso opera una distinzione: il termine perentorio di sei mesi è ritenuto applicabile quando la controversia riguarda diritti soggettivi, non quando si controverte di interessi legittimi.

Quando si controverte di interessi legittimi, o meglio – secondo la prospettiva che sembra senz'altro preferibile[35] – quando sia proposta una domanda di annullamento del provvedimento lesivo, non può essere concesso un termine di sei mesi, o addirittura il termine annuale, per la riassunzione. Altrimenti si verrebbe a sancire un'irragionevole asimmetria rispetto al termine accordato al ricorrente per instaurare il giudizio.

Nei casi di conferma della giurisdizione amministrativa, la giurisprudenza ritiene applicabile il termine di sessanta giorni, decorrenti dalla notificazione della sentenza o (in mancanza di notifica) di un anno dalla pubblicazione della sentenza, in analogia a quanto dispone l'art. 35, comma 3 l. tar (nel suo vecchio testo) [36]. Ovvero il solo termine di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione della sentenza della Cassazione, secondo un altro indirizzo che fa riferimento al disposto degli artt. 21, l. tar e 36, t.u. Cons. Stato.

Quest'ultimo criterio è condiviso anche da quella giurisprudenza, cui sopra si è fatto cenno, già favorevole all'ammissibilità del ricorso proposto al giudice amministrativo solo a seguito della decisione sul regolamento preventivo. Con l'avvertenza, ancora una volta, che il termine di sessanta giorni è ritenuto applicabile quando si controverte di interessi legittimi, ovvero quando è proposta un'azione di annullamento. Se la controversia concerne diritti soggettivi, il termine è, invece, quello di sei mesi sancito dall'art. 367 c.p.c., per la riassunzione del giudizio dinanzi al giudice ordinario[37] ovvero il termine di prescrizione del diritto[38].

Le perplessità, manifestate dalla giurisprudenza in ordine all'applicabilità della disciplina del codice di rito, sono destinate dunque ad accentuarsi quando, con la *translatio iudicii*, si determina la trasmigrazione della controversia dal giudice ordinario al giudice amministrativo. In questo caso non è, in effetti, agevolmente decifrabile la ragione di una disciplina differenziata dei termini a seconda che il giudizio sia fin dall'inizio instaurato dinanzi al giudice amministrativo, munito di giurisdizione, ovvero dinanzi a questo a seguito della pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice ordinario o della sentenza delle Sezioni unite.

I dubbi, circa l'immediata applicabilità delle norme del codice di procedura civile, investono anche le disposizioni che regolano le modalità della riassunzione.

Per l'art. 125, disp. att. c.p.c., l'atto di riassunzione deve contenere, oltre all'indicazione del giudice e delle parti, "il richiamo all'atto introduttivo del giudizio".

Ma, quando la causa passa dal giudice ordinario al giudice amministrativo, l'atto introduttivo originariamente formulato dal ricorrente può non essere idoneo a sostenere adeguatamente le sue ragioni[39].

Nel passaggio da un giudice all'altro, si può rendere opportuna una riformulazione dell'atto introduttivo, con la specificazione dei motivi di ricorso[40] o anche, semplicemente una nuova stesura di questo, con quegli adattamenti, anche solo lessicali, più adeguati alla sede nel quale il ricorso sarà esaminato nel merito.

Per queste ragioni sono condivisibili le preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale. L'introduzione della regola della salvezza degli effetti della domanda lascia aperto il problema della forma, dei termini e delle modalità della riassunzione del giudizio. Forma, termini e modalità dovranno essere regolati dal legislatore nel modo che questi riterrà più opportuno. Finché il legislatore non provvederà, la disciplina applicabile dovrà essere individuata dal giudice, con gli strumenti ermeneutici di cui dispone.

Poiché dal quadro, che si è sommariamente tracciato, emerge una notevole incertezza della giurisprudenza e si profila un possibile contrasto in ordine a modalità e termini della riassunzione a seguito di pronuncia sulla giurisdizione, nell'ottica della certezza della tutela, il contrasto andrebbe prevenuto e la questione andrebbe rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria[41].

La soluzione, verso la quale sembra opportuno orientarsi, non è quella dell'applicazione diretta delle norme del codice di rito, per le ragioni che si sono dette. Né sembra praticabile un'applicazione estensiva dell'art. 35, comma 3, l. tar., che - nella sua attuale formulazione - prevede la "fissazione d'ufficio dell'udienza pubblica, da tenere entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza con la quale si dispone il rinvio". La norma, che attribuisce il potere di impulso al giudice, è utilmente applicabile solo nel caso in cui è confermata la giurisdizione del giudice amministrativo adito e il giudizio debba semplicemente riprendere il suo corso dinanzi a questo.[42]

Per i casi di *translatio*, un atto di iniziativa della parte è necessario, nell'interesse di questa, per consentire quegli aggiustamenti della forma e del contenuto dell'atto, che sono richiesti dalla diversa sede nella quale il giudizio si svolge.

Quanto ai termini, la soluzione preferibile è quella in linea con le indicazioni della legislazione recente e con il favore, che questa mostra, verso gli strumenti tesi ad assicurare il più possibile il sollecito svolgimento del giudizio e la sollecita ripresa del medesimo, in caso di interruzione o sospensione. Quindi, quando è proposta un'azione di annullamento, il termine al quale sembra opportuno far riferimento è quello di sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza che ha deciso la questione di giurisdizione o che ha disposto il rinvio[43], in analogia a quanto previsto per il ricorso introduttivo del giudizio.

Nel principio di effettività e del resto compreso anche quello della ragionevole durata del processo e questo esige che la questione di giurisdizione incida nella misura minore possibile sui tempi del giudizio.

Il termine di sei mesi sarà invece utilizzabile quando è proposta un'azione di accertamento.

- L'introduzione del principio della *translatio* apre inevitabilmente altre questioni, legate anch'esse alle peculiarità del processo amministrativo come processo di impugnazione. Quella della sorte della domanda erroneamente proposta al giudice non competente, oltre il termine entro il quale la medesima avrebbe dovuto esser fatta valere dinanzi al giudice munito di giurisdizione. Quella della deducibilità dinanzi al giudice amministrativo di motivi di impugnazione diversi ed ulteriori rispetto a quelli già dedotti dinanzi al giudice ordinario, rivelatosi poi sprovvisto della giurisdizione[44]. Quella della convertibilità della domanda di accertamento, con richiesta di disapplicazione di provvedimenti lesivi, proposta al giudice ordinario in una domanda di annullamento dell'atto al giudice amministrativo.

In altre parole, il problema è se la regola della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda possa valere anche a rimettere in termini il ricorrente o possa consentire l'estensione dei motivi di ricorso o la conversione della domanda.

I principi che vengono in gioco sono due, ognuno dei quali meritevole di considerazione, ma tale da giustificare la soluzione opposta.

Il principio di effettività della tutela, per il quale il processo deve il più possibile mirare ad una sentenza che risolva il merito della controversia, dovrebbe favorire la massima estensione della regola della salvezza degli effetti della domanda. Dunque, la continuazione del giudizio, dinanzi al giudice munito di giurisdizione, dovrebbe essere consentita anche nel caso in cui la domanda non sia stata proposta nei termini propri del giudizio che il ricorrente avrebbe dovuto fin dall'origine instaurare. Così come dovrebbe ammettersi l'estensione dei motivi di ricorso e la conversione della domanda.

L'altro principio rilevante è quello della certezza dei rapporti di diritto pubblico, garantito dal termine di decadenza per la proposizione del ricorso di annullamento e dalla regola della specificità e della tassatività dei motivi. Il principio della stabilità dei rapporti di diritto pubblico porterebbe ad escludere che nella regola della salvezza degli effetti della domanda si possa includere anche un effetto impeditivo della decadenza già prodotta[45].

Una composizione è dunque necessaria. Viene però da chiedersi se sia opportuno che il bilanciamento tra i due opposti principi sia definito dalla legge, in termini rigidi[46], e pertanto con il necessario sacrificio di uno dei due interessi contrapposti. O se non sia preferibile, piuttosto, utilizzare un parametro elastico come quello dell'errore scusabile.

Il parametro elastico dell'errore scusabile consente una valutazione caso per caso. Evita perciò il pericolo che tramite la disciplina della *translatio iudicii* si offra al ricorrente un comodo strumento per ovviare alla propria negligenza e, in definitiva, la possibilità di eludere il termine perentorio per la proposizione dell'azione di impugnazione.

Al tempo stesso evita che il ricorrente sia privato del diritto di agire in giudizio quando si è rivolto al giudice sprovvisto di giurisdizione, per un errore giustificabile, cioè indotto dall'incertezza della norma applicabile, da orientamenti giurisprudenziali contrastanti o dal comportamento dell'amministrazione. Se l'errore è scusabile, ricorrendo le circostanze sopra ricordate, non può imputarsi al ricorrente di essersi attenuto alle regole proprie del giudizio che aveva ritenuto di dover avviare.

L'istituto della *translatio iudicii* e quello dell'errore scusabile possono quindi concorrere a completare il sistema della tutela<sup>[47]</sup>, improntato al principio di effettività. Il primo opera automaticamente e in tutti i casi in cui il ricorso, avviato dinanzi al giudice non competente, è direttamente trasferibile nell'altra sede.

Il secondo opera quando il ricorso non è immediatamente trasferibile, per la mancanza dei requisiti di forma o perché non proposto nei termini. L'ammissibilità del ricorso, in questo caso, sarà decisa dal giudice *a quo* e sarà disposta quando appare opportuna ed equa, sulla base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze del caso concreto e, in particolare, della non colpevolezza dell'errore in cui il ricorrente è incorso.

- Una volta introdotti i principi della salvezza degli effetti della domanda e della perseguibilità del giudizio dinanzi al giudice munito di giurisdizione è inevitabile che essi operino in tutte le situazioni in cui ne ricorrono i presupposti.

Per entrambe le Corti il principio della salvezza degli effetti della domanda si collega direttamente con quelli di effettività della tutela e dell'unità della giurisdizione. Dunque la sua estensione non richiede in ogni caso un intervento correttivo del giudice delle leggi<sup>[48]</sup>.

Decifrate le coordinate costituzionali, tutte le norme che non consentono espressamente la trasmissione della causa tra giudici di ordini diversi devono essere interpretate coerentemente con esse.

Per quel che riguarda il processo amministrativo, si impone in particolare la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 34, comma 1 l. Tar.

L'art. 34, comma 1, prescrive che, se il Consiglio di Stato riconosce il difetto di giurisdizione o di competenza del Tribunale amministrativo regionale, annulla la decisione impugnata senza rinvio.

La disposizione che prevede l'annullamento senza rinvio per difetto di giurisdizione non può essere ora intesa come riferita all'ipotesi in cui il giudice d'appello abbia rilevato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario. In questo caso si avrà annullamento con rinvio ad altro giudice.

L'art. 34, comma 1, deve essere necessariamente letto come riferito alla sola ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato potrà disporre un mero annullamento solo quando abbia rilevato l'assenza di una situazione protetta o abbia ritenuto che la controversia riguarda la sfera del merito riservato alla pubblica amministrazione<sup>[49]</sup>.

Ma l'interpretazione evolutiva o correttiva dell'art. 34, comma 1, non può non riguardare anche quella parte della norma che si riferisce al difetto di competenza.

Mentre nel processo civile la regola della *translatio*, già espressamente prevista dall'art. 50 c.p.c. per l'ipotesi del difetto di competenza del tribunale adito, si estende ora all'ipotesi del difetto di giurisdizione, nel processo amministrativo si assiste al fenomeno opposto. La regola della *translatio*, introdotta dalla sentenza additiva della Corte costituzionale con riferimento all'ipotesi del difetto di giurisdizione non può non estendersi al caso del difetto di competenza del tribunale amministrativo adito[50].

L'art. 34, comma 1, va dunque, in questa parte, letto nel senso che, se il Consiglio di Stato riconosce il difetto di competenza del Tribunale, il giudizio di appello si conclude con l'annullamento della decisione impugnata, senza rinvio al medesimo giudice che l'ha emessa, ma con rinvio al giudice competente.

La duttilità da sempre dimostrata dal giudice amministrativo nell'interpretazione delle norme che lo riguardano, rende possibile questa soluzione.

La giurisprudenza amministrativa si è già espressa nel senso della trasponibilità della regola della *translatio* dall'ipotesi del difetto di giurisdizione a quella del difetto di competenza.

Un precedente interessante è offerto da una decisione del Tar Campania[51]. Il Tribunale regionale, rilevata la propria incompetenza e la competenza funzionale del Tar Lazio ex art. 3, comma 2 bis, d.l. 245/2005, in materia di provvedimenti di emergenza, ha disposto la riassumibilità del ricorso dinanzi al Tar centrale. Il richiamo ai principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, che la sentenza 77/2007 pone alla base della regola della salvezza degli effetti della domanda, ha consentito ai giudici di applicare la regola in un caso in cui la norma processuale dell'art. 3, comma 4 quater del d.l. 245/2005 cit. non la prevede e sancisce invece l'obbligo per il ricorrente di instaurare *ex novo* il giudizio[52].

- La sentenza n. 77/2007 affida al legislatore ordinario la scelta se tener fermo il principio, per il quale "ogni giudice è giudice della propria giurisdizione", ovvero adottare la regola sancita dall'art. 44 c.p.c. in tema di competenza, limitando l'eventualità del conflitto negativo alle sole ipotesi di giurisdizione devoluta per materia. Per la Corte non vi sono dunque ostacoli di ordine costituzionale alla revisione, o alla limitazione, del carattere della inderogabilità della giurisdizione, nei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo[53]. Anche in questa indicazione è implicita la consapevolezza della necessità di ridurre "il peso processuale specifico della questione di giurisdizione" e di rimodellarne il regime[54].

Finché il legislatore non interverrà e già in base al diritto vigente, il quadro dei principi enunciati dalle due Corti offre fin da ora l'opportunità di un riesame critico di indirizzi giurisprudenziali consolidati, ma non in linea con quella indicazione[55]. In particolare, offre l'opportunità di una lettura diversa del nostro sistema di giustizia, che affida la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ad una pluralità di giudici.

Il discorso non può non investire la stessa regola del riparto, tuttora in bilico tra il criterio oggettivo della materia e quello della situazione dedotta in giudizio

Se le principali aree del contenzioso, edilizia e urbanistica, servizi pubblici, pubblico impiego, sono oggi direttamente affidate dal legislatore all'uno o all'altro giudice, il criterio tradizionale della "natura" della situazione giuridica soggettiva dedotta non può dirsi superato. Continua difatti ad

essere impiegato in via residuale, per le materie non espressamente devolute[56], ma anche per delimitare, all'interno delle stesse materie di giurisdizione esclusiva, categorie di controversie relative a diritti soggettivi, e dunque comunque riservate al giudice ordinario[57].

Il criterio tradizionale genera inevitabilmente incertezze nella individuazione del giudice competente a decidere.[58] Inoltre postula l'idea della separazione tra le due giurisdizioni non comunicanti tra loro[59], in quanto si esplicano su oggetti diversi, "rispettivamente sui diritti soggettivi, incisi da atti illeciti e su interessi legittimi incisi da atti invalidi"[60].

Il dubbio, che la lettura delle due sentenze suscita, è se la regola del riparto incentrata sulla natura della situazione dedotta sia coerente con i principi enunciati dalle Corti o se questi non ne impongano il definitivo superamento.

Il principio di effettività, per il quale il processo deve il più possibile mirare a fornire alle parti la soluzione della lite, quello di unità della giurisdizione, nonché la rilevata assenza di un fondamento costituzionale della regola per la quale "il giudice è sempre giudice della propria giurisdizione" e di un nesso necessario tra diritti soggettivi, anche fondamentali, e giudice ordinario[61], suggeriscono una lettura diversa del rapporto tra i due giudici.

E' coerente con i parametri costituzionali evocati l'idea che, al di fuori delle materie espressamente devolute dal legislatore, la giurisdizione debba ritenersi data o non data a seconda che, in relazione alla domanda proposta, il giudice abbia o meno il potere di decidere su di essa[62]; che una pronuncia declinatoria della giurisdizione sia possibile solo quando al giudice sia richiesto un provvedimento che non può adottare, a causa dei limiti posti dalla legge ai suoi poteri; che negli altri casi, per il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il giudice sia tenuto ad osservare l'obbligo fondamentale di provvedere nel merito sulla domanda[63].

La lettura del sistema della pluralità dei giudici, in linea con i principi di effettività e certezza della tutela, è che, al di fuori delle materie espressamente devolute e quando viene richiesta una tutela che entrambi i giudici possono fornire, la scelta del giudice[64] sia rimessa alla "volontà di almeno una delle parti in causa" [65] e che questa si possa orientare, secondo il suo interesse pratico, verso quel giudice che sia in grado di dare una tutela maggiore e più immediata. Nei casi sopra indicati[66], quello del giudice amministrativo si atterrebbe perciò come foro speciale, ma facoltativo[67], per l'esame delle controversie nei confronti della pubblica amministrazione.

Non è questa la strada fino ad ora percorsa dalla Corte regolatrice[68] e dal Consiglio di Stato, che pure mostra qualche maggiore apertura[69].

Tuttavia le perplessità, che la giurisprudenza più recente in tema di riparto suscita[70], potrebbero indurre al riesame critico di un indirizzo recepito, che non trova però un valido sostegno nella lettura del sistema della pluralità dei giudici, conforme alla Costituzione.

---

[1] In corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*.

[2] Vedile già commentate da R. ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013; C. CONSOLO, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. Giur.*, 6/2007, 745; C. DELLE DONNE, *La Cassazione, la Consulta e il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di potestas iudicandi. La parola ora passa al legislatore*; oltre ai commenti a prima lettura di G. VERDE, *Sulla giurisdizione una lacuna da colmare*, in *Il Sole-24 Ore*, 29 aprile 2007; M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida al diritto*, 31 marzo 2007, n. 13, 106; G. FINOCCHIARO, *Necessario un intervento del legislatore per chiarire le modalità della riassunzione*, *ivi*, 100; M.A. SANDULLI, *Note a primissima lettura delle sentenze n. 4109 delle Sezioni unite della Corte di cassazione e n. 77 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

[3] La questione di giurisdizione è spesso stata utilizzata come “comodo strumento d'intralcio di decisioni giudiziali, di cui consente di ritardare la definizione” o come mezzo per “vanificare l'intero giudizio svolto”: in questi termini, rispettivamente, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964, 224 e F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 44 ss. Il pericolo dell'abuso o dell'uso distorto della questione di giurisdizione è peraltro aggravato dall'oggettiva ambiguità del criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa. Il criterio della “natura” della situazione giuridica dedotta in giudizio, incerto ed opinabile, si presta ad interpretazioni opposte. Ma a non minori incertezze darebbe luogo, secondo una opinione diffusa, il criterio dei blocchi di materie, specie dopo il contestato intervento correttivo di Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in questa *Rivista*, 2004, 1895, con note di F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della corte costituzionale n.204/2004*; di C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla corte costituzionale alla prova dei fatti* e di D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito una conferma implicita e alcune incertezze residue*; in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con nota di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004* e di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza 204 della Corte costituzionale*; in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214, con nota di L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e sui limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*; e in *Foro it.*, 2004, I, 2598 con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, e di F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*.

[4] Cfr. Cass. civ., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, non pubblicata. Nel cassare una sentenza della Corte di appello di Catania, le Sezioni Unite espressamente affermano che “il giudice ordinario che dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo non può disporre la rimessione delle parti dinanzi a detto giudice, con gli effetti ricollegabili alla *translatio iudicii*”; *Id.*, 25 novembre 2003, n.17934, e 16 dicembre 2003, n. 19218, in *Arch. civ.*, 2004, 1108 e 1209; *Id.*, 4 giugno 2002, n.8089, in *Arch. civ.*, 2003, 437; *Id.*, 15 maggio 2002, n. 7099, in *Giur.it.*, 2002, I, 2423; *Id.*, 6 novembre 1993, n. 10998, in *Foro it.*, 1993, I, 3246. Corrente è dunque la contrapposizione tra la pronuncia di incompetenza e quella declinatoria della giurisdizione. La prima contiene l'indicazione del giudice competente, dinanzi al quale la causa dovrà essere riassunta con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda. La pronuncia declinatoria della giurisdizione, o la sentenza con la quale la Corte statuisce sulla giurisdizione, invece chiude il processo, che dovrà essere avviato *ex novo* dinanzi al giudice munito di giurisdizione, senza che vi sia la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta al giudice sprovvisto della giurisdizione. Cfr. per tutti: C. MANDRIOLI, *Diritto*

*processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, vol. I, 262. e A. ATTARDI, *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, Padova, 1999, 208 ss. Peraltro la dottrina processualciviltistica si mostra generalmente favorevole alla introduzione della regola, *de iure condendo*. In questo senso: G. VERDE, *Profili del processo civile, I, Parte generale*, Napoli, 2002, 51; C. CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali*, in *Corr. Giur.*, 2005, 893; Id., *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, ivi, 2000, 1265. Ovvero dubita della legittimità costituzionale delle norme che non consentono la *translatio iudicii* tra giudici di ordini diversi: D. DALFINO, *I regolamenti di giurisdizione e competenza*, in *Foro it.*, 2003, I, 2796 ss.; M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 328; A. GIUSSANI, *La "perpetuatio iurisdisdictionis"*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, Torino, 2000, 230. Per altri Autori, una interpretazione evolutiva delle vigenti disposizioni processuali consentirebbe la *translatio iudicii* dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa, cfr. V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1644; A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema di regolamenti di giurisdizione e di competenza, di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, 103; R. ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss; Id., *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1187 e *Giudice ordinario, giudice speciale, "translatio iudicii"*, ivi, 2005, 1463 ss.

[5] La remissione in termini è stata introdotta nel sistema della giustizia amministrativa dalla l. 8 febbraio 1925, n. 88, come opportuno temperamento alla regola, già sancita dall'art. 34, t.u. 1054/1924, dell'inammissibilità del ricorso proposto contro un provvedimento non definitivo. La pronuncia di inammissibilità veniva a precludere al ricorrente ogni via per l'impugnazione dell'atto, anche in sede amministrativa, essendo nel frattempo scaduto il termine per proporre il ricorso gerarchico. Per ovviare a questa conseguenza, che parve iniqua, la l. 88/1925 attribuì al Consiglio di Stato il potere di concedere al ricorrente il beneficio della rimessione in termine quando l'errore circa il carattere definitivo o no del provvedimento fosse ritenuto scusabile.

[6] Il carattere generale dell'istituto dell'errore scusabile e la sua applicabilità anche d'ufficio sono espressamente sancite da Cons. stato, Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, in questa *Rivista*, 1999, 1205.

[7] I presupposti per la riconoscibilità dell'errore scusabile pure sono pacifici. Cfr. Cons Stato, sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3323, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., sez. V, 8 marzo 2005, n. 942, in questa *Rivista*, 2005, 812; Id., sez. V, 24 maggio 1996, n. 604, *ivi*, 1996, 1566.

[8] Cfr. Cass. civ., Sez. I, 9 luglio 2004, n. 12676 in *Guida al diritto*, 43/2004, 44; Id., sez. I, 23 marzo 2000, n. 3473, non pubblicata.

[9] E' il caso deciso da Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 1990, n. 282 in questa *Rivista*, 1990, 434

[10] In base alla considerazione che "la giurisdizione non è derogabile tramite atto amministrativo", cfr. TAR Marche, 16 gennaio 2004, n. 3, non pubblicata. Ma, in senso contrario, TAR Veneto, Venezia, sez. I, 3 marzo 2004, n. 480, e Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2003, 3384, in questa *Rivista*, 2003, 1967.

[11] In un primo momento, la giurisprudenza ha escluso che la mancata indicazione nel provvedimento impugnato del termine e dell'autorità cui ricorrere concreti di per sé un vizio di legittimità dell'atto, tale da giustificare una pronuncia di annullamento. L'indirizzo è condivisibile

nella misura in cui si riconosca altresì che la mancata indicazione degli elementi richiesti dall'art. 3, comma 4, l. 241/1990 comporta la rimessione in termini del ricorrente per errore scusabile. In applicazione della regola del raggiungimento dello scopo, l'atto non è illegittimo, ma il ricorrente è rimesso in termini. Significativa di questo indirizzo, Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2003, n. 501, in *Ragiusan.*, 2003, 134. La giurisprudenza più recente sembra aver mutato indirizzo. Anche nel caso di omessa indicazione dei dati richiesti dall'art. 3, comma 4, nel provvedimento impugnato, la concessione dell'errore scusabile è subordinata alla verifica della sussistenza di una obiettiva condizione di incertezza della norma da applicare. In questo senso: Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763 in *Urbanistica e appalti*, 2006, 861; Id., sez. V, 29 agosto 2006, n. 5039 e 14 dicembre 2006, n. 7404, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), con la conseguenza che la prescrizione dell'art. 3, comma 4, l. 241/1990 è spogliata di ogni significato.

[12] Per una concezione ampia del principio di effettività e per l'interpretazione dell'art. 24 Cost, come rivolto ad assicurare una tutela di merito, F. SATTA, voce *Giustizia amministrativa*

[13] Cfr. Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, punto 5, delle considerazioni in diritto. Ma, in termini analoghi, vedi già Corte Cost., 16 ottobre 1986, n. 220, in *Foro it.*, 1986, I, 2669, che ricollega l'obbligo del giudice di rendere una pronuncia di merito, nei limiti dei suoi poteri, al principio del giusto processo e dunque all'art. 111 Cost., piuttosto che all'art. 24. Si legge nella motivazione che "il giusto processo civile viene celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali tra le parti, ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha torto e chi ha ragione". La sentenza è ricordata da R. ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale, "translatio iudicii"?*, in *Corr. Giur.*, 10/2005, 1466, il quale rinviene nella sentenza l'impronta del pensiero di Andrioli, che ne è stato l'estensore, e dello stesso Chiovenda. Per il primo Autore principio fondamentale del processo è l'aspirazione di questo a concludersi con una sentenza di merito. Per il secondo le disposizioni processuali devono tutelare il litigante in quanto tale, "facilitare l'uso del processo, spianare il cammino verso la sua definizione, evitare al litigante, anche al più temerario, i danni non necessari della lite e gli ostacoli inutili" tutelando insieme "l'interesse che lo Stato ha a spendere nel miglior modo possibile l'opera dei suoi organi".

[14] La sentenza 4109/2007 della Corte di Cassazione prende spunto da una decisione del Consiglio di Stato di annullamento senza rinvio, per difetto di giurisdizione, ex art. 34, comma 1 l. Tar. Il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso di una società concessionaria di un'area di proprietà comunale rivolto ad ottenere la condanna del Comune al rimborso delle spese di manutenzione straordinaria dell'impianto in concessione. La decisione del Consiglio di Stato declinatoria della giurisdizione è cassata dalle Sezioni unite per violazione dei limiti esterni della giurisdizione: il Consiglio di Stato aveva rilevato d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione quando sulla questione si era espressamente pronunciato il giudice di primo grado, con statuizione non appellata dalle parti. La tesi favorevole alla più ampia rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione è stata poi mitigata dal giudice amministrativo. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione 30 agosto 2005, n. 4, in *Corr. Giur.*, 2005, 1569, con nota di C. CONSOLO, *Il riparto fra le giurisdizioni, l'anacronismo della severità ispiratrice dell'art. 37 c.p.c. sul rilievo officioso in ogni grado e il gatto del Cheshire*, ha aderito all'indirizzo richiamato dalla Corte di cassazione, nella presente pronuncia, circa i limiti alla rilevabilità d'ufficio in secondo grado del difetto di giurisdizione. L'Adunanza plenaria ha statuito che il giudice del gravame può esaminare d'ufficio la questione di giurisdizione solo ove il giudice di primo grado abbia ritenuto la propria giurisdizione in via implicita, pronunciandosi sul merito. Nel caso in cui sussista una espressa statuizione del giudice di primo grado, invece, il Consiglio di Stato non può decidere della giurisdizione in assenza della tempestiva impugnazione del relativo capo di sentenza. In mancanza di tempestiva impugnazione si forma il c.d. giudicato interno che impedisce al giudice di esaminare d'ufficio la questione.

[15] La sentenza 4109/2007 riprende in pieno le argomentazioni svolte dalla dottrina processualcivilistica, già favorevole ad ammettere la *translatio*, de iure condito, citata alla nota .

[16] All'esigenza di certezza della tutela ricollega la scelta della soluzione "forte" della dichiarazione di incostituzionalità adottata dalla Corte costituzionale, M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, cit..

[17] In buona sostanza, l'enunciazione dell'innovativo principio della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici appartenenti ad ordini diversi è affidata ad un *obiter dictum*, trattandosi di un argomento non necessario per definire la questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite, cfr. R. ORIANI, *E' possibile la "translatio iudicii"*, cit, 1014. Osservano C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti*, cit., 746, che quella di adottare sentenze di indirizzo, in relazione ricorsi definibili in poche e scarse battute, è una tecnica già seguita dalla Corte di cassazione, la quale vi ricorrerebbe al fine di orientare sin da subito i giudici di merito.

[18] La sentenza 4109/2007 conferma della giurisdizione del giudice a quo, dunque non era in dubbio la perseguibilità della causa dinanzi a questo. Vero è che non manca qualche precedente in senso contrario, di cassazione senza rinvio di pronunce del Consiglio di Stato erroneamente declinatorie della giurisdizione, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 ottobre 2002, n. 14895, in questa *Rivista*, 2002, e in *Giornale dir. amm.*, 2003, I, 61.

[19] Sull'idea che la giurisdizione amministrativa e ordinaria vanno oggi viste come articolazioni dell'unica funzione giurisdizionale e non come giurisdizioni diverse, vedi A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 2° ed., Tomo V, parte speciale, 4194. Per l'A. l'evoluzione del nostro sistema mostra il passaggio da una doppia giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ad una giurisdizione unica affidata a più giudici.

[20] A questa idea si è del resto ispirata la giurisprudenza della Corte Costituzionale, immediatamente successiva alla legge 205/2000 e fino alla pronuncia 6 luglio 2004, n. 204, cit.. In una serie di decisioni, la Corte ha in buona sostanza affermato la piena discrezionalità del legislatore ordinario di ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, avendo riguardo solo alla tipologia e al contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, prescindendo invece da ogni considerazione della "natura" della situazione soggettiva incisa. Cfr. Corte Cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Corr. Giur.*, 2001, 1023; Id., 25 luglio 2001, n. 275, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1041; Id., 18 dicembre 2001, n. 414, in *Foro it.*, 2002, I, 1291; Id., 7 maggio 2002, n. 161, in *Giur. costit.*, 2002, 1367; Id., 7 novembre 2002, n. 439, *ivi*, . In particolare Corte Cost. 140/2001, rinviene nell'art. 113 cost. il perno fondamentale del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, ravvisando in esso una disposizione tesa a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale e ad indirizzare la discrezionalità del legislatore nel senso di realizzare una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze prese in considerazione. Il filo, interrotto dalla già citata sentenza 204/2004, è ora ripreso da Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140. La Corte era stata chiamata a decidere della legittimità dell'art. 1, comma 552 della l. 30 dicembre 2004, n. 311, ( finanziaria 2005) nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di energia elettrica, a prescindere da ogni considerazione della natura della situazione soggettiva incisa ( nella specie il diritto fondamentale alla salute e all'ambiente). La Corte ha respinto le censure. L'oggetto delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è circoscritto alle "particolari procedure e provvedimenti", tipizzati dalla legge, il d.l. 7/2002, e concernenti una materia specifica, gli impianti di generazione di energia elettrica. "Né osta alla validità costituzionale del sistema la natura fondamentale dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie *de quibus*, non essendoci alcun principio o norma del nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti".

[21] La conclusione favorevole all'immediata applicazione delle norme del codice di procedura civile sembra condivisa nei primi ed autorevoli commenti alle due sentenze. Per C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 748, il termine per la riassunzione è in ogni caso quello semestrale sancito dall'art. 50 c.p.c.. La norma assume un valore preminente, poiché è ad essa che fanno chiaramente riferimento le due pronunce. R. ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii, cit.*, I, 1023, si dichiara invece a favore dell'applicabilità del termine prescritto dall'art. 392 c.p.c., di un anno dalla pubblicazione della sentenza, nel caso in cui sia intervenuta una pronuncia di cassazione con rinvio ex artt. 360, n. 1, e 362, comma 1, c.p.c.. Qualora invece la riassunzione avvenga a seguito della decisione sul regolamento di giurisdizione, il termine è quello di sei mesi dalla comunicazione della sentenza sul regolamento, sancito dall'art. 367, comma 2 c.p.c.. Nel caso di pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice di merito, varrebbe ancora il termine semestrale, per un'esigenza di armonia del sistema. L'Autore respinge peraltro l'alternativa che individua il termine per la riassunzione in quello dell'art. 35, ultimo comma, l. tar, di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza o di un anno dalla pubblicazione. Il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 35, ult. co., l. Tar deve essere però esaminato tenendo conto delle modifiche al testo normativo, introdotte dall'art. 10, comma 3, della l. 205/2000. Nella sua attuale formulazione, l'art. 35, comma 4, prevede la fissazione d'ufficio dell'udienza di discussione da parte del giudice *a quo*. Sulle ragioni per le quali il meccanismo della fissazione d'ufficio dell'udienza non sembra idoneo a disciplinare la riassunzione, nel caso di passaggio tra giudici di ordini diversi, vedi *infra* nel testo.

[22] In questi termini, G. VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, V, 157.

[23] Cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce "Processo amministrativo (considerazioni introduttive)", in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, vol. XIII, 1078. L'impostazione sembra preferibile rispetto a quella accolta da M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 39 ss., per il quale sono immediatamente applicabili al processo amministrativo quelle norme del codice che sono espressione di principi costituzionali e quelle definite "comuni", in quanto rivolte a regolare esigenze che si possono presentare in ogni tipo di giudizio. La tesi si fonda però su di un criterio difficile da decifrare, non essendo agevole distinguere le norme a rilievo costituzionale e quelle comuni di diretta applicazione dalle altre che tali non sono, cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 158.

[24] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 233, pure respinge la tesi di una "dipendenza istituzionale della disciplina del processo amministrativo rispetto a quella del processo civile" e afferma l'autonomia e la distinzione del sistema processuale amministrativo rispetto a quello civile. Quando si tratta di risolvere le lacune della disciplina del processo amministrativo, il giudice non si limita mai ad un mero rinvio al codice di procedura civile, ma valuta in ogni caso la compatibilità della norma codicistica con il sistema processuale nel quale dovrebbe essere inserita.

[25] Il legislatore nella sua discrezionalità, e con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà, può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali, in questo senso, Corte Cost., ord. 24 ottobre 2001, n. 343, in *Foro it.*, 2002, I, 320. Sull'autonomia dei diversi sistemi processuali, le ordinanze 4 febbraio 2000, n. 30, e 21 ottobre 1998, n. 359, rispettivamente in *Giur. costit.*, 2000, 212 e in *Foro it.*, 1998, I, 3033 e la sentenza 12 marzo 1998, n. 53, in *Cons. Stato*, 1998, II, 338.

[26] P. NUMERICO, voce “*Riassunzione del processo (diritto processuale amministrativo)*”, in *Enc. giur.*, Roma, , offre un quadro sintetico e chiaro degli orientamenti giurisprudenziali in materia. Cfr. anche A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, sub. art. 30, IV, l.tar..

[27] Cfr. art. 43, reg. Proc. 642/1907.

[28] La dottrina ritiene che il legislatore abbia voluto riferirsi all'istanza di riassunzione, laddove utilizza il termine, non del tutto rigoroso, di “istanza”. Non vi è invece accordo circa le modalità e circa il termine per la presentazione. Quanto alle modalità, la tesi per la quale sarebbe sufficiente un'istanza di fissazione di udienza è minoritaria. Secondo l'opinione che incontra il maggior favore della dottrina e della giurisprudenza sarebbe invece necessario un atto notificato alle parti.

[29] Per la prosecuzione del giudizio amministrativo, sospeso per la definizione di una pregiudiziale civile, non occorre un atto di riassunzione, non previsto nel processo amministrativo, ma è sufficiente la proposizione di una nuova istanza di fissazione di udienza entro il termine biennale di perenzione, secondo Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5364, e 17 febbraio 2000, n. 911, in questa *Rivista*, 2002, 2344 e 2000, 397.

[30] La giurisprudenza ritiene che, ai fini della prosecuzione del giudizio sospeso per la definizione di una pregiudiziale civile o per rinvio alla Corte Costituzionale o alla Corte di Giustizia, non sia necessario un atto di riassunzione, non prescritto dalle leggi che regolano il processo amministrativo, e sia invece sufficiente la presentazione di un'istanza di fissazione di udienza nel termine biennale di perenzione: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 1990, n. 400, in *Dir. proc. amm.*, 1990, con nota di N. PAOLANTONIO, *L'attività di impulso delle parti a seguito di sospensione del processo amministrativo per incidente di costituzionalità* e, più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5364, in questa *Rivista*, 2002, 2344; Id., sez. IV, 17 febbraio 2000, n. 911, *ivi*, 2000, 397.

[31] Come si è detto, l'art. 31, ult. comma, l. Tar disciplina solo l'ipotesi in cui il regolamento di competenza sia stato accolto e la relativa decisione sia stata notificata al ricorrente. In mancanza di notifica, o in caso di conferma della competenza del Tar originariamente adito, la giurisprudenza fa ancora riferimento al termine di perenzione, cfr. Tar Lazio, sez. III, 2 maggio 1983, n. 370, e 13 ottobre 1980, n. 881, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 1364 e 1980, I, 3838 e, sulla seconda questione, Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 1982, n. 793 in *Cons. Stato*, 1982, I, 1372.

[32] Cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 10 maggio 2006, n. 1616; Tar Campania, Napoli, sez. V., 13 aprile 2005, n. 3916 (non pubblicate); Tar Sicilia, Catania, sez. I, 3 febbraio 1990, n. 37, in *Giur. amm. sic.*, 1990, 87; Tar Calabria, Reggio Calabria, 19 novembre 1986, n. 463, in *Trib. amm. reg.*, 1987, I, 336.

[33] Tar Calabria, Catanzaro, 18 maggio 1995, n. 543, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3330; Tar Marche, 26 settembre 1991, n. 527, in questa *Rivista*, 1992, 1159; Tar Liguria, 14 gennaio 1982, n. 5, in *Trib. amm. reg.* 1982, I, 902, che esamina anche il problema del luogo della notifica, risolvendolo nel senso che questa va effettuata presso la sede dell'ente convenuto e non presso il procuratore costituito nel precedente giudizio.

[34] Cfr. Tar Lazio, sez. III, 29 ottobre 1986, n. 221, in *Trib. amm. reg.*, 1986, I, 519. Non mancano tuttavia precedenti in questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 agosto 1987, n. 565, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1171.

[35] Per l'affermazione che i caratteri della tutela non dipendono dalla natura della situazione giuridica soggettiva incisa ma dal tipo di tutela richiesta, vedi Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in questa *Rivista CdS*, 2006, 2484 con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Tutela giurisdizionale del diritto di accesso e termini di decadenza.*

[36] Cfr. Tar Calabria, sez. Catanzaro, 18 maggio 1995, n. 543, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3330.

[37] Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 novembre 2002, n. 2843, in questa *Rivista Tar*, 2002, 3789; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 24 giugno 1997, n. 408, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 3145; Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 1987, n. 565, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1171.

[38] In questo senso: Tar Lombardia, 9 aprile 1983, n. 349, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 1451.

[39] Sull'inapplicabilità della disciplina del codice di procedura e per la necessità della riformulazione dell'atto introduttivo, quando la controversia transita dal giudice ordinario al giudice amministrativo a seguito della decisione su regolamento preventivo di giurisdizione, cfr. Tar Lombardia, 9 aprile, 1983, n. 349, cit..

[40] Il problema è colto da G. VERDE, *Sulla giurisdizione una lacuna da colmare*, in *Il sole 24-Ore*, 29 aprile 2007, per il quale, una volta introdotto il principio della *translatio*, si rendono opportuni aggiustamenti della disciplina processuale, perché "se il passaggio da un sistema di giustizia il cui atto iniziale può essere generico a un altro fondato su motivi specifici consente la conversione dall'uno nell'altro, non è vero il contrario". Contra, C. CONSOLO, *Evoluzioni processuali*, cit., 749, il quale, partendo dall'idea che con la riassunzione è l'originaria azione a pendere, fino all'estinzione o alla continuazione dell'identico rapporto processuale, afferma l'impossibilità di ogni *mutatio* della domanda originariamente proposta. Per l'Autore, in ogni caso la *mutatio* dovrà essere dichiarata invalida dal giudice *ad quem*, il quale si dovrà pronunciare esclusivamente sulla fondatezza della domanda originaria.

[41] Sulla deferibilità di una questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato anche in considerazione di un possibile contrasto e non anche quando questo si è già avverato: Cons. Stato, Sez. IV, ord., 7 dicembre 1999, n. 2275, in *Foro it.*, 2000, III, 9; Id., Sez. V, ord., 5 giugno 1995, n. 877, in questa *Rivista*, 1995, 1216; Id., Sez. IV, ord. 20 aprile 1988, n. 347, *ivi*, 1988, 889; Id., Sez. VI, 7 luglio 1986, n. 522, *ivi*, 1986, 1374.

[42] Favorevole all'applicabilità della disciplina sancita dall'art. 35, comma 3, l. tar, nuovo testo, nel caso in cui il giudizio debba essere nuovamente instaurato dinanzi al consiglio di Stato, a seguito della pronuncia di annullamento della sentenza declinatoria della giurisdizione da parte della Corte di Cassazione, F. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 450.

[43] Sarebbe anche opportuno precisare se, in caso di *translatio iudicii*, l'atto introduttivo del giudizio nella nuova sede sia assoggettato al dimezzamento dei termini nelle materie dell'art. 23 bis, l. tar.

[44] Per la soluzione del problema, non sono utilizzabili le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza che esclude l'ammissibilità di motivi non dedotti con il ricorso gerarchico, nel caso in cui il giudice sia adito solo dopo il maturarsi di un silenzio-rigetto, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2006, n. 3819, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In questa ipotesi la soluzione negativa si giustifica in considerazione della natura impugnatoria di entrambi i giudizi.

[45] Opta decisamente per questa soluzione C. CONSOLO, *Evoluzioni*, cit., 749. Secondo l'Autore, nel caso in cui la domanda sia proposta dinanzi al giudice "errato ed inoltre fuori termine, il giudice adito dovrà solo declinare la giurisdizione, ma – in caso di riammissione – la tardività non risulterà certo irrilevante e andrà dichiarata dal giudice munito di giurisdizione". Ma, in tal modo, si avrebbe solo una proliferazione di processi, non funzionale ad una maggiore effettività della tutela.

[46] Una composizione rigida del conflitto è prevista ad esempio nel disegno di legge n. 4578, presentato alla Camera il 19 dicembre 2003, avente ad oggetto "Delega al Governo per la riforma del codice di procedura civile". L'art. 2, che detta i principi in materia di giurisdizione, nel prevedere l'introduzione del principio della *translatio iudicii* nei rapporti tra autorità giudiziaria ordinaria e la giurisdizione amministrativa, contabile ed i giudici speciali dispone che "*restano comunque le decadenze verificatesi anteriormente alla proposizione della domanda dinanzi al primo giudice*". Alla proposizione del ricorso al giudice sprovvisto di giurisdizione il d.d.l. riconosce dunque un effetto interruttivo della decadenza, ma non un effetto impeditivo delle decadenze che già si sono prodotte.

[47] In questo senso, R. ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1472.

[48] In questi termini, R. ORIANI, *E' possibile la translatio*, cit., 1022,

[49] Vedi ancora R. ORIANI, *op. ult. cit.*, 1023.

[50] Ovviamente ci si riferisce alle ipotesi non più rare di competenza funzionale del Tar.

[51] Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 14 maggio 2007, n. 4786.

[52] L'art. 3, comma 2 quater, del d.l. 245/2005, prevede che il ricorrente, il quale abbia erroneamente proposto il ricorso al tribunale periferico, debba instaurare *ex novo* il giudizio dinanzi al Tar del Lazio.

[53] L'inderogabilità resta veramente tale se e nei limiti in cui il rilievo del difetto di giurisdizione sia configurato dalla legge come effettuabile anche d'ufficio dal giudice.

[54] In questi termini, C. CONSOLO, *Il riparto tra le giurisdizioni e l'anacronismo della severità ispiratrice dell'art. 37 c.p.c.*, cit., 1580.

[55] Cfr. R. ORIANI, *E' possibile la translatio*, cit., 1026. L'A. sottolinea la rilevanza dei principi affermati dalla sentenza 77/2007 la quale perciò "prelude a più ampie indagini e allo scrutinio non

solo di norma ma anche di orientamenti giurisprudenziali alla luce dei valori affermati dalla Consulta”.

[56] Al di fuori delle materie espressamente devolute, la giurisprudenza continua ad utilizzare il criterio del c.d. *petitum* sostanziale per individuare il giudice munito di giurisdizione. Il criterio della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, sia pure ridotto ad una portata residuale, cfr. B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, , tomo, , assolverebbe dunque al ruolo di criterio di chiusura del sistema.

[57] A seguito dell'intervento correttivo operato da Corte Cost., 204/2004, cit., il criterio della situazione soggettiva dedotta ha riguadagnato terreno. La tendenza è nel senso di ritagliare aree riservate alla giurisdizione ordinaria, all'interno delle stesse materie di giurisdizione esclusiva, per un'analisi critica di questa tendenza cfr. G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 884 ss.

[58] L'oggettiva opinabilità ed incertezza del criterio di riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, contribuisce a far sì che “la questione inerente alla giurisdizione facilmente possa scadere a diversivo processuale, e quindi venga impiegata a fini indiretti, da chi abbia interesse a tirar le cause per lungo, a tener pendenti rapporti che altrimenti sarebbero chiusi, a colpire l'avversario nel processo con strumenti che gli impediscono la realizzazione della tutela che egli ha chiesto al giudice”, così ancora M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 224. Anche su questo versante è dunque necessario intervenire per realizzare l'effettività della tutela.

[59] Cfr. R. ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, cit., il quale osserva che solo rispetto ad un criterio di riparto tra le giurisdizioni fondato sulla diversa natura della situazione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo), e dunque rispetto ad una lettura del rapporto tra le giurisdizioni in termini di separazione, “sono prospettabili perplessità sull'ammissibilità della *translatio iudicii*”.

[60] In questi termini, E. GIUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, III ed., 427. Avverte peraltro lo stesso Autore i rapporti tra le giurisdizioni sono di separazione poiché, ed in quanto, ognuna di esse riguarda situazioni soggettive separate e distinte. Quello della separazione non è però un modello necessario. Proprio Guicciardi, riprendendo una classificazione già accolta da Santi ROMANO, *Le giurisdizioni speciali*, ora in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 2003, 244 ss., e da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 347 ss., afferma che i rapporti tra le giurisdizioni possono essere anche “di concorrenza, quando entrambe le giurisdizioni possono conoscere contemporaneamente o successivamente dell'identica controversia”; “di subordinazione, quando una di esse può riesaminare in tutto o in parte le decisioni dell'altra”; “di alternazione, quando entrambe sono potenzialmente competenti a conoscere dell'identica controversia, ma la volontà di almeno una delle parti in causa, rendendo attuale l'esercizio della potestà giurisdizionale di una di esse, si preclude la possibilità di adire l'altra”. I rapporti di concorrenza, di subordinazione o di alternazione non implicano la separazione, né il criterio di riparto della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio.

[61] Cfr. Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140 cit.

[62] L'impostazione che nega la rilevanza della "natura" della situazione giuridica dedotta e radica la giurisdizione sul potere del giudice di provvedere sulla domanda, in relazione al contenuto di questa, si collega alla teoria del *petitum*. La teoria del *petitum* venne sostenuta con fermezza dalla V sezione del Consiglio di Stato, sulla scorta delle tesi di V. SCIALOJA, *Sulla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, e *Ancora sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Studi giuridici*, vol. V, Roma, 1936, 196 e 208, circa la possibilità di far valere il diritto soggettivo come interesse legittimo per ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo. La tesi fu poi definitivamente superata in favore di quella della *causa petendi* negli anni '30. La prevalenza del criterio della *causa pretendi* è sancita, come è noto, da due pronunzie del Consiglio Stato, Ad. plen. 14 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, III, 109, e della Corte di cassazione, sez. un., 15 luglio 1930, *ivi*, I, 1146. "La sconfitta della V sezione fu una sconfitta della libertà", osserva M.S. GIANNINI, *op. loc cit.*. La tesi del *petitum* ha ricevuto un nuovo impulso con l'approvazione della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Per E. CANNADA BARTOLI, *La legge sui tribunali amministrativi regionali ed i limiti della giurisdizione amministrativa*, in *R.T.D.P.*, 1972, 1970 ss., l'espressione "diritti e interessi", impiegata dall'art. 4 della legge per definire l'ambito della giurisdizione generale di legittimità dei nuovi tribunali amministrativi, fornisce la chiave per una lettura del sistema di giustizia amministrativa "più conforme alle norme costituzionali". In quanto consente di ritenere che "l'esistenza della lesione di un diritto soggettivo non implica il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo di legittimità". La giurisdizione amministrativa si qualifica dunque come giurisdizione di legittimità per l'annullamento degli atti, che può essere chiesto da chiunque vi abbia un interesse giuridicamente apprezzabile (non rilevando la questione se questo interesse sia qualificabile come diritto o come interesse legittimo). Ancora a favore della teoria che radica la giurisdizione sul potere del giudice di provvedere sulla domanda; F. BENVENUTI, *Evoluzione del processo amministrativo*, in *Studi per il 150° del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 220, ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa cit.*, 56; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 149ss.

[63] Il criterio della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, sia pure impiegato come criterio residuale, impone vistose forzature al giudice, che voglia diligentemente adempiere all'obbligo di provvedere nel merito sulla domanda. Per un significativo esempio, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8, che ribadisce l'orientamento per il quale "la natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione". In altre parole, la strada percorsa dal giudice per poter affermare la sua giurisdizione è quella, piuttosto contorta, di qualificare il diritto come interesse, distinguendo "in seno alle attività di tipo vincolato, quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo". Peraltro in diverse occasioni, lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto di poter prescindere dal criterio della situazione dedotta in giudizio per poter affermare la sua giurisdizione, anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva. Quel criterio risulta difatti svuotato di contenuto dalla "massiccia attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione su diritti soggettivi". Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, in questa *Rivista*, 2006, 1675.

[64] Sono prevedibili le obiezioni. Il giudice amministrativo offre una tutela piena: nell'ambito della sua giurisdizione può conoscere, ex art. 7, l. tar, "anche di tutte le questioni relative al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica". Il giudice ordinario ha, invece, limitati poteri di annullamento. Perciò il criterio del *petitum*, calato nel diritto vigente, verrebbe a rimettere al ricorrente il potere di scegliere il giudice al quale rivolgersi, in violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge. Inoltre verrebbe a concentrare nel giudice amministrativo tutto il, o la maggior parte del, contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione. Ma è agevole ribattere che il principio del giudice naturale precostituito per legge non rileva. Quel principio non pone un limite alle parti, ma essenzialmente al legislatore ordinario, cui è fatto divieto di prefigurare il giudice in funzione di un'esigenza diversa da quella di garantirne la terzietà. Né alla ricostruzione proposta osta il principio per il quale l'amministrazione può essere convenuta come parte dinanzi al giudice comune. Anzi, una volta che si sia dotato il giudice amministrativo di tutti gli strumenti di tutela necessari, per il principio di effettività-concentrazione delle tutele, proprio il criterio del *petitum* può far salvo un ruolo dell'a.g.o. nei confronti della pubblica amministrazione, per un percorso che non sia quello della individuazione di diritti non comprimibili, o per la loro peculiare natura o perché incisi da un mero comportamento amministrativo. Percorso non condivisibile perché destinato a produrre solo incertezze nel riparto.

[65] Ben può ammettersi cioè che i rapporti tra i due giudici siano di alternazione, secondo la terminologia di E. GUICCIARDI, *op. loc. cit.*.

[66] Ovvero in tutti i casi in cui il potere di fornire la tutela richiesta spetta ad entrambi i giudici.

[67] E, se vogliamo, necessario per ragioni di connessione nel solo caso in cui la domanda, ad esempio di risarcimento, sia proposta contestualmente alla domanda di annullamento. In questo senso, C. CONSOLO, *Il processo amministrativo tra snellezza e civilizzazione*, in *Corr. Giur.*, 2000, 1266, il quale affaccia l'idea di una giurisdizione amministrativa per mera connessione sull'azione risarcitoria consequenziale, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva. Del medesimo Autore non sembra accettabile la tesi della necessaria spettanza al giudice ordinario della domanda risarcitoria, che non sia proposta contestualmente a quella di annullamento. La tesi, disattesa ora anche dalle Sezioni unite, 13 giugno 2006, n. 13659, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 762, non convince e non per le ragioni fatte proprie dalla Corte regolatrice. Il punto, che sembra decisivo, è che una volta esteso lo strumentario del giudice amministrativo e dotato il giudice di una modalità di tutela ulteriore, l'esercizio della giurisdizione non può essere impedito o escluso, né in considerazione della *natura* della situazione dedotta, né in considerazione di una pretesa *struttura necessariamente impugnatoria* del processo amministrativo.

[68] L'indirizzo tradizionale della Corte regolatrice è ancora confermato da Cass. Sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4633. Nel caso di specie era stata richiesta al tribunale ordinario l'adozione dei provvedimenti opportuni ad evitare il pericolo connesso con il crollo di muri di sostegno realizzati dall'amministrazione comunale. Ecceputo dal Comune il difetto di giurisdizione, a causa dei limiti sanciti dall'art. 4, l. 20 marzo 1865, all. E e dal divieto di annullamento, modifica o revoca dell'atto amministrativo, le Sezioni unite hanno ribadito che in relazione alle azioni nunciatriche, proposte nei confronti della pubblica amministrazione, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando si denunciino mere attività materiali della pubblica amministrazione, ovvero attività che vanno ad incidere su diritti soggettivi. Il contenuto concreto del provvedimento richiesto per rimuovere lo stato di pericolo denunciato attiene ai limiti interni delle attribuzioni del giudice e sarà valutato dal

giudice del merito. Non assume invece nessun rilievo ai fini dell'individuazione dei esterni, ovvero ai fini della decisione sulla questione di giurisdizione.

[69] Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2, in questa *Rivista*, 2005, 1058. Nell'affermare l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per la restituzione di un immobile espropriato, in caso di annullamento in sede giurisdizionale degli atti della procedura espropriativa, la decisione non esclude che il privato, in alternativa, possa avviare una concorrente azione restitutoria dinanzi al giudice ordinario. Inoltre, la tesi qui sostenuta può trovare conforto nella giurisprudenza che reputa esperibile il ricorso ex art. 27, n. 4 del t.u. Cons. Stato, per ottenere il pagamento di somme di denaro cui la pubblica amministrazione sia stata condannata dal giudice ordinario. Il ricorrente vittorioso può utilizzare il giudizio di ottemperanza, ovvero il procedimento del c.p.c. per l'esecuzione forzata. La giurisprudenza argomenta la soluzione dal "notevole interesse delle parti di avvalersi di tale strumento l'andamento molto rapido del giudizio amministrativo di esecuzione, il suo modesto costo e soprattutto la possibilità di ottenere concretamente il soddisfacimento della pretesa creditoria", in questi termini, Cons. Stato, Ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1, in *Foro it.*, 1972, III, 265 e Cons. giust. amm. reg. sic., 18 maggio 1972, n. 337, in questa *Rivista*, 1972, I, 708 con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di art. 27, n. 4, vitalità del sistema e di funzioni del giudice*; Cass., 3 febbraio 1988, n. 1074, in *Foro it.*, 1989, I, 855. In dottrina: A. ROMANO, *L'attuazione dei giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 424 ss..

[70] Di "sensazione di disagio", alla lettura delle sentenze recenti delle supreme Magistrature dello Stato italiano in tema di giurisdizione sulle controversie risarcitorie originate da fattispecie ablatorie, parla R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativi: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.