amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Contributo alla decisione sulle questioni di (difetto di) giurisdizione nel processo amministrativo

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)

Sommario

(Parte prima) 1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni. - 1.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' (del 'divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo'): 'giudicato implicito', mancata sollevazione del conflitto negativo di giurisdizione a seguito di riassunzione, 'Regolamento preventivo di giurisdizione'. - 1.2. Ulteriori problematiche - (Parte seconda) 2. Apporto della scienza processualistica onde contemperare il principio del 'giudice naturale' con quelli del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela'. - 3.1. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - 3.2. Interludio. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' … - 3.3. … nonché, di difetto di giurisdizione. - 3.4. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici - (Parte terza) 4.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; *translatio iudicii*; conflitto negativo … - 4.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'. - 4.3. Contributo di dogmatica.

Abstract

«It is a general rule of the rule of law that every public body first verifies the existence of the power that it is going to exercise». Therefore, «the administrative judge, at any stage and level of a trial, has the power and duty to verify whether the conditions exist to which the law subordinates the possibility that he issues a decision on the merits». In accordance with these general statements, «according to the principle of legality in jurisdictional matters, which requires that the Judge exercises only the powers that the law confers on him, the Judge who does not have (hypothetically) jurisdiction cannot take any measure, except to rule negatively in limine on the jurisdiction itself». In particular, the ex officio detection of the (relative) lack of jurisdiction (id est, due to erroneous identification of the judge), throughout the course of the first-instance trial, is peacefully understood, by administrative jurisprudence, as the exercise not of a mere faculty, but of an obligation (of course, when the jurisdictional authority seized becomes aware of it). So much so that: in the absence of this, a defect in the sentence is integrated, which becomes a reason for appeal; correlatively, the summoned party (whether or not he has appeared in the first instance judgment), when he finds that the question of jurisdiction has not been raised (or, in any case, correctly decided) in the sentence, can raise it as a reason for appeal..

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Parte Prima

1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni.

«È regola generale dello Stato di diritto che ogni organo pubblico verifichi anzitutto l'esistenza del potere che va ad esercitare»[1]. Pertanto, «il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado di un giudizio, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrano le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito»[2].

Alla stregua di tali affermazioni di massima, «per il principio di legalità in materia giurisdizionale, che vuole che il Giudice eserciti i soli poteri che la legge gli conferisce, non può il Giudice che non ha (in ipotesi) giurisdizione, prendere alcun provvedimento, se non pronunciarsi in limine negativamente sulla giurisdizione medesima»[3]. Segnatamente, la rilevazione d'ufficio del difetto (relativo) di giurisdizione (*id est*, per erronea individuazione del giudice), lungo tutto il corso del giudizio di primo grado, è pacificamente intesa, dalla giurisprudenza amministrativa, come esercizio non di una mera facoltà, bensì di un obbligo (s'intende, quando l'autorità giurisdizionale adita se ne avveda). Tant'è che: in mancanza, s'integra un vizio della sentenza, che si converte in motivo d'impugnazione; correlativamente, la parte intimata (costituitasi o meno nel giudizio di prime cure), allorché constati che la questione di giurisdizione non è stata rilevata (o, comunque, correttamente decisa) in sentenza, può dedurla quale motivo di gravame[4].

Quando non operi l'anzidetta rilevazione d'ufficio, in entrambi i gradi di giudizio l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito va esaminata prioritariamente rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori, ancorché sia stata avanzata solo in via gradata[5]. Ciò si spiega sempre in considerazione della circostanza per cui il difetto di giurisdizione priva il giudice adito della prerogativa di esame di qualsiasi profilo della controversia, sia in rito che nel merito[6].

Così, da tempo è stato chiarito che alla questione di giurisdizione va riconosciuta precedenza sulle altre, di ricevibilità ed ammissibilità dei ricorsi di primo grado, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, un pronunciamento, benché attinente al solo profilo processuale, postula che il giudice chiamato a renderlo sia munito di

[1] Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 10.
[2] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.
[3] Cons. Stato, sez. V, n. 10/2017 cit.
[4] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.
[5] Già Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5831.
[6] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

ISSN 2036-7821

giurisdizione (essendo illogico di esigere l'osservanza di regole in radice non pertinenti, in quanto si è al cospetto di un giudice non corrispondente a quello 'naturale precostituito per legge' - ai sensi degli artt. 25, comma 1, 102, 103 e 111, ult. comma, Cost. -). In secondo luogo: premesso che il meccanismo della *translatio iudicii* (come recepito dal dato 'positivo'[7]), comportando la salvezza degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda avanzata nanti il giudice sfornito di giurisdizione (a condizione di non essere già incorsi in decadenza)[8], assicura la possibilità, per colui che promuova l'azione, di vedersi riconosciute le pretese dal giudice dotato di giurisdizione; una pronuncia in rito diversa dalla declaratoria di difetto di giurisdizione, pregiudicherebbe la *translatio*[9].

Alla sola declaratoria d'incompetenza del Tribunale amministrativo regionale viene riconosciuta priorità: il difetto di giurisdizione dovendo essere dichiarato dal giudice competente[10]. Mentre è risultato controverso se analoga priorità vada ravvisata anche con riguardo all'esame della questione relativa all'estensione del contraddittorio[11].

1.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo'): 'giudicato implicito', mancata sollevazione del conflitto negativo di giurisdizione a seguito di riassunzione, 'Regolamento preventivo di giurisdizione'.

[7] Ricorda Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978 che «l'istituto della translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice amministrativo ha trovato ingresso nel nostro ordinamento fin dalle pronunce della Corte Costituzionale (12 febbraio 2007 n. 77) e della Corte di Cassazione (sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109), che hanno superato il precedente principio di incomunicabilità tra ordini giurisdizionali, incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Successivamente, sul piano legislativo, l'istituto della translatio iudicii è stato disciplinato dall'art. 11, comma 1. cod. proc. amm. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito».

[8] L'istituto consente soprattutto di superare il problema del termine decadenziale entro il quale promuovere la domanda nanti il giudice amministrativo, purché il primo sia stato osservato nel promuovere l'azione nanti il giudice sfornito di giurisdizione, come recentemente ribadito da Cons. Stato, 2 ottobre 2023, n. 8599.

[9] Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Con particolare riguardo alla priorità da riconoscere all'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione rispetto a quelle relative all'ammissibilità del gravame quanto alla carenza d'interesse alla contestazione, già Trib. amm. reg. Molise, 4 dicembre 2013, n. 722.

[10] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III quater, ord. 18 dicembre 2013, n. 10922.

[11] In senso favorevole, Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6666 e Cass., sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 432 (rimettendo le parti nanti il giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., onde trattare della questione di giurisdizione solo a contraddittorio integro). Di diverso avviso Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10462: sia perché la soluzione in ordine alla giurisdizione può condizionare quella relativa al contraddittorio; sia perché sarebbe inutile rinviare al giudice di primo grado l'esame della domanda, quando il giudizio debba poi concludersi con una pronuncia di difetto di giurisdizione. Quest'ultimo opinamento è stato però rivisto da Cass., sez. un., 13 aprile 2012, n. 5873 e 12 dicembre 2012, n. 22776, alla luce della novella introdotta con riguardo all'istituto della *translatio iudicii*, per via degli effetti che nel suo ambito risultano attribuiti alla declaratoria di difetto di giurisdizione, benché formulata dal giudice di merito, una volta che la domanda venga riproposta nanti il giudice indicato come munito di giurisdizione.

ISSN 2036-7821

I menzionati riferimenti sono dunque sintomatici del rango basilare riconosciuto alle questioni di giurisdizione, in forza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge'. Nondimeno: mentre la trattazione di quella problematica non può andare disgiunta dai principi, non solo del 'giudicato esterno', ma altresì del 'giudicato interno' quale compendiabile nel 'divieto di abuso del processo' nonché, nel 'giusto processo' (come stavolta declinato in quelli di 'unitarietà', 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo); l'interpretazione invalsa vuole che non valga altrettanto a riguardo della rilevabilità *ex officio* della sussistenza degli ulteriori presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito.

Così, corrispondentemente al principio del 'giudicato esterno', «pur ribadendo il principio secondo cui le uniche sentenze sulla giurisdizione vincolanti sono quelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; tuttavia anche le sentenze di altri giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno in tema di giurisdizione, e di spiegare i loro effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, quando la decisione, sia pure implicita, sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con la statuizione di merito»[12]. In altri termini, «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria»[13]. Ciò, con tutte le implicazioni effettuali del caso, dal momento che «la necessità di avere stabilità tra giudicati (*alias* la necessità di garantire in modo effettivo la non contraddizione tra giudicati), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo

[12] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754. Cfr. pure Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 5. Laddove, secondo certo orientamento, andrebbe escluso che possa formarsi il giudicato implicito sulla giurisdizione ogniqualvolta la decisione non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione: come nel caso in cui l'unico tema dibattuto attenga all'ammissibilità della domanda; o quando, dalla motivazione della sentenza, risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere 'per saltum', non osservando la progressione logica stabilita dal Legislatore, quanto alla trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

[13] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

ISSN 2036-7821

prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa»[14].

Circa il principio del 'giudicato interno':

premesso che, ai fini della corretta introduzione della questione di giurisdizione in appello, è sufficiente che sia stato proposto specifico motivo di censura avverso il capo della sentenza di primo grado che (implicitamente od esplicitamente) abbia statuito sulla giurisdizione[15]; a prescindere dalla circostanza che l'appellante, in primo grado, non abbia sollevato la relativa eccezione[16]; quanto esclude l'ammissibilità di una mera ed anodina sollecitazione al rilievo officioso contenuta in note defensionali[17];

premesso altresì che, quando la relativa questione sia sollevata, dalla parte vittoriosa nel merito, che abbia visto implicitamente od esplicitamente disattesa la propria eccezione pregiudiziale di rito, la riproposizione nelle fasi di gravame postula il promovimento mediante ricorso incidentale[18];

«l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»[19]; altrimenti, integrandosi «l'abuso del processo che, per un verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, adito secondo le regole della "translatio iudicii" (art. 11 c.p.a.), e per altro verso contrasta con l'obiettivo, fissato nell'art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo"»[20].

Se non che, stavolta, onde giustificare l'eccezionale trattamento riservato alla rilevabilità del difetto di giurisdizione, concorre un argomento ulteriore, logico-giuridico, di 'non soccombenza', col quale il medesimo principio del 'divieto di abuso del processo' può essere declinato peraltro su di un duplice versante.

Innanzitutto, «l'attore o il ricorrente, il quale abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione. Ed,

[14] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754, secondo cui, «l'eccezione di giudicato esterno è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e, al pari di un giudicato interno, anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata».

[15] Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

[16] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 8934.

[17] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1256.

[18] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754; sez. V, 20 agosto 2021, n. 5968.

[19] Così Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260.

[20] Cons. Stato, sez, V, 7 febbraio 2012, n. 656.

ISSN 2036-7821

infatti, di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza dell'attore o del ricorrente anche sulla questione di giurisdizione, visto che, rispetto al capo relativo a tale questione, egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore o ricorrente, che a quel giudice si è rivolto, con l'atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela»[21]; pertanto, l'attore-ricorrente «non è … legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione ed a sostenere che la *potestas iudicandi* spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale»[22].

Ma altrettale argomento viene speso con riferimento alla parte convenuta che abbia promosso domanda riconvenzionale o (nel processo amministrativo) ricorso incidentale, rimasti non esaminati in quanto assorbiti dal pieno rigetto nel merito della domanda principale: la prima non essendo legittimata a proporre appello incidentale, eventualmente in via condizionata, contro il capo implicito della sentenza con cui il giudice adito ha affermato la propria giurisdizione, «in quanto tale parte, avendo a sua volta implicitamente invocato la giurisdizione del medesimo giudice spiegando domanda riconvenzionale, sul punto è risultata pienamente vittoriosa»[23].

Per altro verso, nel medesimo contesto di principi che improntano il 'giudicato interno', muovendo dalla componente del 'giusto processo' (come estrinsecantesi nei corollari di 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo), il quadro sistematico, in punto di rilevabilità d'ufficio delle condizioni cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito, viene così reso: «trova … applicazione il principio secondo cui l'eventuale inerzia di una delle parti in causa nel sollevare una questione rilevabile d'ufficio non priva evidentemente il giudice di appello dei relativi poteri-doveri officiosi: la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrilevabilità, ciò che equivarrebbe a privare il giudice dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Non è precluso, dunque, al giudice di appello rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni

[21] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898. In linea già: Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5048; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, nn. da 2857 a 2876. Di diverso avviso: Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740 («L'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello, essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito»); Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 («L'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione, proposta dall'originario ricorrente, non configura un abuso del diritto, se sul punto sussista un dubbio ragionevole»).

[22] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5874. Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 14 novembre 2019, nn. 7811 e 7813.

[23] Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2019, n. 6281 (rv. 652980-01).

ISSN 2036-7821

per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Il giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito; né in senso contrario può valere che, *con riferimento ad altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza della giurisdizione, il Codice del processo amministrativo abbia introdotto un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ai sensi dell'art. 9 c.p.a., giacché la regola del giudicato implicito non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali* (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2152). Si tratta, infatti, di elementi che in concreto costituiscono il potere del giudice di giudicare perché abilitano l'azione in giustizia che lo investe: sicché, in applicazione del generale principio sull'azione dei pubblici poteri nello Stato di diritto, la loro verifica d'ufficio resta immanente per l'intero processo. Né il loro vizio può andare, *in itinere*, sotto il riparo del 'giudicato implicito': il quale, a norma dell'art. 9 c.p.a., può eccezionalmente riguardare il solo tema del difetto di giurisdizione, in considerazione dell'unitarietà del c.d "servizio giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215)»[24].

Fermo restando che, per converso, il giudice amministrativo «può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»[25].

Evidentemente, quando non sussistano le condizioni onde rendere rinvenibile un pari sostegno (ideo-)logico (riconducibile al 'divieto di abuso del processo'), il problema della rilevabilità del difetto di giurisdizione investe un confronto del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli riconducibili al 'giusto processo'; da qui, l'esigenza di una relativa 'complementarizzazione'[26]. A

[24] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

[25] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 giugno 2013, n. 548.

[26] L'ordinamento consta di una molteplicità di *rationes* (i principi) in grado di ridurre la complessità del contesto di riferimento mediante la predisposizione di soluzioni (ciascuna delle quali potenzialmente incondizionata) ai problemi di quest'ultimo. La co-esistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sotto-ambiti problematici, distinti, cui riferire principi diversi) e/o "gerarchizzazione" (ulteriori differenziazioni funzionali, per effetto delle quali si stabilisce quando – entro il medesimo ambito problematico, o i sotto-ambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro). «Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi (= rationes) costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione.

ISSN 2036-7821

questa stregua, può attingersi ad ulteriore contributo giurisprudenziale formatosi (come anticipato) in punto di 'giudicato implicito'. Peraltro, avendo cura di puntualizzare che tale istituto s'innesta in un più generale quadro di trattamento, sintetizzabile mediante il seguente ordine di connessioni.

In quest'ottica, valga di attingere al dato di esperienza del rito civile, onde osservare che persino 'a cavallo' fra il testo originario e quello attuale dell'art. 37 c.p.c.[27], il giudice di legittimità si è espresso nel senso di una 'lettura' maggiormente orientata verso istanze di 'economia' e 'ragionevole durata' del processo. Infatti (con una sorta di rivisitazione sostanziale di quel dettato normativo, tale da espungere l'inciso "e grado") la conclusione viene così articolata. *In primis*, il difetto di giurisdizione risulta eccepibile dalle parti fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado, il giudice così affermando (anche implicitamente) la propria giurisdizione[28]. In secondo luogo, qualora le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione

---

A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, p. 324).

Lo strumento organizzativo della complementarizzazione «è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l'ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative.

La fattispecie, perciò, è, ad un tempo, la tecnica specifica di organizzazione del sistema giuridico ed il criterio di smistamento delle complessità ambientali verso principi regolativi distinti, e cioè il medium tra sistema e [contesto]» (*ivi*, p. 175).

«Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il "caso organizzazionale", per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le fattispecie, si riassettano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico» (*ivi*, pp. 175-176).

[27] Secondo cui «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo» (ivi, comma 1).

Laddove, Il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197, ha così riformulato l'art. 37 c.p.c.: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito».

[28] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

ISSN 2036-7821

ormai coperta dal giudicato (sia pur implicito)[29]. Infine, a sua volta, la sentenza di appello sarà impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito e la relativa preclusione opera persino nei confronti del giudice di legittimità[30].

Dunque, il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione, ma solo fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito[31].

A quel punto, tornando al processo amministrativo (fattosi antesignano della vigente disciplina del processo civile): di là dalla questione se, quando il giudice adito ritenga *ex officio* il proprio difetto di giurisdizione, debba assegnare alle parti un termine dalla comunicazione per l'eventuale deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione[32]; lo stesso giudice di legittimità prende posizione. Così, viene statuito che, «ove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato, sul punto, il giudicato [interno] implicito [ostativo], stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale»[33]. Ciò, persino nell'ipotesi in cui sia stato promosso ricorso nanti la Corte di Cassazione avverso una sentenza, del giudice amministrativo di primo grado, declinatoria della giurisdizione: tale iniziativa, infatti, sarebbe inammissibile in quanto quella pronuncia «è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo

[29] Cass., sez. un., Ord. 20 luglio 2022, n. 22683; 6 aprile 2022, n. 11254.

[30] Cass., sez. un., Ord. 28 febbraio 2023, n. 5975.

[31] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20853. Puntualizza Cass., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20854 che «il giudicato implicito sulla giurisdizione e sul relativo difetto di giurisdizione si forma tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito. Ne restano escluse solo le decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione poiché la preclusione da giudicato non può che scaturire da una pronuncia che contenga una statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, e non anche qualora si limiti a risolvere questioni giuridiche meramente strumentali all'attribuzione del bene controverso».

[32] Ai sensi dell'art. 101 c.p.c. (Principio del contraddittorio), mutuabile in forza del 'rinvio esterno' previsto dall'art. 39 c.p.a.: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.

Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

[33] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 13 dicembre 2022, n. 36486; Cass. civ., sez. un., Ord. 6 aprile 2022, n. 11255; 22 settembre 2022, n. 27745. Non fa testo, in quanto riporta giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 942 secondo cui «nel processo amministrativo il giudice d'appello può procedere d'ufficio, ovvero senza specifica impugnazione della relativa pronuncia di primo grado, alla valutazione sulla giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita del primo giudice, mentre le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiedono, invece, apposita impugnativa».

ISSN 2036-7821

essere convertito, il predetto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione né in denuncia di conflitto negativo reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice»[34].

Peraltro, venendo all'accennato profilo di sottesa 'complementarizzazione' fra principi, è al contributo della giurisprudenza amministrativa che va riconosciuto di aver maggiormente argomentato in ordine al 'senso' (funzionale) dell'istituto: «l'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 da un lato preclude al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; dall'altro riconosce alle parti la possibilità di prospettare, nella fase relativa del giudizio, uno "specifico motivo" di ricorso. Ciò determina lo speciale effetto di devolvere alle sole parti il potere di individuare il giudice munito di giurisdizione in tutte quelle ipotesi in cui il giudice di primo grado non abbia rilevato il relativo difetto, con ciò implicitamente ritenendosi competente. Essa si riconnette al principio costituzionale sul giusto processo e in particolare all'esigenza di una sua ragionevole durata, radicando la convinzione della giurisdizione come servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, a valere anche per l'appellato, che non può vedersi esposto tardivamente al rischio di una *translatio iudicii* sulla base degli assunti di una mera memoria difensiva»[35]. A questa stregua: mentre il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio; sono fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata dalla sentenza di primo grado, fermo lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza delineato dagli artt. 9 e 15 del D.Lgs. n. 104/2010[36].

Si registra, dunque, per via dello 'sbarramento' del primo grado, un'incidenza del principio del 'giusto processo' rispetto a quanto previsto sotto la disciplina pregressa del rito nanti il giudice speciale[37]. Salvo osservare che persino all'epoca, per via di 'complementarizzazione' pretoria, quell'incidenza era in una certa qual misura 'sdoganata'[38].

---

[34] Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2018, n. 14435 (rv. 648947-01).

[35] Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740.

[36] Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297.

[37] Ci si riferisce all'art. 30, comma 1, L. n. 1034/1971, secondo cui (pur quando la questione non sia sollevata dalle parti) «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato anche d'ufficio». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5142. Si osservi che, per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'art. 30 cit. nel duplice senso che: attribuisse al giudice d'appello un potere esercitabile d'ufficio a prescindere dal promovimento di uno specifico motivo di gravame; inoltre, nel caso in cui il giudice di primo grado non si fosse pronunciato in punto di giurisdizione, ma solo sul merito, non si sarebbe formato alcun giudicato sulla giurisdizione, per cui il giudice d'appello avrebbe potuto trattare d'ufficio la questione (Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939).

[38] Così, secondo una tesi, era da ritenersi interdetta la possibilità di sollevare in appello, *ex officio*, la questione di giurisdizione, al cospetto di una sentenza di primo grado statuente (in modo esplicito od implicito) su quel punto, ma non sottoposta a specifica impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186). Secondo altro

ISSN 2036-7821

Per il momento, resta solo da segnalare che la 'calibratura' del menzionato rapporto di forza tra il principio del 'giudice naturale precostituito per legge' e quello del 'giusto processo', trova compimento in ulteriori istituti inerenti (ai limiti) alla rilevazione della questione di giurisdizione.

In primo luogo, sul presupposto che il giudice amministrativo può sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nella sola ipotesi in cui il processo, a seguito della declinatoria da parte del giudice ordinario, sia stato tempestivamente riassunto dinanzi a sé (sicché, in difetto di *translatio iudicii*, il suddetto conflitto è inammissibile, dovendo egli limitarsi a statuire sulla giurisdizione *ex art.* 9 c.p.a.)[39]; si presenta una ulteriore preclusione non dissimile a quelle nanti trattate. Stavolta, per il giudice amministrativo di prime cure che, all'udienza introduttiva seguita alla riassunzione del giudizio, abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà prevista dall'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, non sollevando (d'ufficio o su istanza di parte) il conflitto negativo di giurisdizione (dinanzi alla Corte di Cassazione); per cui quest'ultima deve ritenersi definitivamente radicata davanti al medesimo e non può più essere oggetto di contestazione e vaglio né in quella sede né in appello[40]. Peraltro, «ai fini della configurabilità di un conflitto negativo di giurisdizione, suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione, ai sensi degli artt. 59, comma 3, della L. n. 69 del 2009, e 11, comma 3, c.p.a., occorre una doppia declinatoria di giurisdizione, con decisioni emesse all'esito di giudizi a cognizione piena, con la conseguenza che è inammissibile il regolamento di giurisdizione allorquando una delle due sia stata pronunciata in sede cautelare»[41].

---

orientamento, qualora il giudice di primo grado non avesse espressamente statuito in ordine al profilo di giurisdizione, sarebbe stato consentito, all'organo giurisdizionale di appello (anche in difetto di gravame sul punto), di tornare *ex officio* sulla questione di giurisdizione quale risolta (implicitamente) in prime cure, rivalutandola (Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 6; 30 agosto 2004, n. 4).

[39] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 settembre 2022, n. 26988 (rv. 665661-01).

[40] Osserva Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38 che infatti «sarebbe incongruo ritenere applicabile alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 che riguarda la diversa fattispecie della prima pronuncia in merito». Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38.

[41] Cass. civ., sez. un. Ord. 10 febbraio 2022, n. 4297 (rv. 663846-01) ove, in applicazione del principio, si è ritenuto « inammissibile il regolamento di giurisdizione sollevato dal TAR innanzi al quale era stato riassunto il giudizio avente ad oggetto la domanda possessoria di reintegrazione del possesso, rispetto alla quale il giudice ordinario aveva dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.». Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2023, n. 9326, secondo cui, «ove il difetto di giurisdizione sia stato dichiarato dal giudice ordinario in sede cautelare, il giudice amministrativo successivamente adito non può sollevare d'ufficio il regolamento di giurisdizione atteso che, avendo il provvedimento cautelare, ancorché emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., natura strumentale rispetto al giudizio di merito a cognizione piena, il procedimento davanti al giudice amministrativo è il primo giudizio di merito ai fini

ISSN 2036-7821

Il secondo di tali istituti è il 'Regolamento preventivo di giurisdizione' la cui previsione normativa risponde all'esigenza (comune) di dissipare preventivamente gli eventuali dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* del giudice adito; affidando la definizione delle relative questioni alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[42]. Come tale, l'istituto, contemplato anche dalla disciplina del processo amministrativo, va inteso in sintonia con l'omologo del rito civile (per via del 'combinato disposto' degli artt. 10 c.p.a. e 41 c.p.c.). La portata applicativa dello strumento va modulata tenendo conto dello spettro di questioni sussumibili (ai sensi del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 37 c.p.c. cui il primo rinvia): di 'difetto relativo', circa la scelta del giudice (ordinario/speciali), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) nel giudizio di primo grado (*ex art.* 37 c.p.c.); di 'difetto assoluto di giurisdizione' (segnatamente per invasione delle attribuzioni dell'amministrazione pubblica), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) in qualunque stato e grado del processo (in forza dell'art. 37 c.p.c.). In quest'ultimo caso, è stata introdotta una sorta di 'attenuazione compensativa': per cui, la pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato, dalle

---

del rilievo del difetto di giurisdizione». G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894.

[42] M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1609; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197; G.D. COMPORTI, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa – La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2530; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; E. PADOVANO, *Eccezione di difetto di giurisdizione – Limiti alla deducibilità delle questioni di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1410; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione – Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, p. 704; C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1562; G. D'ANGELO, *Eccezione di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; P. PATRITO e M. PROTTO, *Osservatorio del processo amministrativo – Questioni sulla giuisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 472; P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; V. CARBONE, *Osservatorio – Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Regolamento preventivo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1427; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1450; G. GIOIA, *Il regolamento di giurisdizione dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 589; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. BATTAGLIA, *Pronuncia declinatoria della giurisdizione e proponibilità del regolamento preventivo dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1002 s.; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 808; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2005; G. BALENA, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 1069 s.; G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. – XVI, Torino, 1997; F. CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. giur.*, XXVI; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, p. 297 s.; ID., *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, col. 89; E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione* (regolamento di), in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

ISSN 2036-7821

Sezioni Unite della Corte di cassazione, il difetto di giurisdizione del giudice a causa dei poteri attribuiti dalla Legge all'amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato (ai sensi dell'art. 41, ult. comma, c.p.c.).

In tale contesto funzional-applicativo, il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione e corrispondenti ad un 'difetto relativo', proprio in forza dell'art. 10, D.Lgs. n. 104/2010, nel processo amministrativo, può essere chiesto (stante il rinvio all'art. 41 c.p.c.) finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado[43]. Ciò, onde evitare che un responso in quella sede possa essere modificato a seguito di impugnazione, ritardando la risoluzione della controversia[44]; dunque, anche al fine di conseguire un 'giusto processo' dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.)[45]. Altrimenti, la contestazione risultando sollevabile solo mediante specifico motivo d'impugnazione avverso il capo della pronuncia impugnata che ha statuito (in modo esplicito od implicito) sulla giurisdizione; ferma restando la preclusione impugnatoria onde denunciare un difetto di giurisdizione del medesimo giudice adito nel precedente grado (art. 9 c.p.a. e art. 37 c.p.c.).

1.2. Ulteriori problematiche.

Come constatato, il contributo legislativo e giurisprudenziale ha concorso a determinare, per via di complementarizzazioni fra principi, un quadro articolato di (istituti di) regimentazione della 'sostenibilità' processuale del difetto di giurisdizione, in assenza di una giustificazione logico-giuridica (quale quella che sorregge la preclusione, per l'attore-ricorrente, ad interporre appello contro la sentenza che lo ha visto soccombente nel merito, onde denunciare il difetto di giurisdizione del giudice di primo grado che egli stesso aveva prescelto).

Se non che, lo sforzo così prodigato non è valso ad apparecchiare una disciplina, delle questioni processuali orbitanti attorno al difetto di giurisdizione, che possa

[43] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635. La soglia oltre la quale dell'istituto non ci si può più avvalere è stata compiutamente definita, precludendone l'esperibilità:

dal momento (non del deposito della sentenza, bensì da quello antecedente) in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione nel merito: atteso che a quel punto ha inizio l'iter dei poteri decisori del giudice, per cui il regolamento medesimo non può più assolvere alla funzione di favorire una sollecita definizione del giudizio, investendo '*per saltum*' la suprema Corte (Cass., sez. un., 18 novembre 1982, n. 6192);

altresì, una volta che il giudice di merito abbia pronunciato anche solo limitatamente alla giurisdizione o ad altra questione processuale: atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo (Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2022, n. 10775; in tal senso, già Cass., sez. un., n. 2466/1996).

[44] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635.

[45] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

ISSN 2036-7821

definirsi altresì esauriente: nonostante una articolata disciplina in punto di decisione[46]. In quest'ottica, paiono distinguibili due ordini di problemi, inerenti: per

[46] L'art. 11 cit., D.Lgs. n. 104/2010 non consente di esimere dall'apporto giurisprudenziale su numerose questioni, fra le più significative delle quali valga di segnalare: l'ambito di applicazione della *translatio iudicii*; la natura, l'efficacia ed i contenuti della sentenza declinatoria della giurisdizione (con particolare riguardo all'indicazione del giudice munito di giurisdizione ed eventualmente di quello territorialmente competente nonché, del termine entro il quale è possibile adire il nuovo giudice); il rapporto fra la sentenza declinatoria ed il regolamento preventivo di giurisdizione; il rapporto fra modalità della riassunzione o avvio di un nuovo giudizio (riproposizione) e conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda; la salvezza delle decadenze e preclusioni, e la rimessione in termini per errore scusabile; il rapporto fra dovere d'informazione dell'amministrazione pubblica (con indicazione del termine e dell'autorità cui può proporsi il ricorso, ai sensi dell'art. 3, L. n. 241/1990), istituto della *translatio iudicii*, ed errore scusabile; gli effetti della declinatoria di giurisdizione sulle misure cautelari che lo stesso giudice che pronuncia la prima abbia emesso in precedenza.

Su tali problematiche, si segnalano: S. AGNES, *Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo (art. 3, L. 241/1990)*, in *Nuove leggi civ.*, 1995, p. 1 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; R. BARBIERI, Translatio iudicii *e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1451 s.; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. Proc. amm.*, 2009; L. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 405; L. CARBONE e R. VICARIO, Translatio iudicii *e irricevibilità del ricorso di primo grado notificato oltre il termine decadenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 518; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005; F. CIPRIANI, *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; F. CIPRIANI, *La novità per il processo civile (l. 19 giugno 2009, n. 69)*, in *Foro it.*, 9, V, 2009; M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida dir.*, 13, 2007; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; C. CONSOLO, Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010; E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2007; V. GASPARINI CASARI, *Sui rapporti tra procedimento e processo amministrativo: la c.d. clausola enunciativa del regime contenzioso dell'atto amministrativo*, in *Studi in onore di Ottaviano*, II, 1993; C. GLENDI, *Oggetto del processo e* 'translatio iurisdictionis', in *Dir prat. trib.*, 2013, p. 1069; C. GLENDI, Translatio iudicii *tra diverse giurisdizioni: problemi pratici e prospettive* in apicibus *(con particolare riguardo alla giurisdizione tributaria)*, in *Riv. giur. trib.*, 2007; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; F. MANGANARO e G. TROPEA, *Le regole della plenaria sulla impugnazione incidentale tardiva e sul difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2012, p. 420; C. MALINCONICO, *La diversità delle giurisdizioni e la concentrazione delle tutele. La* translatio iudicii *e il nuovo concetto di giurisdizione*, in G. Amato e R. Garofoli, *I tre assi*, Roma, 2009; C. MARINO, *Le Sezioni Unite ancora sui rapporti tra* translatio iudicii *e regolamento di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, VII; M. MAZZAMUTO, *La* translatio iudicii *si 'schiude'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894; M. PROTTO e P. PATRITO, *Termine per la riassunzione a seguito di declaratoria del difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 985; P. SANDULLI, *La* translatio *secondo la l. n. 69/2009 ed il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di Cassazione e Corte Costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M. SICA, *Difetto di giurisdizione e tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Concaro*, Milano, 2012, p. 657 s.; A. TRAVI, *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Giur. it.*, 2009; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 343 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* Translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; I.

ISSN 2036-7821

un verso, all'applicazione degli istituti di quella 'sostenibilità'; per l'altro, agli aspetti (*prima facie*) 'organizzativi' che sovrintendono alla convivenza fra giurisdizioni. Pertanto, si ha ragione di ritenere che possa tornare utile un apporto 'compensativo' da parte del 'formante' dottrinale[47].

Lungo la tracciata falsariga, rinviando alla Pt. III della trattazione, quanto al primo (e più circoscritto) ordine di problemi, per intanto sembra tornar proficuo di dedicare qualche riflessione al secondo profilo problematico, tenuto conto del rilievo, da tempo formulato dal Giudice amministrativo ed ancora non del tutto recepito dal Legislatore, per cui «deve prendersi atto dell'esigenza … di evitare difficili distinzioni e conseguenti incertezze, suscettibili di recare pregiudizio al diritto del cittadino ad avere tempestiva giustizia. In questa prospettiva occorre applicare norme oggettivamente ambigue così come esse sono oggi costantemente intese dal Giudice chiamato a risolvere in ultima istanza la questione di giurisdizione»[48].

Non per caso, si è ritenuto di muovere da un istituto ulteriore fra quelli orbitanti attorno alla galassia delle questioni di (difetto di) giurisdizione (relativa). Ci si riferisce alla 'giurisdizione esclusiva', dal momento che, indipendentemente dalla sede di elezione, esprime (senza eguali) un'istanza di soluzione intrinsecamente legata ad un problema processuale che affonda le proprie radici sul piano sostanziale (la 'questione di riparto' come legata alla compresenza di distinte situazioni giuridiche soggettive).

Valga così di osservare che, invero, l'art. 103 Cost. non risulta di per sé d'ostacolo al conferimento al Giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale apparecchiate dall'ordinamento[49]. Nondimeno, per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[50]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n.

ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007; I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008.

[47] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

[48] Cons. Stato, ad pl., 5 dicembre 1984, n. 21.

[49] Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs, 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

[50] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

ISSN 2036-7821

204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[51].

Da qui, rinviando gli sviluppi precipui del discorso relativo alla giurisdizione esclusiva, lo spunto onde riferire di una condizione di disagio (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale - art. 24 Cost. -), stanti le insidie 'di riflesso' derivanti da conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo, integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione[52]. Ci si riferisce innanzitutto a certo condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale - art. 103 cit. -) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), avvalendosi della sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[53]. Tantopiù che: per quanto «non esista nel

[51] Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Cedam, 2019.

[52] A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

[53] Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (Ord. 19 settembre 2020, n. 19598) laddove, nel rinviare in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'U.E., la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applichino correttamente il diritto europeo, così puntualizza (con ampio richiamo di precedenti):

«nella giurisprudenza delle Sezioni unite è da molto tempo acquisito il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo»;

«alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione – la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) – nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente»).

Cfr. pure le puntualizzazioni recate da Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934 secondo cui «il controllo esercitabile dalla Corte di Cassazione sulle decisione dei giudici speciali ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è

ISSN 2036-7821

nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice della legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative»[54].

Ma l'accento cade altresì sulla 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[55].

È, allora, intuitivo che i termini di quel sindacato, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia, dipendono

---

circoscritto alle sole questioni inerenti alla giurisdizione, cioè al controllo dell'osservanza delle norme di diritto che disciplinano i limiti esterni della giurisdizione stessa, ovvero all'esistenza di vizi che attengono all'essenza stessa della funzione giurisdizionale, senza estendersi al modo del suo esercizio, con la conseguenza che con il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo o del giudice contabile non possono essere dedotti altri eventuali errori, in iudicando o in procedendo». In altri termini, osserva Cass. civ., sez. un., Ord. 19 maggio 2023, n. 13791 che «l'accertamento di "errores in iudicando" come di "errores in procedendo" rientra infatti nell'ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione, trattandosi di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio, e non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui la relativa potestà è stata esercitata dal giudice speciale». Pertanto, aggiungono (rispettivamente): Cass. civ., sez. un., Ord. 2 maggio 2023, n. 11444, «il controllo del limite esterno della giurisdizione che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale»; Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2023, n. 15706, «in tema di impugnazione delle sentenze dei giudici speciali per motivi di giurisdizione, sia l'omessa pronuncia su un motivo di appello, sia l'omesso esame di circostanze di fatto, costituiscono - rispettivamente - errores in procedendo o in iudicando, e non certo un travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione»; Cass. civ., sez. un., Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497, «la nozione di eccesso di potere giurisdizionale non ammette letture estensive neanche se limitate ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; tale vizio non è configurabile per "errores in procedendo", i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo»; Cass. civ., sez. un., Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196, «l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Tale eccesso non sussiste, invece, nel caso in cui detto giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia egualmente dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle norme di riferimento»; Cass. civ., sez. un., Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157, «l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore è configurabile solo ove il giudice amministrativo (o contabile) applichi non già la norma esistente, bensì una norma da esso stesso creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; invece, la mancata o inesatta applicazione di norme di legge, non comporta la creazione di una norma inesistente, con conseguente invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale».

[54] Cass., sez. un., 22 settembre 2017, nn. 22083, 22084, 22085. Cfr. pure Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620.

[55] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. p. 8 s.

ISSN 2036-7821

largamente dalla Corte di Cassazione e dal modo in cui la medesima intende: sia la figura dell'interesse legittimo (il labile confine fra accertamenti, in astratto ed in concreto, di tale situazione giuridica)[56]; sia (in forma complementare) il confine fra discrezionalità e merito (per via dei principi e delle norme che regolano l'esercizio del potere discrezionale, implicando la definizione di 'spazi liberi' dell'attività amministrativa)[57]; sia la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende (a monte) da come s'intende l'operazione interpretativa[58].

Va riconosciuto che tutto ciò ha indotto ad ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno quindici anni di servizio.

Parte Seconda

2. Apporto della scienza processualistica onde contemperare il principio del 'giudice naturale' con quelli del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela'.

A questa stregua, la riscontrata 'dipendenza', degli istituti processuali inerenti alle questioni di (difetto di) giurisdizione, sia da complementarizzazioni fra principi sia da certo assetto organizzativo del sistema di giustizia, sembra tradire (ai diversi livelli) una sorta d'ineluttabilità di conflitti reali.

Se non che, una sana (perché disincantata) presa d'atto, non può cedere alla rassegnazione, nel convincimento che i problemi attinenti alla giurisdizione vanno trattati con un 'approccio' ad ampio spettro. Così, avuto riguardo: non solo ad una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[59]; non solo al rapporto fra limiti esterni, principio di effettività e giusto processo; ma anche (ed innanzitutto) in un'ottica di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello

[56] D. PALAZZO, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 93 s., segn. p. 121.
[57] PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.
[58] Sempre PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.
[59] F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

processuale, come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale[60]. Non foss'altro perché, in difetto, quella complementarizzazione di principi, pur assurta alla ribalta del dato 'positivo', nel concreto operare delle sue potenzialità (in seno al dato globale di esperienza giuridica), rischia di prestarsi alle stesse obiezioni mosse alla 'ragionevolezza metafisica' predicata dal 'diritto vivente' (quantomeno, alle sue versioni meno 'attrezzate')[61]. Sì da esigere, a mo' di contraltare del dilagante

[60] Così Corte cost., 14 ottobre 1986, n. 220, secondo cui: «il giusto processo … vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano essere attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo … deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice».

Quanto alla giurisprudenza di merito, che, nell'interpretazione delle norme processuali, (ferma restando la preferenza per il criterio letterale - Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149 -), vadano privilegiate le soluzioni esegetiche che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, ed invece ripudiate le opzioni ermeneutiche che la ostacolino o addirittura la precludano: Cons. giust. amm. reg. Sic., 11 dicembre 2017, n. 544.

In dottrina, ha recentemente ribadito tale assetto, E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[61] Al riguardo, deve riferirsi di una giurisprudenza teorica che, in siffatti ambiti, partendo dai principi sanciti nella Carta costituzionale e dalla "contrafattualità" del monopolio statuale del diritto, si vuole largamente orientata verso un semplice obbligo di ponderazione da tradurre in una sorta di "positivismo giuridico debole" che talvolta degenera in "razionalità rispetto al valore". Ciò si determina senza poter registrare quel preliminare chiarimento dogmatico, sui rapporti tra criteri, estremamente opportuno onde evitare che: la necessità di astrazione, insita nell'uno ("regola/eccezione"), venga elusa; la *ratio legis* dell'altro si riduca alla ponderazione stessa (N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 77 s.).

Di tal fatta, resta ferma l'obiezione, rivolta (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del "diritto vivente", di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto).

Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle carte fondamentali) l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

ISSN 2036-7821

fenomeno di ('creazionismo giudiziario', *rectius*) 'efficacia normativa della giurisprudenza' (complici la trasformazione dello Stato costituzionale e la globalizzazione del diritto stesso)[62], un apporto della scienza processualistica all'insegna di una versione aggiornata dell'idealtipo del 'giurista-custode'[63]. Pertanto, la capacità di quest'ultimo di contemperare, l'istanza di salvaguardia del valore della certezza delle regole (come trasfusa nel principio del 'giudice naturale') coi principi del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela', può trovare adeguato strumento in una riqualificazione ermeneutica ispirata alla logica operazionale (dei

---

Dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti, se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" quale arte della composizione in vista della co-esistenza (F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità* (- atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale -Lecce, 9-11 settembre 1973 -, Milano, 1974, p. 83).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai auto-referenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «*Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto*» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246).

[62] Da ultimo, su tale fenomeno, F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, pp. 263 s., 266, 267, 268, 270 (con particolare riferimento alla 'macroprassi ipertrofica' della giurisprudenza sul processo), 334 (ove, acclarato che ogni interpretazione è massimamente e resta manifestazione ed esercizio di libertà del pensiero, nondimeno si predica che 'occorre … sceverare tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo e una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative'), 340. Cfr. pure V. COLESANTI, *Giurisprudenza 'creativa' in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

[63] N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 35; A. CARRATTA, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2019, pp. 11-12. Sul problema attuale della dottrina processualistica, di rielaborare il sistema processuale tradizionale alla luce della molteplicità degli interessi coinvolti e della loro necessaria, armonica combinazione, solo così assicurando la genuinità delle decisioni giudiziali e la loro 'salutare coerenza al divenire sociale': F. SAITTA, *Regole processuali* …, p. 279.

ISSN 2036-7821

"costi/benefici") secondo i dettami epistemologicamente più avanzati ('razionalismo critico'[64]).

In quest'ottica, benché (come anticipato) il tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione sia senz'altro di 'diritto comune' (per principi, meccanismi operativi ed implicazioni), nel presente scritto si è ritenuto di affrontarlo nell'ottica del processo amministrativo: per due ordini di ragioni che si reputa correlati. Il primo attiene al primato, in termini cronologici, a quest'ultimo spettante quanto all'introduzione di una espressa affermazione normativa di istituti centrali, quale quello del 'giudicato implicito'; il secondo deriva dalla maggiore dimestichezza (rispetto al processo civile) verso l''interesse legittimo', quale situazione giuridica soggettiva cui l'ordinamento affida (nel suo concorrere con il 'diritto soggettivo') il ruolo di principale criterio onde dirimere le questioni di 'riparto' fra giudici, ordinario e speciale, rispetto alle quali il difetto di giurisdizione non rappresenta che il più frequente 'negativo' in sede di tutela.

Pertanto, ad una ricostruzione dogmatica del discorso alla base del riparto di giurisdizione, si confida di affidare il compito di 'stemperare' le tensioni che (a partire dai principi antinomici di riferimento) ancora accompagnano il tema principale. Infatti, l'accettazione, da parte del dato globale di esperienza, del rilevato 'paradosso apparente' induce a concludere che la maggior incidenza riconosciuta ai principi del 'giusto processo', pur al cospetto di un vizio di base (o comunque dalla rilevazione prioritaria) contravvenente al principio del 'giudice naturale precostituito per legge', pare idoneamente assecondabile, se non si vuol cadere nell'obiezione di 'volontarismo' (di supino atteggiamento verso la *voluntas legis*), solo alla luce di una 'rivisitazione', concettuale e di sistema, del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione e della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di pienezza ed effettività della tutela.

In altri termini: se alle questioni di giurisdizione ed agli istituti che vi orbitano evidentemente risulta sottesa un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti; resta comunque che il meccanismo di riparto ha ridimensionato la propria incidenza, ricondotta entro termini 'organizzazionali' e di 'adeguatezza' della risposta di giustizia, per via di un duplice

[64] Quest'ultimo paradigma generale, rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione. Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

ISSN 2036-7821

processo: di relativizzazione delle situazioni giuridiche soggettive e di uniformazione degli strumenti di tutela. Pertanto, su tali versanti occorre intervenire; ciò, a maggior ragione una volta che si muova dall'orientamento ormai dominante quanto al criterio processuale che sovrintende alla determinazione delle giurisdizioni, del giudice ordinario e del giudice amministrativo: non già in base alla c.d. prospettazione resa nella domanda (ossia alla stregua della qualificazione giuridica soggettiva che l'instante attribuisce all'interesse di cui invoca tutela); bensì, in ragione del c.d. *petitum* sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia. Questi ultimi, da identificarsi in funzione della *causa petendi*, costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuabile in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto, alla posizione medesima, dalla disciplina legale da applicare alle singole 'fattispecie'[65].

D'altronde, tornando al 'regolamento preventivo di giurisdizione', pare sintomatico, di una 'rivisitazione', concettuale e di sistema, del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione nonché, della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di pienezza ed effettività della tutela, la seguente duplice circostanza:

può essere promosso persino dall'attore/ricorrente a fronte dell'altrui contestazione[66]; pur senza che la parte sollevi una articolata contestazione, essendo sufficiente l'interesse ad eliminare ogni dubbio[67];

in altro scritto si è prefigurata la possibilità che il giudice originariamente adito, nel decidere di non sospendere il processo, valutando l'istanza come manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, ritenendo le contestazioni mosse nel Regolamento inidonee a porre in discussione la propria giurisdizione), sia legittimato a tener conto della circostanza per cui, in relazione al concreto atteggiarsi della controversia, la mancata assegnazione ad altro giudice non determinerebbe alcun significativo pregiudizio all'effettività della tutela (sul duplice versante della cognizione e dei poteri decisori)[68].

Da qui, riveste indubbia priorità la definizione di un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo (accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto), onde segnare i termini di confine fra giurisdizioni (amministrativa ed ordinaria).

---

[65] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3288.

[66] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

[67] Cass., 8 ottobre 1974, n. 2659.

[68] P. COTZA, *Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e correlato 'regolamento preventivo' nel processo amministrativo*, di prossima pubblicazione, par. 3.5.

ISSN 2036-7821

Tanto più, in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte e per via del rango costituzionale di quel criterio (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela)[69]. Come tale, l'obiettivo si connota per un significativo 'tasso' di problematicità, non foss'altro perché, alla luce di certo assetto normativo processuale, nella prescelta ottica della giurisdizione amministrativa, risente della 'pendenza' di molteplici questioni 'a monte', concernenti (fra l'altro) la definizione di 'potere (autoritativo)' e la configurabilità (o meno) di un interesse legittimo, suscettibile di tutela dinanzi a quel giudice speciale.

3.1. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione.

Innanzitutto: si tratta di procedere al superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[70]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[71].

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad*

[69] P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2023, 1, p. 103 s.

[70] Da tempo, si è espresso in questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

[71] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

ISSN 2036-7821

un'applicazione univoca»[72]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[73]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre). Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[74].

Si è dell'avviso, invece, che un 'approccio' d'indagine di tipo dogmatico possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Dovendo procedere con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[75]. Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che: si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[76]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[77]; il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse, salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest'ultimo[78].

---

[72] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s.

[73] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.

[74] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263.

[75] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272.

[76] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

[77] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218 e 18 s.

[78] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 39 s., 297.

ISSN 2036-7821

Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.

Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto:

benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo);

è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[79].

Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[80].

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi:

dall'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[81]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[82]);

---

[79] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5.
A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, prima del capitolo dedicato a "*Il concetto di diritto soggettivo*" (*ivi*, p. 160 s.), dimostra il primato logico e concettuale del dovere sul diritto (*ivi*, p. 153 s.), costruendo le modalità giuridiche (dunque, classificando le situazioni soggettive) sulla base (in funzione) dei doveri (*ivi*, p. 149 s.). NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s., accentua, quale base del diritto soggettivo, la modalità del dovere (in senso stretto) di astensione o del dovere di cooperazione al soddisfacimento dell'interesse protetto. Nel senso del derivare il diritto soggettivo dall'obbligo e quest'ultimo, a sua volta, dal diritto oggettivo, già R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319 ove l'a. ne trae le implicazioni sul piano del rapporto giuridico: come corrente «da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall'altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)». Sul diritto soggettivo come concetto "derivato" (potere di pretendere l'adempimento dell'obbligo): H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[80] Cfr. le illuminanti (sia pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche …*, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272; con SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s. nonché, *ivi*, del medesimo a., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

[81] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione..., Introduzione*, p. VII s. Cfr. pure, *ivi*, pp. 105, 132 e 175.

[82] Per cui può rinviarsi a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219. Cfr. pure, *op. ult. cit.*, pp. 365 e 373.

ISSN 2036-7821

corrispondentemente, dall'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, dall'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[83].

Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …

A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione'[84], trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico

[83] Così L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 219 s. e segn. 238.

[84] Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica...*, p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica

ISSN 2036-7821

impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'). Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[85]; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[86]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[87];

---

nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

[85] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[86] Come già rilevato da: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[87] Dei meccanismi di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito (nt. di par. 1.1.).

Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

ISSN 2036-7821

operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista (principalmente sensibile agli effetti concreti); come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[88], ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[89]. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[90]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite o 'di garanzia' rispetto all'esercizio discrezionale[91].

Sempre per quanto già esposto:

pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);

accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); altresì, alla luce del

---

[88] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69 conclude nel senso che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Cfr. pure, *ivi*, pp. 79-80.

Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti*, cit., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[89] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

[90] Resta inteso, per quanto anticipato, che può tornar utile, onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato (per un esperimento di tal fatta, pur coi dovuti aggiornamenti, può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.).

[91] Per quest'ultimo aspetto può rinviarsi a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 234 s.

ISSN 2036-7821

contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[92];

potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[93]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Dunque:

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra

---

[92] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto».

[93] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[94];

si tratta di verificare la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale, da 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali) a figura di rilievo 'identitario' dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo (sì da giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale).

Diversamente, si spiega la circostanza dell'essersi fatta strada persino la tesi favorevole all'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[95]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

Ciò, complice il contrarsi progressivo del momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale[96]; e, comunque, in considerazione:

sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[97];

---

[94] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

[95] Cfr.: SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900; G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912; E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792, 796-797; C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e ID., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55; recentemente B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

[96] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 ss., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 ss., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 19 ss., segn. p. 28.

[97] A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

ISSN 2036-7821

sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale in senso stretto, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea[98].

Per intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un triplice ordine di sviluppi.

Innanzitutto, nel senso che, «se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso. Dovrebbe anzi dirsi che la giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni»[99].

Quindi, con riguardo alla giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa, per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo):

come vi si fa valere (non tanto una singola e ben qualificabile situazione giuridica soggettiva, quanto) la propria complessiva pretesa sostanziale nei confronti dell'Amministrazione; così il carattere unitario dell'azione non consentirebbe né di scindere la tutela di alcune situazioni soggettive rispetto alle altre, né di differenziare i termini per l'esperibilità delle rispettive forme di tutela[100];

la pienezza della cognizione sul fatto e sul rapporto controverso sottenderebbe ad una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione ci si duole[101].

Nondimeno, pare doversi salvaguardare un rilievo 'identitario', dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, alla situazione giuridica soggettiva in esame, stante la sua relazione comparativa con l'interesse pubblico, che non può essere neutralizzata dal configurare la prima (al pari del diritto soggettivo) come 'quadro

[98] BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

[99] A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 5. Sull'illogicità della tecnica di isolamento preventivo dei diritti e degli interessi ai fini del riparto di giurisdizione, sul suo mantenimento da parte del giudice esclusivo e sui relativi 'fardelli extraprocessuali', V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 119.

[100] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 384-385.

[101] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 177-178; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 4, 9, 19 e (quanto al rapporto fra effettività della tutela e cognizione piena) 39.

ISSN 2036-7821

riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[102]. Così da giustificare, oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[103], certa specialità a livello giurisdizionale (in termini, non di ostacolo all'effettività e pienezza della tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, ma neppure di parificazione integrale della protezione assicurata alle diverse situazioni giuridiche soggettive): trattandosi di far corrispondere, alla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive, una diversità di contenuti, grado ed intensità della tutela giurisdizionale, non più una pluralità di azioni distinte ed incompatibili fra loro a seconda del discrimine fra situazioni soggettive[104].

Ciò, benché quella connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulti perspicua; quanto dipende dalla circostanza che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo[105].

… e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, valgano due ordini di connessioni che si sommano sia a quanto anticipato a proposito del rapporto fra atti vincolati e situazioni soggettive giuridiche, sia a quanto esposto nelle pagg. segg. circa le azioni di annullamento ed

---

[102] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 21. D'altronde, la medesima dottrina riconosce che non vi è alcuna necessità (o residua utilità) di negare la (concettualmente) 'ontologica' differenza intercorrente tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, dal momento che, a fronte dell'interesse del singolo, si erga un momento di autorità pubblicistico (così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 518 s.).

[103] F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 54.

[104] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 526 s., ove l'a. ribadisce che i problemi di effettività della tutela non derivano dalla coesistenza di distinte figure soggettive, bensì dall'inadeguatezza dell'azione giurisdizionale che sia prevista dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi: sì da spostare il baricentro, da una tutela del bene della vita indiretta (di annullamento per motivi di legittimità), ad una tutela diretta (riparazione o reintegrazione di un danno ingiustamente causato dall'Amministrazione).

[105] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100, 205.

ISSN 2036-7821

avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione, quando si tratti di attività vincolata.

Innanzitutto, è frutto di un'inversione di metodo il concludere che i diritti 'fondamentali' siano (intrinsecamente) resistenti di fronte all'esercizio del potere amministrativo[106]; con le relative implicazioni in punto di giurisdizione delle relative controversie.

In secondo luogo: rispetto all'obiezione per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi; può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[107]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[108]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[109]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato in una logica operazionale di "costi/benefici"; assumendo consapevolezza: delle conseguenze alle quali conduce

[106] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo,* 2021, p. 16.

[107] In tali connessioni paiono drammaticamente risuonare più nette riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo.

[108] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Come anticipato, di diverso avviso E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266. Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

[109] Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

ISSN 2036-7821

(stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati"; per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[110];

sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico.

Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio orientativo 'di massima'.

3.2. Interludio. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' …

Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione, che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto: non nel senso che quello amministrativo sia il Giudice del 'pubblico potere'; bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio. Così, radicando (tendenzialmente) quella giurisdizione in corrispondenza dell'esercizio discrezionale (eppertanto, della formazione dell'interesse pubblico concreto)[111]; coll'aggiunta delle questioni d'incompetenza e violazione di legge (come sviluppo 'garantista' di un assetto discrezionale); in definitiva, sussumendo quel radicamento alla natura della situazione giuridica azionata[112].

Di tal fatta, quanto al Giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:

---

[110] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali", compresa quella giuridica (per cui può rinviarsi a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958).

[111] Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

[112] Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

ISSN 2036-7821

al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[113]), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;

la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi … dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[114].

Mentre, la giurisdizione del Giudice amministrativo andrebbe (per l'appunto) ravvisata quando: al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto'); la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo. Dunque, così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal Legislatore.

Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del riparto, in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale[115].

---

[113] Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160 («in tema di misure volte a fronteggiare i danni causati da eccezionali calamità atmosferiche, il procedimento amministrativo per l'attribuzione dell'indennità in favore del privato richiedente, con la conseguente nascita del diritto soggettivo, si esaurisce con l'adozione del provvedimento di concessione del beneficio da parte dell'amministrazione incaricata dell'istruttoria, senza che rilevi l'eventuale ratifica o meno da parte dell'ente erogatore del contributo. Pertanto, una volta che l'ente delegato per legge abbia individuato il singolo beneficiario con un formale provvedimento, la controversia promossa dal privato per ottenere la condanna al pagamento del contributo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In altri termini, fino a quando residua in capo all'Amministrazione un potere discrezionale, la posizione del privato è di interesse legittimo; una volta che l'Amministrazione, invece, abbia assunto la propria decisione, la posizione è di diritto soggettivo»).

[114] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599, a proposito di una controversia introdotta da quanti si siano opposti ad un provvedimento amministrativo di rilascio di un immobile di edilizia residenziale pubblica, occupato senza titolo. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

[115] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139 («il ricorso avverso il silenzio inadempimento, proposto ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 104/2010, deve intendersi ritualmente esperibile solo se proposto a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, poiché in tal caso l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva»). *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

ISSN 2036-7821

Sempre sulla scorta del precedente discorso dogmatico, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto, avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[116].

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del riparto, è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'[117]; potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di riparto:

nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

[116] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

[117] In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

ISSN 2036-7821

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva (che perderebbe di autonomo rilievo sistematico, per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie'[118].

A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi[119].

Ciò, sul piano sistematico, a conferma:

di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare un potere di disapplicazione in capo al Giudice ordinario);

di un rapporto invece di confinazione, limitato ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'affidamento, al Giudice amministrativo:

di questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale (come in origine[120]) eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione';

---

[118] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrativ@mente.it*, 2025.

[119] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111 secondo cui «quando la pubblica amministrazione decide di procedere alla revoca di un atto, il potere di autotutela partecipa dello stesso potere esercitato con l'atto revocato con la conseguenza che a fronte del diritto soggettivo del ricorrente ad ottenere un permesso provvisorio in attesa dell'esame della sua domanda di protezione internazionale, il potere esercitato in sede di revoca di tale permesso è destinato a incidere sulla stessa tipologia di situazione giuridica soggettiva, la cui tutela deve essere pertanto ricondotta nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario». *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076 (« il ricorso avverso il provvedimento con il qual è stato ordinato al titolare della patente di abilitazione alla guida di sottoporsi all'esame di idoneità tecnica nel caso di azzeramento dei punti partecipa della medesima natura di sanzione accessoria propria della perdita dei punti, applicata in conseguenza delle singole violazioni alle norme di comportamento nella circolazione stradale, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario»); Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700 («il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si determina non già in base ai vizi dei vari atti amministrativi adottati dall'amministrazione ed alle pronunce richieste su di essi (annullamento piuttosto che disapplicazione), bensì in relazione alla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio»; «allorché una controversia riguardi l'accertamento della proprietà di un compendio immobiliare controverso, la giurisdizione è del giudice ordinario, a nulla rilevando che le doglianze di quest'ultimo siano dirette a denunciare i vizi procedurali per carenza e incompletezza dell'attività istruttoria ovvero errori di valutazione»).

[120] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, p. 103 s., segn. pp. 155-156: «Potrebbe obiettarsi

ISSN 2036-7821

altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[121].

Sempre in termini di (progressiva) confinazione, si spiegano:

l'affidamento, al Giudice amministrativo, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;

la sottrazione al Giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle

---

che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione)».

Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37).

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, di prossima pubblicazione, par. 4.

[121] Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-octies, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.

Quanto trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo[122]. Salvo osservare che:

circa i comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o '*sine titulo*', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)[123];

onde scongiurare il rischio d'introdurre, per questa via, un criterio ulteriore (nullità anziché vizio sotteso all'annullamento), sarebbe preferibile riferirsi al parametro dell'esercizio discrezionale piuttosto che a quello del (generico) potere (della sua manifestazione);

correlativamente, sulla scorta del correttivo adottato nel presente studio, in caso di lesione determinata da un atto autoritativo vincolato, la giurisdizione dovrebbe restare in capo al Giudice ordinario, eccezion fatta per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva che, come nel caso dell''affidamento incolpevole' del privato, esula dal binomio 'diritto – interesse legittimo' in senso stretto, pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia prudenza,

[122] In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063 che, nell'ottica prospettata nel presente studio, necessiterebbe di una rettifica circa il riferimento agli atti autoritativi: dovendosi distinguere fra quelli a contenuto discrezionale o vincolato (tenendo conto di quanto anticipato a proposito della natura delle - fatte salve - questioni di competenza e di violazione di legge). Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 13 aprile 2023, n. 9837 («la domanda di risarcimento del danno alla salute nei confronti della P.A., avendo ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo inviolabile (come tale, insuscettibile di affievolimento da parte di provvedimenti amministrativi) appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, a meno che non si verta in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, tornando, peraltro, ad applicarsi la regola generale della giurisdizione del giudice ordinario allorquando, anche nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva, la lesione della salute sia stata provocata non dall'adozione d'un provvedimento amministrativo, bensì da una mera attività materiale della P.A.»).

[123] In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

ISSN 2036-7821

diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[124]. Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo. A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo cui dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.

Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione.

Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo, in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere amministrativo (genericamente inteso)[125]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[126].

Infine, il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via

[124] Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

[125] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235 («è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base all'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e nelle particolari materie indicate dalla legge di giurisdizione esclusiva essa si manifesta attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione»). S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).

[126] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.

ISSN 2036-7821

diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo). Ciò, dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico': come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta; così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile[127].

3.3. … *nonché, di difetto di giurisdizione*.

Preliminarmente va osservato che:

se il criterio di 'riparto' è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva, come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); se, dunque, in ciò va ricercato il 'senso' (funzionale) della specialità del giudice amministrativo;

può risultare meglio percepibile il condizionamento esercitato, in termini di 'precomprensione', quale discendente (oltreché da fattori ideologici) da un''inversione di metodo' (cioè, dall'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –[128]); stavolta, facendone le spese il rapporto fra principi, del 'giudice naturale precostituito per legge' e del 'giusto processo', per via di una, rigida quanto anacronistica, visione delle ragioni del 'riparto': per cui, a fronte dell'unicità della giurisdizione, si giustifica l'introduzione di un giudice speciale con una situazione giuridica (l'interesse legittimo) senz'altro distinta dal diritto soggettivo[129].

---

[127] Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

[128] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[129] Laddove la conformazione di una posizione soggettiva: non può risultare da una mera implicazione (o riflesso) del problema di 'riparto'; essendo un *prius*, logico prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità. Su tale questione e sulle giustificazioni storicamente addotte in ordine all'introduzione di un giudice amministrativo, sia consentito di rinviare a: P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s.; ID., *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 31 s.

ISSN 2036-7821

Con le ben note implicazioni in punto di: corrispondente 'distanziazione' delle rispettive forme di tutela; di rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e di altrettanto rigida 'confinazione' degli istituti riconducibili al principio del 'giusto processo' (come in parte 'calibrata' dalla giurisprudenza).

Ergo, l'approccio interpretativo ad istituti, di 'sostenibilità' di quel vizio (del tipo del 'giudicato implicito'):

per un verso, non può rimettersi alla mera osservazione (di per sé non decisiva) della relatività del medesimo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile (a differenza della tardività della notifica e del deposito)[130];

per altro verso, deve muovere dalla considerazione che, se e nella misura in cui il Legislatore ha finito per 'sdoganare' espressamente quegli istituti, se ne deve inferire che ha dimostrato pari apertura verso una riconsiderazione, in termini di avvicinamento, delle situazioni giuridiche soggettive: a partire dalle rispettive forme di tutela (si pensi alla trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto).

Da qui, una 'rivisitazione' del problema di riparto di giurisdizione: come meno condizionato dai canoni di 'unicità' e 'specialità', nella misura in cui assume maggior rilievo l'istanza di assicurare pienezza ed effettività della tutela stessa. A ciò concorrendo principi ulteriori: di 'concentrazione', come nelle sempre più numerose ipotesi di 'giurisdizione amministrativa esclusiva'; di 'economia dei mezzi' e di 'ragionevole durata' del processo, con riguardo agli istituti in esame.

Il punto è molto delicato e complesso poiché investe la duplice questione complementare: della dotazione del giudice (amministrativo) di adeguati mezzi processuali, estendendogli (quantomeno in una nuova prospettiva del 'rinvio esterno'), oltre alle prerogative di sindacato del giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile; comunque (anche quando nel vizio di giurisdizione sia incorso il giudice ordinario), dell'assunzione di una maggiore consapevolezza delle consustanzialità delle situazioni giuridiche soggettive, onde scongiurare il rischio (su entrambe le sponde) di una 'degradazione' della tutela.

[130] Così Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2013, n. 1656 («Ai sensi dell'art. 35 CPA (D.Lgs. n. 104/2010), la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio, così come la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, CPA rispettivamente per la questione di giurisdizione per la questione di competenza; il che trova piena comprensione sul piano logico e sistematico, perché l'erronea scelta del giudice, per ragioni di giurisdizione o competenza, è un vizio relativo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile; la tardività del ricorso è invece un vizio assoluto, atteso che decorso il termine legale ultimo, nessun giudice può occuparsi del ricorso, sicché il vizio non è emendabile ed è rilevabile d'ufficio anche in grado di appello»).

ISSN 2036-7821

A questa stregua (come anticipato), anche il disvalore processuale del difetto di giurisdizione si ridimensiona in termini 'organizzazionali': tenuto conto che, se risponde al vero che la Costituzione repubblicana ha recepito il precedente assetto di pluralità di giudici, resta comunque che la medesima ha essenzialmente e prioritariamente assegnato, all'intero sistema di giurisdizione e mediante lo strumento processuale, il compito di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e (in definitiva) il soddisfacimento del diritto delle parti a conseguire una risposta (quale si sia) in ordine al 'bene della vita' oggetto della loro contesa[131]. Ragion per cui:

la pluralità di giudici va riconosciuta nella misura in cui serve ad assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia;

dunque, quella condizione plurale degli ordini di giurisdizione non può risolversi in minore effettività (se non neutralizzazione) della tutela giurisdizionale; quel che si determina quando la disciplina dei loro rapporti sia tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione finisca col risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela;

il difetto di giurisdizione si presta ad essere assimilato dal sistema entro gli schemi della gerarchizzazione-confinazione dei principi; con conseguente cittadinanza di istituti del tipo, non solo della '*translatio iudicii*' (di chiusura del sistema di disciplina dei rapporti fra giurisdizioni, anche in ragione dei limiti di garanzia, per il diritto sostanziale e l'azione, riposta nell''errore scusabile'[132]), ma persino del 'giudicato implicito' in certa misura preclusivo di un rilievo officioso di quel vizio[133].

3.4. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici.

Si rivela non meno problematica l'omologazione di una vicenda di uniformazione degli strumentari di tutela dei Giudici, ordinario ed amministrativo. Preliminarmente valga di osservare che senz'altro ciò trova favorevole sponda nel pertinente dato normativo, ove il principio di effettività (già affermato in generale dall'art. 1 c.p.a. su base costituzionale e di diritto sovranazionale[134]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche

[131] Artt. 24, 111, 113 cost.

[132] T.A.R. Liguria, Ord. 16 giugno 2005, n. 229.

[133] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

[134] Il principio in questione, oltre ad essere desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., risulta altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali; per cui, vi si devono conformare sia il Legislatore nazionale, sia l'interprete in sede applicativa (quanto alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti, valga di rinviare già a Corte cost., n. 80/2011).

ISSN 2036-7821

soggettive[135]; dunque, non rappresentando più l'argomento giustificativo proprio della giurisdizione esclusiva. In quest'ottica, l'esempio più significativo pare offerto dall'azione risarcitoria, in quanto esercitabile anche indipendentemente dalla previa impugnazione del provvedimento (una volta superato il dogma della pregiudiziale amministrativa - art. 30 c.p.a. -). Ma si pensi altresì: all'esperibilità delle azioni di accertamento e di esatto adempimento, al divieto di assorbimento dei motivi di ricorso, (all'orientamento favorevole) all'integrazione in corso di giudizio della motivazione della determinazione provvedimentale[136].

A questa stregua, per quel che rileva ai fini del presente studio specialistico:

benché, in progresso di tempo, si sia assistito ad un fenomeno normativo di ripetuta e profonda erosione degli equilibri costituzionalmente sanciti e del principio di unicità della giurisdizione, coll'ampliamento del novero di materie sottoposte a quella amministrativa esclusiva, solo in parte 'frenato' dalla Corte costituzionale[137];

---

[135] Sempre con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento, si richiama l'art. 7, comma 7, c.p.a., secondo cui 'il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi'.

[136] Per questi ultimi due profili, una sintesi degli argomenti favorevoli si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove spiccano (rispettivamente):

sia la circostanza che la maggiore tutela processuale al ricorrente, derivante da un divieto, non preclude all'Amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo con una motivazione adeguata; sia dalla vocazione attuale del processo amministrativo ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, onde assicurarne la reintegrazione; sia l'opportunità per il giudice di formarsi una cognizione piena del rapporto o, comunque della vicenda controversa necessaria ai fini di quell'accertamento (*ivi*, pp. 356-360);

sia la circostanza che, sempre per via dell'attuale vocazione del processo amministrativo, un eventuale assorbimento potrebbe incidere sul contenuto dispositivo della sentenza, in punto di valutazione dell'entità e consistenza del danno risarcibile e del tipo di reintegrazione da accordare (*ivi*, p. 361 s.).

[137] Pur venuta meno la materia dei ricorsi relativi al pubblico impiego (a seguito delle riforme legislative che, nell'arco degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni), progressivamente si va: dal nocciolo originario di cui all'art. 29 T.U. Cons. Stato ed all'art. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1058; agli artt. 33-34, D.Lgs. n. 80/1998. Stavolta, ponendosi dubbi di legittimità costituzionale per via di una devoluzione secondo 'blocchi di materie'; al punto da chiamare in causa la Corte costituzionale che è intervenuta incisivamente (a partire da 6 luglio 2004, n. 204, sino a 11 maggio 2006, n. 191 ed a 5 febbraio 2010, n. 35). Così però suscitando non poche perplessità in dottrina, circa la sopravvivenza stessa della giurisdizione esclusiva (A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 s.; cfr. pure: L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 s., segn. 225-226; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni - d'agosto - sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.lexitalia.it*, 2004; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 - Riflessioni "a caldo" -*, in *www.giustamm.it*, 2004; E. FOLLIERI - a cura di -, *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* - Lucera, 19 febbraio 2005 -, Milano, 2006). Da lì, si è giunti al c.p.a. (segn. art. 133), come modificato a seguito di ulteriore intervento della Corte costituzionale (27 giugno 2012, n. 162) mediante D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Cfr. pure R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

quella vicenda di potenziamento delle prerogative, è tale da configurare la giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo come tendenzialmente 'piena': imperniata, più che sull'atto, sul rapporto; complice un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi, in grado di garantire tutela integrale agli uni come ai secondi (s'intende, quando sottoposti alla sua cognizione)[138].

Ciò, al punto da giustificare una rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione')[139]; pur senza stravolgerlo stante il suo impianto costituzionale.

Salvo osservare che il discorso risulta 'complessificato'. Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del Giudice amministrativo[140]; se, da un canto, ne consegue anche un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d'altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale[141]; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte), come dimostra la seguente rassegna.

Per un verso:

l'azione di accertamento vertente su diritti soggettivi[142];

---

[138] In particolare, si può risalire a: Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; 23 marzo 2011, n. 3; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 2011, n. 1428. Ad esse si deve di aver inaugurato l'orientamento favorevole all'ammissibilità, in via generale, sia dell'azione di esatto adempimento (volta a conseguire una condanna dell'Amministrazione pubblica all'adozione di un provvedimento vincolato) sia di quella di accertamento (ritenuta esperibile in tutti i casi in cui non possa essere ottenuta tutela tramite azioni espressamente previste).

[139] In tal senso, S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 s., segn. pp. 992-993.

[140] Con particolare riguardo agli istituti dell'arbitrato e del decreto ingiuntivo (per cui si rinvia agli artt. 12 e 118 c.p.a.), così raccogliendo i rilievi di autorevoli voci di dottrina (*ex multis*, E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 318-319).

[141] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 54 s. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

[142] Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1535 («la natura di atto privatistico della rideterminazione degli oneri concessori non risulta suscettibile di alcun mutamento per effetto della diversa causa che ne abbia fatto sorgere l'esigenza - mero errore di calcolo della p.a. o scoperta della falsa rappresentazione fornita dal privato -, poiché in ogni caso la pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale - art. 2946

ISSN 2036-7821

la richiesta di sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c.; anche quando manchino previsioni di per sé idonee nella disciplina sostanziale[143];

la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[144];

la facoltà d'intervento autonomo (anche principale), dal momento che la sentenza emessa senza la partecipazione del terzo (titolare di un autonomo diritto da far valere, connesso a quello oggetto del processo) potrebbe essere impugnata col mezzo dell'opposizione di terzo (cd. ordinaria)[145].

Si assiste così all'inveramento di una prospettiva di giurisdizione 'piena' (quale vincolo al futuro dell'Amministrazione) che autorevole dottrina aveva compiutamente articolato in termini (alternativo-cumulativi) di 'annullamento degli atti illegittimi', 'condanna ad un *dare* generico' (risarcimento per equivalente), 'condanna ad un *facere*, un *dare* od un *praestare* qualificato' (risarcimento in forma specifica)[146].

---

c.c. - decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento»).

Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102 (ove si puntualizza che comunque la posizione sulla quale quell'azione verte deve essere di diritto soggettivo); Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 5 ottobre 2023, n. 543.

[143] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944 («qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»); Cons. Stato, sez. VII, 30 dicembre 2023, n. 11380 («sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di pronuncia della sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di revoca dell'atto aggiudicazione di una vendita all'asta di beni immobili di proprietà comunale, ritenuto illegittimo, e della mancata stipula del relativo contratto, sussistendo la giurisdizione esclusiva in materia di dismissione di beni pubblici ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a.»). Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 3 luglio 2023, n. 1619 («la domanda di condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104 del 2010, atteso che non sussiste alcun dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente»).

[144] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4901. Una trattazione articolata si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 352 s.

[145] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2255.

[146] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 172-173, 229.

ISSN 2036-7821

Per altro verso (quanto agli oneri), ci si riferisce a:

la sospensione necessaria del processo civile (*ex art.* 295 c.p.c.), sul presupposto che «la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile solo laddove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[147];

il duplice onere: per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del diritto medesimo (*ex art.* 2697 c.c.)[148]; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi; laddove, con riferimento ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il Legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di addurre la 'prova' dei fatti dedotti, pur potendo fornire un 'principio di prova'[149];

l'onere, della parte resistente, di sollevare l'eccezione d'inadempimento (*ex art.* 1460 c.c.), a pena di decadenza, nella memoria di costituzione (ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c.)[150].

Evidentemente, su questi aspetti penalizzanti dovrebbe sostare il contributo 'corrente' degli interpreti: onde consentire, in chiave di completamento-perfezionamento del processo evolutivo della giustizia amministrativa, il superamento di protocolli di meccanicistica mutuazione dal processo civile.

Parte Terza

4.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; translatio iudicii; conflitto negativo …

[147] Cass. civ., sez. lavoro, Ord. 13 novembre 2023, n. 31539. Cfr. pure Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 ottobre 2023, n. 462.

[148] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.

[149] Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.

[150] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301.

ISSN 2036-7821

Tornando (muniti del discorso di diritto processuale-sostanziale) agli istituti della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione come problema prettamente processuale dai risvolti applicativi, pare doversi muovere dai seguenti ordini di connessioni già acquisiti.

Così, a partire dal dato, pacificamente riconosciuto, per cui «sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione»[151]. Infatti, a questa stregua, la complementarità fra principi, all'insegna della 'confinazione', giustifica (sottraendola alla gogna del paradosso) la disciplina 'speciale' per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di

[151] Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6952 che così argomenta: «il divieto del c.d. ius novorum in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio ma, fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado e lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (adesso ex artt. 9 e 15 D.Lgs. n. 104/2010), consente la delibazione per la prima volta in appello, ad esempio, delle eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso per carenza di una condizione dell'azione». Cfr. pure (rispettivamente): Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 13 novembre 2018, n. 1237 («In virtù del rinvio operato dall'art. 43 D.Lgs. 104/2010, anche per i motivi aggiunti, nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 35 D.Lgs. 104/2010, la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio; la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15 D.Lgs. 104/2010, rispettivamente per la questione di giurisdizione e per la questione di competenza»); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 giugno 2019, n. 17562 («Nel giudizio amministrativo la sussistenza dell'interesse e della legittimazione ad agire è valutabile d'ufficio in qualunque momento del giudizio. La mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione è rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo - art. 35, comma 1, c.p.a. -, perché essi costituiscono i fattori ai quali la legge, per inderogabili ragioni di ordine pubblico, subordina l'esercizio dei poteri giurisdizionali. L'unica eccezione concerne la giurisdizione, il cui difetto può essere rilevato d'ufficio solo in primo grado - art. 9 c.p.a. -»).

Di diverso avviso quella più risalente giurisprudenza secondo la quale, in linea di principio, se la questione sull'esistenza di una condizione dell'azione non venga in alcun modo sollevata: si deve ritenere che non vi sia necessità che il giudice giustifichi la propria *potestas decidendi*; ma la circostanza di una decisione 'non visibile' non significa insussistenza della medesima (la decisione sul merito implica infatti che si siano ritenute sussistenti le condizioni dell'azione). Pertanto, si è concluso che: il principio del giudicato implicito (espresso in termini generali dalla Corte di Cassazione - es., n. 24883/2008 -) sia estensibile quando si tratti di tutte quelle condizioni dell'azione (antecedenti logici della *potestas iudicandi*) che il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio; la decisione sul merito implica non solo quella sulla giurisdizione, ma anche quella relativa a tutte le condizioni dell'azione rilevabili d'ufficio. Con la conseguenza che, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano senza eccepire la carenza del presupposto processuale, pongono in essere un contegno incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto; eppertanto, la statuizione implicita passa in giudicato anche su quel punto (Cons. Stato, sez. VI, n. 4448/2009; sez. IV, n. 4570/2009; sez. VI, n. 4924/2007). *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215.

ISSN 2036-7821

specifico motivo di appello, determina (come constatato) il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo[152].

Ciò, con correlata estensione delle riferite implicazioni effettuali (par. 1.1.). Innanzitutto, la necessità di garantire stabilità tra giudicati (*id est*, in modo effettivo, la non contraddizione tra i medesimi), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa.

Dunque:

fermo restando che il giudice amministrativo può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»;

quando si sia formato (sia pur implicitamente) un giudicato relativo alla giurisdizione, insuscettibile (per via di preclusioni processuali) di essere posto in discussione per difetto in ordine a quel profilo (pur) apicale e prioritario;

i principi di economia e ragionevole durata del processo, in 'combinato disposto' con quelli di stabilità e non contraddizione fra giudicati, finiscono col determinare l'irrimediabilità del sacrificio del diritto a che il merito della pretesa venga sindacato dal giudice naturale precostituito per legge.

Riprendendo precedenti connessioni, valga di osservare che, nella sent. n. 77/2007 cit., la Corte costituzionale si era raccomandata affinché il Legislatore valutasse preliminarmente se conservare il principio secondo cui ogni giudice è tale con riguardo alla propria giurisdizione. A questa stregua, sia la L. 18 giugno 2009, n. 69 (introducente disposizioni in materia di processo civile), sia il c.p.a., si sono risolti nel senso di mantenere quel principio, ma con significative limitazioni rispetto al passato. Infatti, l'unico giudice che può ancora decidere in ordine alla propria giurisdizione è quello adito per primo: giacché il solo cui la Legge consente di declinarla. Laddove, qualora la causa venga riassunta nanti il giudice indicato come

[152] Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746 («L'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 integra la presenza di norma speciale che solo ed esclusivamente per il difetto di giurisdizione valorizza in via di eccezione il principio del giudicato implicito, correlativamente ed indirettamente confermando, per le altre cause di inammissibilità, l'assolutezza del potere di rilievo ufficioso del giudice in ogni stato e grado del procedimento»).

ISSN 2036-7821

munito di giurisdizione, quest'ultimo non può decidere della propria giurisdizione: essendo facoltizzato esclusivamente ad 'accettarla' o a sollevare d'ufficio (entro un termine perentorio) la questione di giurisdizione (per conflitto negativo) nanti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione cui, sola, spetta di eventualmente individuare come munito di giurisdizione un 'giudice' (inteso in senso lato[153]), diverso da quello indicato dal giudice adito per primo.

In tale contesto, assurge alla ribalta l'istituto della *translatio iudicii* tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento, ad opera della stessa Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione[154]. Così superando il principio dell'incomunicabilità delle giurisdizioni, affermatosi sul presupposto che le differenze fra le stesse fossero talmente numerose e profonde da risultare insuperabili; per cui le prime necessariamente dovevano essere concepite come del tutto separate le une dalle altre. Laddove, quelle autorità hanno statuito che il menzionato principio sia incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, e col suo 'precipitato' del principio (attinente al merito) della conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda[155]. Quest'ultimo, come necessitante di attuazione e di una disciplina legislativa del meccanismo traslativo[156].

---

[153] In altri termini, potrà trattarsi di una qualunque autorità (decidente o giudicante) tenuta *ex lege*, nell'ambito dell'ordinamento, a pronunciarsi nel merito circa la tutela di una posizione soggettiva del cittadino.

[154] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77; Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

Così Corte cost., n. 77/2007 cit., ritenendo fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, L. T.A.R., come prospettata in sede di rimessione da T.A.R. Liguria, Ord. 21 novembre 2005, n. 229 'nella parte in cui non consente al giudice amministrativo, che declini la giurisdizione, di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda'. Da qui, la motivazione del 'giudice delle leggi' onde chiarire le ragioni del proprio intervento: la declinatoria di giurisdizione obbligando il cittadino ad 'instaurare *ex novo* il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio …'; per cui, onde colmare la lacuna dell'ordinamento processuale, si è resa necessaria la menzionata declaratoria d'incostituzionalità 'nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito … davanti al giudice munito di giurisdizione'.

[155] Tali concetti sono ultimamente ribaditi da: Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978; sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599.

[156] Oltre agli scritti menzionati in esordio del par. 1.2., può altresì rinviarsi a: F. DE SANTIS, *Valori costituzionali ed effettività delle tutele nel pensiero di Luigi Montesano*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 770; E. MANZO, Translatio iudicii *ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1303; F. GODIO, *Riassunzione* post translatio *e impugnazione della declinatoria di giurisdizione: una inammissibile 'doppia iniziativa'*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 106; K. PECI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2015, p. 691; R. VILLATA, *Sui 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 632; L. TARANTINO, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. app.*, 2015, p. 501; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 214; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della*

ISSN 2036-7821

Da qui, la *translatio iudicii* è stata disciplinata dall'art. 11, comma 1, c.p.a. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica (se esistente) il giudice nazionale che ne è fornito[157]. Di tal fatta: a condizione che l'atto determinante la prosecuzione del giudizio osservi i dovuti requisiti di forma[158]; la disciplina della *translatio iudicii* comporta (per l'appunto) la salvezza degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda avanzata innanzi al giudice sfornito di giurisdizione[159].

La giurisprudenza amministrativa, in larga misura, si era espressa nel senso che l'azione intrapresa davanti ad un diverso organo giurisdizionale non interrompesse, né sospendesse il termine per la proposizione del ricorso davanti al giudice

---

giurisdizione, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in Dir. proc. amm., 2007; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2005; ID., *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; ID., *La* translatio *tra le giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, V, 2009; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; ID., Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; ID., *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010; ID., Translationes *giurisprudenziali sulla 'riassunzione' (?) intergiurisdizionale ex art. 59*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; S. MENCHINI, Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011; C. MARINO, La translatio iudicii *per difetto di giurisdizione dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69*, in Studi in onore di L. Arcidiacono, Torino, 2010, p. 2075 s.; B. RAGANELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2010; A. PICONESE, Translatio iudicii *e 'nuovo' giudizio amministrativo*, in *Foro amm. - TA.R. -*, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *www.federalismi.it*, 24/2008 (cfr. pure Item, in *Giur. it.*, 2009); I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008; C.E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M.A. SANDULLI, I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii *(nota alle sentenze n. 4109 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte Costituzionale)*, in www.*federalismi.it*, 6/2007; A. SCOGNAMIGLIO, Translatio iudicii, *giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S. -*, 2007; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. TRAVI, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, in *Urb. app.*, 2007; ID., *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente al giudice competente*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951.

[157] Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978.

[158] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 («Nel regime della translatio iudicii, l'atto che determina la prosecuzione del giudizio deve avere la forma di una vera e propria riproposizione della domanda, che deve essere adattata (nel passaggio da un giudizio di cognizione sul rapporto ad uno di tipo prevalentemente impugnatorio) con la presentazione di nuovi motivi e di un nuovo petitum. Ove si passi da un giudizio di tipo prevalentemente impugnatorio ad un giudizio esclusivamente di cognizione sul rapporto, o viceversa, l'atto di prosecuzione deve avere la forma di una riproposizione della domanda, stante il necessario adattamento del petitum; qualora, invece, il giudizio prosegua verso un giudizio con le medesime caratteristiche, l'atto di prosecuzione assume la forma di un atto di riassunzione»). Puntualizza Cass. civ., sez. I, Ord. 23 marzo 2021, n. 8088 (rv. 660898-01) che, «in caso di pronuncia che declini la giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario, il giudizio prosegue ritualmente innanzi a quest'ultimo qualora il relativo atto processuale contenga la trascrizione integrale del ricorso originario, con il necessario adattamento del "petitum" alla diversa natura del processo civile, essendo la "causa petendi" riconoscibile nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto riportati nel ricorso originario attesa l'identità della "res litigiosa"».

[159] Art. 11, comma 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

amministrativo. Stavolta, la prima era comunque riuscita a mitigare il pregiudizio per la tutela giurisdizionale, generalmente ammettendo la possibilità di adire il giudice amministrativo anche dopo il decorso del termine di decadenza, potendosi beneficiare, in presenza dei relativi presupposti, della rimessione in termini per errore scusabile[160]. Salvo osservare che, a fronte dei limiti di tale soluzione (non invocabile ogniqualvolta non vi fosse stato errore e comunque tenuto conto che la relativa valutazione giudiziale non garantisce a sufficienza sia il diritto sostanziale sia quello all'azione di chi abbia promosso il giudizio nel pieno rispetto della legge vigente): l'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii* ha definitivamente superato il problema.

L'art. 11, c.p.a. ha poi completato il quadro normativo, fissando il termine perentorio entro il quale si deve procedere alla traslazione (con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda) in mesi tre a decorrere dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione.

S'aggiunga che, «con riferimento ai rapporti tra la giurisdizione amministrativa e le altre giurisdizioni, ordinaria e speciali, l'art. 11 del D.Lgs. n. 104 del 2010 individua nella sola *riproposizione* del processo, innanzi al Giudice indicato nella pronuncia declinatoria della giurisdizione, il mezzo di tutela esperibile ai fini della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta; a differenza del dettato dell'art. 59 della L. n. 69 del 2009, che invece contempla anche, ove ricorrano determinate condizioni, l'istituto della *riassunzione*»[161]. Salvo constatare, che la terminologia impiegata diffusamente non rispecchia altrettale rigore interpretativo (come si evince dalle 'massime' di seguito richiamate).

Resta fermo, comunque, che la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda non può spingersi fino al punto di rimettere nei termini il ricorrente che fosse già incorso in una decadenza. Infatti, la rituale traslazione del giudizio a decorrere dal passaggio in giudicato della prima sentenza, benché astrattamente idonea alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda, non impedisce al giudice amministrativo di verificare se l'originaria pretesa, azionata per errore dinanzi al giudice ordinario, sia stata proposta entro il termine di decadenza. D'altronde, l'art. 59, comma 2, L. n. 69/2009 cit. e (per via del coordinamento, predicato dall'art. 44 di quest'ultima, con le norme del c.p.c.) l'art. 11, comma 2, c.p.a., prevedono espressamente che, riproposta la domanda al giudice munito di giurisdizione, restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute[162].

[160] *Ex multis*, Cons. giust. amm. reg. Sic., 2 marzo 1989, n. 47.

[161] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617.

[162] Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599. Puntualizza T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 che: «nel processo amministrativo i termini decadenziali correlati alla proposizione dei ricorsi si intendono validamente rispettati con la puntuale notifica degli stessi. Infatti, ai fini del rispetto del termine di tre mesi dal

ISSN 2036-7821

Salvo riaffermare la prerogativa giudiziale, relativa a preclusioni e decadenze, di concedere, nei giudizi 'riproposti', la rimessione in termini per errore scusabile, quando ne ricorrano i presupposti (art. 11 c.p.a., comma 5).

In tale contesto, l'attenzione della Giurisprudenza si è soffermata sulle ipotesi di conflitto di giurisdizione e sulle relative implicazioni.

Così, è stato puntualizzato che «la norma di cui all'art. 11, comma 3, c.p.c., subordina la possibilità di sollevare il conflitto negativo a tre presupposti: a) che un primo giudice declini la giurisdizione e indichi un secondo giudice che ritiene fornito di giurisdizione; b) che tale giudizio venga tempestivamente riassunto dinnanzi a questo secondo giudice; c) che il secondo giudice, non condividendo l'indicazione data dal primo, sollevi conflitto alla prima udienza. Sollevato dal Collegio il conflitto negativo di giurisdizione, in attesa, va disposta la sospensione del giudizio»[163]. Segnatamente, «il conflitto negativo di giurisdizione è configurabile non solo nei casi in cui due giudici declinino la giurisdizione ritenendosi 'reciprocamente' non muniti di essa, ma anche nei casi in cui il primo giudice indichi come fornito di giurisdizione un secondo giudice che a sua volta indichi un terzo giudice»[164]. Fermo restando che (come anticipato), «in caso di conflitti di giurisdizione, il giudice dinanzi al quale la causa è riproposta, ove dissenta dall'indicazione del giudice 'trasponente', non può a sua volta declinare la giurisdizione, bensì deve sollevare d'ufficio il conflitto dinanzi alle Sezioni Unite»[165].

---

passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 104/2010, rileva solamente la notificazione del ricorso in riassunzione, e non anche il deposito dello stesso, che, pertanto, può essere effettuato anche successivamente allo spirare del predetto termine». Il contributo interpretativo di quell'assetto disciplinare è completato da Cons. Stato, sez. II, 20 luglio 2020, n. 4632 per cui: «in tema di decorrenza del termine per la riassunzione, si è affermata l'applicabilità per analogia dell'art. 50 cod. proc. civ., e quindi l'applicabilità del termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza. Tuttavia, si tratta di impostazione che pur se coerente col sistema in caso di sentenza non più soggetta ad impugnazione (apparendo peraltro più corretta l'applicazione analogica, in mancanza di norma ad hoc, di quanto previsto dall'art. 367, comma 2, cod. proc. civ.) non va condivisa nel caso di sentenza, del giudice ordinario od amministrativo, declinatoria della giurisdizione, ma soggetta ad impugnazione; in tale eventualità, la decorrenza del termine per la riproposizione della domanda davanti al giudice del diverso plesso giurisdizionale va fissata nel momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione. Tale opzione interpretativa è coerente con i criteri di raccordo tra le giurisdizioni, tanto da essere fatta propria dal legislatore con l'art. 59 del L. n. 69 del 2009». La medesima statuizione osserva che: «l'art. 50 c.p.c., prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104/2010 (che all'art. 11 ha disciplinato l'istituto della "translatio judicii"), era pienamente applicabile al processo amministrativo ed in conseguenza la riassunzione del processo innanzi al giudice cui era stata riconosciuta la giurisdizione doveva avvenire, a pena d'inammissibilità, entro il temine determinato dal giudice che si era dichiarato incompetente o, in mancanza di tale fissazione, nel termine di 6 mesi (poi modificato in 3 mesi dall'art. 45, comma 6, L. 18 giugno 2009, n. 69) decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della decisione».

[163] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, Ord. 26 ottobre 2020, n. 983.

[164] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170.

[165] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170. V. CARBONE, *Osservatorio - Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Conflitto negativo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 427.

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, «l'art. 11, comma 3, c.p.a., che consente al giudice amministrativo, davanti al quale la causa sia stata tempestivamente riproposta a seguito di una precedente declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario, di sollevare anche d'ufficio, "alla prima udienza", il conflitto di giurisdizione, deve essere inteso nel senso che il limite temporale, oltre cui quel giudice non può sollevare il conflitto suddetto, è costituito dall'udienza di discussione che, fissata ai sensi dell'art. 71 c.p.a., dà luogo alla reale trattazione e decisione della causa, intendendo il legislatore, con tale barriera, evitare che la questione di giurisdizione si trascini oltre la soglia di ingresso del giudizio. Ciò posto, nell'ipotesi in cui il conflitto di giurisdizione venga sollevato oltre il detto termine, in ragione del tardivo esercizio del potere, deve ritenersi consolidata la giurisdizione del giudice amministrativo e deve essere dichiarato inammissibile il conflitto di giurisdizione sollevato»[166]. Pertanto, va ritenuto inammissibile, per tardività, il conflitto di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo solo all'esito di una seconda udienza, anche se, con ordinanza riservata, pronunciata a seguito dell'udienza di discussione in origine fissata, il medesimo giudice aveva rilevato la non riconducibilità alla giurisdizione amministrativa della domanda proposta[167]. Laddove, «in tema di conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo, ai fini della verifica della tempestività del rilievo, risulta irrilevante l'emissione di un'ordinanza ai sensi dell'art. 73, comma 3, del D.Lgs. n. 104 del 2010, trattandosi di un atto, processualmente "neutro", che non comporta la consumazione del relativo potere, sicché lo scioglimento solo cronologicamente successivo della riserva, ed il deposito dell'ordinanza con cui il giudice ha esercitato il potere di conflitto, restano parte della prima udienza di cui esauriscono la trattazione»[168].

Valga, infine, l'ulteriore puntualizzazione per cui, «nel processo amministrativo, a seguito dello scioglimento della riserva assunta all'esito della prima udienza, il giudice amministrativo può sollevare conflitto di giurisdizione, nonostante nel riservarsi non abbia manifestato alle parti l'intenzione di pronunciarsi al riguardo, esternando dubbi in proposito, né abbia indicato la questione di giurisdizione, dandone atto a verbale, ex art. 73, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, atteso che tale modalità temporale risulta conforme all'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, interpretato alla luce dei principi del giusto processo, ex artt. 2 del D.Lgs. n. 104/2010 e 111 Cost., essendo comunque garantita la finalità, da un lato, di evitare alle parti del giudizio riproposto ogni inutile dispendio di attività processuale e,

[166] Cass. civ., sez. un., Ord. 28 ottobre 2020, n. 23749.
[167] Cass. civ., sez. un., Ord. n. 23749/2020 cit.
[168] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 marzo 2022, n. 8187 (rv. 664218-01).

ISSN 2036-7821

dall'altro, di onerare il giudice amministrativo "ad quem" di evidenziare immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso»[169].

4.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'.

Ciò premesso, venendo all'istituto del 'regolamento preventivo di giurisdizione' quale sistematicamente collocantesi come evenienza ulteriore rispetto a quelle del perfezionarsi di un 'giudicato implicito' e dell'apertura di un conflitto negativo di giurisdizione a seguito di *translatio*, l'art. 11 cit. non contiene alcun riferimento; diversamente l'art. 59 cit., che però si presta a differenti conclusioni interpretative laddove, nella parte finale del comma 3, reca il seguente inciso: «restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione».

Così, per un verso, si potrebbe obiettare in termini di una sostanziale irrilevanza della disposizione, stante la difficoltà ad enuclearne un utile significato. Per altro verso, vi si potrebbe rinvenire l'occasione per ripensare l'ambito applicativo dell'istituto: nel senso di una sua estensione.

Se non che, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recisamente esclusa la proponibilità del regolamento preventivo, una volta intervenuta la prima sentenza con la quale si è declinata la giurisdizione con conseguente prosecuzione del giudizio nanti il giudice dichiarato munito di giurisdizione[170]. La motivazione di tale esito è articolata.

Innanzitutto, «la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico: dal momento che si è escluso che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere una 'riproposizione' di (distinto) giudizio[171].

Peraltro, la Suprema Corte ha ritenuto di corroborare il proprio orientamento con la seguente argomentazione: la regola per cui il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione, è proponibile finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado «è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59, che ha disciplinato la *translatio iudicii*, risultandone anzi da quest'ultima rafforzata, sia perché le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione sono rimaste immutate in

[169] Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2022, n. 2366, in linea con Cass., sez. un., Ord. 29 ottobre 2020, n. 23904 (rv. 659165-01).

[170] A partire da 8 febbraio 2010, n. 2716.

[171] G. FERRARI e L. TARANTINO, *Contenuto dell'atto di riproposizione a seguito di* translatio judicii, in *Urb. app.*, 2015, p. 234; F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 197 s. A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981.

ISSN 2036-7821

virtù del comma 3, ultima parte, del suddetto art. 59, sia perché anche nel nuovo sistema processuale, in materia di giurisdizione il legislatore ha inteso conservare la natura non impugnatoria del rimedio del regolamento preventivo, la cui funzione continua ad essere … quella di prevenire decisioni impugnabili o possibili conflitti reali di giurisdizione, e quindi, quella di soddisfare un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti»[172].

Tale posizione ha conosciuto una costante riaffermazione e, da ultimo, è stata così sintetizzata: «in seguito a diniego di giurisdizione da parte del giudice ordinario adìto per primo, se la riassunzione è tempestiva e se al giudice amministrativo viene proposta la medesima domanda, si determina una unitarietà della causa che preclude alle parti di metterla in discussione sotto il profilo della giurisdizione con la proposizione di un regolamento preventivo, avendo esse già esaurito il relativo potere; ne consegue che il giudice amministrativo "ad quem", se si ritenga, a sua volta, privo di giurisdizione, può tempestivamente sollevare il relativo conflitto negativo, ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a., con la decisione presa all'esito della prima udienza di trattazione, di cui essa costituisce ontologicamente la prosecuzione e la conclusione, sebbene il conflitto sia sollevato senza previa esternazione di dubbi sulla questione e senza una espressa riserva pertinente, giacché tale omissione non lede il diritto di difesa delle parti»[173].

Tornando al rigore della Cassazione in punto di esperibilità del 'regolamento preventivo', ragioni di completezza espositiva impongono di dar conto di due mitigazioni.

Così, innanzitutto, la menzionata preclusione si deve ritenere valga solo per le parti che abbiano partecipato al giudizio nanti il giudice originariamente adito; ma non per coloro che per la prima volta siano stati posti in condizione di proporre il 'regolamento preventivo' dopo essere diventati parti del giudizio a seguito della *translatio*: è il caso dei controinteressati pretermessi. D'altronde, la stessa Cassazione si è espressa nel senso che la soluzione restrittiva non valga ogniqualvolta operi una autentica riproposizione del giudizio, evidentemente da accertare caso per caso: es., in base al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio[174].

---

[172] Cass., sez. un., n. 2716/2010 cit.

[173] Cass. civ., sez. un., Ord. 17 giugno 2021, n. 17329 (rv. 661540-01). Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7308 secondo cui, «quando vi è stata una riassunzione di un giudizio, si deve considerare che stia proseguendo proprio il giudizio che a suo tempo era stato instaurato innanzi al primo giudice che poi è risultato essere carente di giurisdizione».

[174] Così, Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2011, n. 6016. Cass. civ., sez. un., 20 luglio 2011, n. 15868 che si riferisce ad un ricorso diverso ed autonomo rispetto a quello proposto nanti il primo giudice, ed alla mancanza di un provvedimento di declinatoria da parte del medesimo. Cfr. pure F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837.

ISSN 2036-7821

In secondo luogo, una mitigazione della regola dovrebbe ammettersi in corrispondenza del determinarsi di una situazione di 'stallo processuale' (benché tendenzialmente recessiva alla luce della vigente disciplina sulla *translatio* e le relative implicazioni): quando, in presenza della seconda declaratoria di difetto di giurisdizione, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, si tratti di evitare che la giurisdizione venga declinata indeterminatamente, innescando un circuito perverso, con sostanziale paralisi dello strumentario di giustizia[175].

4.3. Contributo di dogmatica.

Risulta pacifica l'inammissibilità del 'regolamento preventivo', stante la sua improponibilità *ab origine*, per avere il giudice di primo grado emesso, ancor prima della notifica del relativo ricorso all'altra parte, una sentenza declinatoria della giurisdizione. Così che tale inammissibilità va dichiarata in via preliminare rispetto: sia a quella per sopravvenuta carenza d'interesse (quando, successivamente al suo promovimento e nelle more del relativo procedimento in Cassazione, il giudice di merito abbia, nel relativo giudizio non sospeso, pronunciato sentenza di primo grado); sia all'improcedibilità per essersi pronunciate, le Sezioni Unite della Cassazione, sul ricorso ordinario promosso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. avverso la sentenza del giudice di merito[176]. Ciò premesso, fra le questioni rimaste controverse, nonostante il contributo giurisprudenziale, di almeno quattro pare doversi dar conto, anche perché correlate.

Innanzitutto, una volta notificato alle altre parti il ricorso in Cassazione per 'regolamento preventivo di giurisdizione', e depositatane una copia presso la cancelleria del giudice nanti il quale pende la causa; quest'ultimo, sospende il processo, quando non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, qualora le contestazioni mosse nel 'regolamento preventivo' siano ritenute idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[177].

Se non che, alla luce di quanto esposto in punto di uniformazione degli strumentari di tutela a disposizione dei diversi giudici (ordinario e speciali), non parrebbe azzardato di concludere che il giudice originariamente adito: nel decidere di non

[175] Cass. civ., sez. un., 10 marzo 2011, n. 5681. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14460 che ammette la conversione del regolamento preventivo di giurisdizione in ricorso per conflitto negativo di giurisdizione onde scongiurare il rischio che 'si ritenga privo di giurisdizione declinandola in favore di un ulteriore giudice, così allontanando nel tempo la cognizione del merito della controversia e la risposta dell'ordinamento alla richiesta delle parti di tutela giurisdizionale'.

[176] Cass., sez. un., 9 dicembre 2008, n. 28874.

[177] In forza del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 367 c.p.c. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1790.

ISSN 2036-7821

sospendere il processo, valutando l'istanza come manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, ritenendo le contestazioni mosse nel regolamento inidonee a porre in discussione la propria giurisdizione); sia legittimato a tener conto della circostanza per cui, in relazione al concreto atteggiarsi della controversia, l'assegnazione ad altro giudice non determinerebbe alcun significativo pregiudizio all'effettività della tutela (sul duplice versante della cognizione e dei poteri decisori). In altri termini, la decisione di non sospendere il processo potrebbe giustificarsi anche nella misura in cui si valuti la sostanziale insussistenza di condizioni, onde conseguire maggior 'adeguatezza' della risposta di giustizia, individuando un giudice di altro ordine (in tal senso, spunti orientativi paiono offerti da quanto esposto nel par. 3.4.)[178].

In secondo luogo, ci si riferisce alla questione dell'ammissibilità del 'regolamento preventivo di giurisdizione' allorché, successivamente al suo promovimento e nelle more del relativo procedimento in Cassazione, il giudice di merito abbia (nel relativo giudizio non sospeso) pronunciato sentenza di primo grado. L'orientamento più recente (come anticipato) parrebbe nel senso dell'inammissibilità del ricorso per regolamento, in ragione di una sopravvenuta carenza d'interesse[179]. Peraltro, occorre dare conto di quel diverso avviso per cui non assume effetto preclusivo, rispetto alla decisione sul 'regolamento preventivo di giurisdizione' anteriormente proposto, la pronuncia di sentenze (anche sulla giurisdizione) da parte del giudice di merito il quale (sulla base di delibazione circa la fondatezza della questione di giurisdizione) abbia disposto la prosecuzione del giudizio. Ciò, in quanto gli atti ed i provvedimenti adottati nelle more della decisione sul regolamento sarebbero destinati a subire gli effetti dell'eventuale accertamento negativo della giurisdizione implicitamente od espressamente risolta dal giudice *a quo*.[180]

Questione ulteriore attiene al coordinamento fra la decisione nel merito assunta in sede di giudizio non sospeso e quella sulla giurisdizione formatasi, in occasione del 'regolamento preventivo', a cura delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Infatti, gli è che le argomentazioni, (quando) addotte dagli opposti schieramenti, non paiono soddisfacenti.

Secondo l'opinione più accreditata in giurisprudenza, alla sentenza di primo grado, pronunciata in pendenza di giudizio sul regolamento di giurisdizione, andrebbe riconosciuta efficacia condizionata: dal momento che una eventuale statuizione della Cassazione di segno contrario, rispetto alla decisione assunta dal giudice di merito,

[178] Per una trattazione del tema, può rinviarsi a P. COTZA, *Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e correlato 'regolamento preventivo' nel processo amministrativo*, di prossima pubblicazione, ove a quella stessa conclusione si ritiene di pervenire nel par. 3.5.

[179] Nel senso: Cass., sez. un., 13 marzo 2009, n. 6057.

[180] Cass., sez. un., 18 dicembre 1997, n. 12830.

ISSN 2036-7821

renderebbe nulla quest'ultima, privandola di effetto[181]. Si ritiene persino che tale pronuncia sia dotata di un'efficacia definitiva 'panprocessuale' (tale da renderla operante anche in altri processi)[182].

Di diverso avviso quanti reputano che la decisione della Cassazione, pronunciata dietro regolamento di giurisdizione, sia inidonea a travolgere (così privando di effetto) la sentenza pronunciata dal giudice di merito nel processo non sospeso[183].

Onde tentar (se non di sciogliere il nodo gordiano, quantomeno) di fornire certo criterio di riflessione, pare doversi muovere dai pertinenti principi, onde svolgere un discorso di 'complementarizzazione'. Ci si riferisce, *in primis*, a: quello sulla definizione della giurisdizione, rappresentato dal 'giudice naturale precostituito per legge'; quello cui è improntato l'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione, rappresentato dal 'giusto processo' come tradotto in termini di sollecita definizione del giudizio; quello di divieto dell''abuso del processo'. In tale contesto, va inquadrata la disposizione che vuole che il giudice, davanti al quale pende la causa, debba sospendere il giudizio qualora non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione manifestamente infondata. Se ne dovrebbe inferire che:

eccezion fatta per l'ipotesi in cui il giudice di merito ravvisi una manifesta insussistenza circa la fondatezza del dubbio sulla giurisdizione eppertanto, una presumibile violazione del divieto di abuso dei mezzi processuali, a fronte della quale al relativo principio deve senz'altro riconoscersi 'sovraordinazione gerarchica' rispetto a quello (della sollecita definizione) del 'giusto processo'[184];

il 'regolamento preventivo di giurisdizione' sia stato 'pensato' come espressione di 'confinazione' (derogatoria), rispetto all'anzidetto rapporto di forza fra i principi in esame.

In altri termini, l'istituto sarebbe: come vicenda processuale, destinato (di regola), una volta compulsato, a giungere ad epilogo senza interferenze; quanto agli effetti del relativo esito, prevalente. Con riguardo a quest'ultimo profilo, peraltro, la conclusione sarebbe avvalorata: non tanto perché si tratta di pronuncia promanante dall'autorità giurisdizionale preposta a decidere, in ultima istanza, sulle questioni di

---

[181] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905.

[182] Cass., sez. un., 27 novembre 2000, n. 1210. Cfr. pure art. 59, comma 1, L. n. 69/2009.

[183] G. BALENA, in *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di E. Casetta), Milano, 2008.

[184] A quel punto:

onde precludere la prosecuzione del giudizio di primo grado, colui il quale ha promosso ricorso per regolamento di giurisdizione dovrà impugnare in appello (nanti il Consiglio di Stato) quella statuizione reputata erronea;

a sua volta il giudice di secondo grado che ritenga fondata la doglianza della parte che lo ha adito, rinvierà la causa al giudice di prime cure per la sospensione ex art. 367 c.p.c. (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, n. 5657/2009).

ISSN 2036-7821

giurisdizione[185]; bensì, perché (nella medesima ottica di economia processuale) verosimilmente quell'autorità è destinata a confermare la propria posizione nell'ipotesi in cui, accedendo all'orientamento che vorrebbe quell'esito recessivo rispetto alla pronuncia del giudice di merito, quest'ultima fosse impugnata, così portando la questione di giurisdizione, per le vie ordinarie, nanti il giudice d'appello e (in ultimo) la Cassazione. Dunque, in questa seconda ipotesi, si determinerebbe un radicale sacrificio, del principio del 'giusto processo': opinabile in quanto, nell'economia complessiva, contrastante con l''oggettivante' logica operazionale dei 'costi/benefici' (portato del 'razionalismo critico') quale criterio selettivo più accreditato sul piano epistemologico quando si tratti di confrontare 'teorie rivali'[186]. In quest'ottica, riprendendo quel che si è anticipato a proposito dell'orientamento reputato più plausibile, andrebbe letta quella giurisprudenza secondo la quale il dovere delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quanto alla pronuncia sulla proposta questione di giurisdizione, non trova ostacolo: né nella sentenza del giudice di primo grado che contenga (od implichi) una decisione anche in ordine alla giurisdizione; né nella circostanza che, a seguito di tale sentenza, non impugnata, si sia formato il giudicato sulle questioni decise. Infatti, la sentenza emessa nel giudizio pendente dovrebbe considerarsi (per l'appunto) condizionata: nel senso che, ove la decisione della Cassazione risultasse di segno contrario rispetto a quanto ritenuto (foss'anche per implicazione) dal giudice di merito, la pronuncia di quest'ultimo (sulla giurisdizione come sulle questioni logicamente successive alla definizione della prima) risulterebbe priva di effetto. A nulla rileverebbe che quella sentenza non sia stata impugnata: atteso che imporre alla parte d'impugnarla solo per conservare il diritto alla decisione sulla questione di giurisdizione, comporterebbe di fondare la disciplina del regolamento su di un uso strumentale dell'impugnazione[187].

Se non che, a tal punto, benché paia condivisibile il criterio selettivo, si pone un duplice problema ulteriore, stavolta alla luce del principio del 'giudice naturale precostituito per legge': innanzitutto, dal momento che quanto testé esposto presuppone che la questione di giurisdizione (ormai superata la teoria della prospettazione) sia senz'altro risolvibile sul piano delle valutazioni di pura

---

[185] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 2163 s., segn. p. 2164.

[186] Quanto al 'razionalismo critico' se ne mutua l'essenza di paradigma generale del pensiero scientifico (verificabile) che, rivelati i limiti del metodo induttivo:

ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione.

Cfr., al riguardo: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[187] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905; Ord. 23 maggio 2005, n. 10703.

ISSN 2036-7821

legittimità; il che pare poco plausibile alla luce del contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[188]. In secondo luogo (e

[188] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere

ISSN 2036-7821

correlativamente), va osservato che la valutazione della Cassazione in sede di 'regolamento' patisce di certa carenza nell'istruzione della controversia perché non ha 'alle spalle' due (definiti) gradi di giudizio; infatti, il Legislatore ha previsto che la suprema Corte, in quella sede, si pronunci (non con sentenza, ma) con ordinanza emessa in camera di consiglio[189].

Alla luce degli indicati *pro* e *contra* va dunque valutato lo specifico problema di coordinamento fra pronunce per cui, di regola, l'iniziativa di demandare alla Cassazione la questione di giurisdizione per via di regolamento preventivo andrebbe esperita: non solo quando la domanda non paia manifestamente inammissibile o la contestazione-dubbio non siano manifestamente infondati; ma altresì, quando si reputi che la trattazione della causa abbia raggiunto un livello tale da definire stabilmente il rapporto di simbiosi tra fatto e diritto.

L'ultima questione muove dal pacifico orientamento (già esposto in rassegna) per cui la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Si è infatti constatato che a ciò non pare corrispondere piena coerenza d'implicazioni circa lo strumento da adottare onde compulsare il seguito giudiziale (quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico): in particolare, se sia da escludere senz'altro che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere un atto di 'riproposizione' (in quanto reputato intrinseco ad un distinto giudizio).

Se non che, all'uopo può tornar utile di muovere da certa Giurisprudenza della Suprema Corte, per cui la parte può provvedere alla riassunzione, anziché con

---

dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica...*, p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto».

[189] Ai sensi dell'art. 375 c.p.c.

ISSN 2036-7821

'comparsa', con 'citazione' ad udienza fissa, purché la stessa possieda tutti i requisiti formali previsti dall'art. 125 disp. att. c.p.c., indispensabili per il raggiungimento dello scopo[190]. In quest'ottica, seguendo l'esempio del processo civile, non dovrebbero frapporsi pregiudiziali all'adozione della forma della 'citazione' ad udienza fissa, dal momento che: pur osservando tutti i requisiti della 'comparsa' *ex art.* 125 disp. att. c.p.c.; senza apportare alterazione alcuna alla domanda; la prima potrebbe consentire di operare una organica sintesi (in punto di fatto e di diritto) degli scritti difensivi resi (almeno nell'interesse della parte che ha promosso la riassunzione), in occasione del giudizio radicato nella sede originaria. Con l'effetto di una 'soluzione' utile, a tutti gli altri soggetti del giudizio riassunto (giudice e controparti), onde consentire uno svolgimento il più possibile improntato a chiarezza e celerità. Tantopiù alla luce della *ratio* della 'riforma Cartabia' (D.Lgs. 10 Ottobre 2022, n. 149 e s.m.i.) e delle sue implicazioni, con particolare riguardo:

al dovere, posto a carico della parte convenuta, di prendere posizione, in modo chiaro e specifico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (art. 167 c.p.c. così modificato);

alla circostanza per cui, se è vero che comunque la riassunzione non determina la rimessione in termini rispetto alle preclusioni e decadenze già maturate (non valendo a ricondurre la vicenda processuale ad una fase anteriore a quella già svoltasi); è consentito, tramite l'atto riassuntivo, di modificare le domande formulate precedentemente (pur non potendo aggiungerne di nuove)[191].

[190] Cass. civ., Sez. V, 17 febbraio 2017, n. 4247; Cass. civ., Sez. II, 30 luglio 2018, n. 20068.
[191] Tribunale Roma, Sez. VI, 3 ottobre 2022, n. 14573.

ISSN 2036-7821