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. 4/2025

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"

Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e sindacabilità delle relative questioni nell'ottica del processo amministrativo: con particolare riguardo al 'regolamento preventivo'

di Paolo Cotza

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

Sommario

Premessa. - (I) 1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni. - 2.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e 'giusto processo'). - 2.2. Ragione di studio. - (II) 3. Prime annotazioni di dogmatica. - 4. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurisprudenziale in punto di 'riparto': prime annotazioni. - 4.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. - 4.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). - 4.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. - 4.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive … - 4.5. … e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - (III) 5.1. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' … - 5.2. … nonché, di difetto di giurisdizione. - 5.3. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici. - (IV) 6.1. Sulle generalità del 'regolamento preventivo di giurisdizione'. - 6.2.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; *translatio iudicii;* conflitto negativo … - 6.2.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'. - 6.3. Contributo di dogmatica.

Abstract

The study starts from the basic observation (of ascertainment) of the defect of jurisdiction in relation to other procedural flaws, and then highlights the problem of how the principle of the 'natural judge pre-established by law' coexists with those of the 'prohibition of abuse of proceedings' and (specifically) of the 'right to a fair trial'. Thus, through a discourse of systematic and conceptual 'reconsideration,' with particular regard to the theory of subjective legal situations, a dual testing is carried out: for the benefit of the jurisdiction allocation mechanism; and also, in order to overcome both a rigid 'confinement' of the institutions attributable to those principles and a corresponding 'distancing' of their respective forms of protection. Hence, an adequate justification for the 'sustainability' of the related 'implicit judgment.'
In this context, a discussion is included that delves into the institution of the 'preventive jurisdiction regulation', its relationships with related institutions, and concludes with a contribution of doctrinal analysis on these topics.

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

ISSN 2036-7821

Premessa

Recentemente, non si è mancato di ribadire un diffuso e persistente disagio (sopravvissuto a pur incisivi interventi di riforma) nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo onde segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa rispetto a quella del giudice ordinario; cui ha corrisposto un (pur modesto) contributo correttivo e riparatorio, intervenendo sul piano dogmatico stanti: certa ambiguità riscontrata nel dato di diritto positivo nonché, i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense[1]. Ne era così scaturita una 'rivisitazione', in chiave sistematica, di ciò su cui (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato di esperienza globale: dalla correlazione 'diritto-fatto', in quanto conosce il suo precipitato ideale nella sede del processo, fra l'altro incidendo sul rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito; ai concetti d''interesse legittimo' e di 'potere (autoritativo)' nonché, a quelli correlati, di 'diritto soggettivo' e d''interesse pubblico'. Così, tracciando una sorta di filo conduttore per un discorso che intendeva ricercare il proprio epilogo in connessioni tendenzialmente di agevole dominio: nel fermo convincimento, rimasto invariato, che il problema giuridico affrontato, per la priorità rivestita in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte nonché, per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto. D'altronde (secondo quanto anticipato nell'Introduzione generale all'opera), quella strategia trova favorevole sponda in una precisa scelta valoriale, nel senso di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello processuale (alla luce della quale s'impone una costante 'calibratura' fra le diverse istanze[2]): come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale[3]; ma, altresì predicato da una ancor più risalente tradizione di pensiero. Quest'ultima, benché

---

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

[2] E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[3] 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 esse 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.

ISSN 2036-7821

inaugurata da perspicui scritti di autorevole dottrina riferiti all'ambito civilistico, dall'intatta freschezza e dal valore assoluto (di 'diritto comune') in quanto espressione di un principio ermeneutico condiviso *in apicibus* dall'ordinamento vigente. Si tratta, prima di tutto, della celeberrima tesi, in punto di tutela giurisdizionale, per cui «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»[4]. A quella stessa dottrina (come noto) ha corrisposto, in chiave di effettività, la concezione moderna dell'azione in senso stretto (ad intendere, in vece della liceità di determinati contegni diretti, l'ulteriore ambito del potere giuridico di provocare dati meccanismi, da parte dello Stato, consistenti nell'attuazione giurisdizionale della legge in ordine ad una *ragione* che si fa valere[5]): come "diritto" (al processo propriamente inteso cioè, non quale mera prerogativa d'impulso decisorio, bensì) al "giusto processo"; avuto riguardo (oltreché all'indipendenza dei giudici ordinari e speciali, come all'esclusione dall'"immunità" giurisdizionale dell'amministrazione pubblica) agli artt. 3 cpv., 24 co. 1-2-3, 25 co. 1, 111 co. 1, 113 co. 1 Cost., all'art. 47 co. I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nonché, agli artt. 1, 2 co. 1, 7 co. 7 e 32 co. 2 c.p.a.[6].

Con quel che ne è derivato, in termini di speciale declinazione, per il processo amministrativo: di "spettanza" (a partire dalla sua azione fondamentale - che resta quella impugnatoria -), quantomeno nel senso di garantire non in astratto ciò che spetta a ciascuno dei soggetti coinvolti, bensì il "risultato del giudizio sull'esercizio del potere" (in definitiva, sul corretto esplicarsi della discrezionalità

[4] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, n. 12, conformemente a ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (1923), pp. 81-83.

[5] E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, pt. I, p. 205 s., segn. pp. 217-218; A. PEKELIS, *Azione* (teoria moderna), (già in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1938, col. 91 s. e da ultimo) in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, II, p. 29 s., segn. p. 36. In *Appendice* a tale voce enciclopedica, a cura di E.T. LIEBMAN, si rinviene la seguente definizione: «l'azione come un diritto (o potere) processuale a un provvedimento sulla domanda e quindi, nel processo di cognizione, a una sentenza sul merito, perciò come un diritto condizionato all'affermazione di una situazione antigiuridica, dalla quale sorge il bisogno e l'interesse alla tutela giurisdizionale, ma indipendente da presupposti di diritto sostanziale. Concepita l'azione in questo modo, ossia come diritto *astratto* e rivolto verso lo Stato, ma nello stesso tempo collegato ad una determinata situazione obiettiva che viene enunciata come *causa petendi* e presuppone precisi requisiti (= *condizioni dell'azione*, cioè interesse ad agire, legittimazione e ammissibilità in astratto del provvedimento domandato), l'azione si precisa come il diritto soggettivo strumentale consistente nella facoltà di assumere l'iniziativa per provocare l'esercizio della giurisdizione, come il diritto alla giurisdizione, e si definisce come "la situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la condizione, in virtù della quale l'organo giurisdizionale deve porsi in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione"» (*ivi*, p. 46, ma cfr. pure, del medesimo a., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II ed in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1950, p. 47).

[6] Senza contare che l'art. 14 co. 1° del Patto internazionale ONU sui diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977 n. 881) sancisce il «*diritto* [dell'individuo] *ad un'equa e pubblica udienza dinanzi* [per l'appunto] *a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge*».

ISSN 2036-7821

amministrativa)[7]; per cui la disposizione che regola quel meccanismo giurisdizionale va intesa secondo un'ottica di "garanzia della possibilità di ottenere una sentenza favorevole"[8].

Onde suffragare quest'ultimo ordine di asserti, basterebbe aver riguardo al particolare rilievo che acquista, in senso assoluto (come qualificazione astratta), *la* giurisdizione: identificandosi, proprio a partire dal dato costituzionale testé riferito ed in aderenza al "comune sentire", con la *giustizia*[9]; di tal fatta, assurgendo ad autentico sinonimo dell'*ordinamento*, inteso per l'appunto nella sua "consustanzialità"[10].

In tale contesto valoriale, risponde al vero che 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[11]. Nondimeno, per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[12]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[13]. Ciò,

---

[7] G. FALCON, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 246-247, a precisazione di quanto già esposto in ID., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 s.

[8] A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 284.

[9] In disparte i casi in cui nelle leggi si faccia uso del termine giurisdizione con riferimento ad una concreta attività, disciplinata nel suo svolgimento (così, laddove il codice civile si occupa della "tutela giurisdizionale dei diritti" - art. 2907 -, allo stesso modo il codice di procedura civile tratta della "giurisdizione dei giudici ordinari" - art. 1 - piuttosto che dei "conflitti di giurisdizione" - art. 362 - ed analogamente dispongono sia il codice di procedura penale - artt. 1, 28-32 - sia il codice del processo amministrativo - artt. 1, 7, 9-11 -), a ciò che la dottrina denomina in senso assoluto come giurisdizione può farsi corrispondere il termine *giustizia*: a partire dalla Costituzione, laddove si afferma che "la giustizia è amministrata in nome del popolo" (art. 101); per arrivare al R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 sull'ordinamento giudiziario (a proposito dei giudici chiamati ad amministrare la giustizia nelle materie civile e penale - art. 1 -, della corte di cassazione quale "organo supremo della giustizia" - art. 65 -, del pubblico ministero chiamato a "vegliare sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia" - art. 73 -, delle "relazioni" e "comunicazioni" istituzionali da rendere periodicamente sull'amministrazione della giustizia - art. 86 -).

[10] Per un ampio sviluppo delle implicazioni, di tale discorso, in punto di legittimazione all'azione in seno ad un 'giusto processo amministrativo', sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla valutabilità dell'interesse pubblico da parte del giudice amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2017, p. 509 s.

[11] 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.

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

[13] 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.

ISSN 2036-7821

tenuto conto di una maggior 'adeguatezza' del giudice speciale nel dare risposta alla domanda di giustizia[14].

Da qui le insidie, alla garanzia della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), '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 del giudice di legittimità[15]. Ci si riferisce innanzitutto a certo condizionamento dalla Cassazione stessa esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale - art. 103 cit. -) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), avvalendosi della sua prerogativa di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[16]. Tantopiù che:

---

[14] In tal senso va letto l'orientamento della Corte costituzionale nell'intendere il 'diritto di accesso alla giurisdizione' (per cui cfr. 12 marzo 2007, n. 77): dal momento che le 'disposizioni processuali non sono fine a sé stesse, ma funzionali alla migliore qualità della decisione di merito; per cui il Legislatore, pur dovendo tutelare 'il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale', non deve sacrificare 'il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al *bene della vita* oggetto della loro contesa'.

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

[16] 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»).

ISSN 2036-7821

per un verso, benché «non esista nel 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»[17];

per altro verso, la stessa Consulta ha affermato che il sindacato della Cassazione *ex art.* 111, comma 8, Cost., va ricondotto entro il tema generale della garanzia del complessivo assetto dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato e, all'interno del potere giurisdizionale, fra i suoi diversi ordini; così respingendo la tesi per cui il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato assolverebbe, oltre ad

---

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 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».

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

ISSN 2036-7821

un compito di rimedio per la risoluzione di un conflitto, anche quello di strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva[18];

per altro verso ancora, si registra una 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[19].

È, infatti, intuitivo che i termini di quel sindacato, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia, dipendono largamente dalla Corte di Cassazione e dal modo in cui la medesima intende: non solo (come anticipato) la figura dell'interesse legittimo[20]; ma altresì (in forma complementare) il confine fra discrezionalità e merito (per via dei principi e delle norme che regolano l'esercizio del potere, implicando la definizione di 'spazi liberi' dell'attività amministrativa)[21]. Fermo restando che tali questioni risentono del modo di concepire la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende ('a monte') da come venga intesa l'operazione interpretativa[22].

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.

I

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

«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»[23].

In tale contesto, «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

[18] Corte cost., n. 6/2018.

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

[20] 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.

[21] PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.

[22] Sempre PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.

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

ISSN 2036-7821

limine negativamente sulla giurisdizione medesima. È regola generale dello Stato di diritto che ogni organo pubblico verifichi anzitutto l'esistenza del potere che va ad esercitare»[24]. 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, tale da convertirsi in motivo di gravame; 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[25].

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[26]. Ciò si spiega agevolmente, 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[27].

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 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'[28]), 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)[29], assicura la possibilità, per colui

[24] Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 10.

[25] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

[26] Già Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5831.

[27] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

[28] 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».

[29] 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.

ISSN 2036-7821

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*[30].

Alla sola declaratoria d'incompetenza del Tribunale amministrativo regionale viene riconosciuta priorità: il difetto di giurisdizione dovendo essere dichiarato dal giudice competente[31]. Mentre è risultato controverso se analoga priorità vada ravvisata anche con riguardo all'esame della questione relativa all'estensione del contraddittorio[32].

2.1. ***Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e 'giusto processo')***

I menzionati riferimenti sono sintomatici del rango basilare riconosciuto alle questioni di giurisdizione. Nondimeno:

mentre l'interpretazione invalsa esclude limiti alla 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;

non altrettanto vale a riguardo della trattazione delle questioni di giurisdizione, quella non potendo andare disgiunta da altri 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).

Così, quanto al primo profilo di giudicato, «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

[30] 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.

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

[32] In senso favorevole, Cass., 15 maggio 2001, n. 6666 e 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

la statuizione di merito»[33]; così che «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»[34]. Da qui, la conclusione per cui «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 prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa»[35].

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[36]; a prescindere dalla circostanza che l'appellante, in primo grado, non abbia sollevato la relativa eccezione[37]; quanto esclude

[33] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754. Cfr. pure Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 5 («Le sentenze dei giudici ordinari di merito, o dei giudici amministrativi, che statuiscono sulla sola giurisdizione, diversamente da quelle delle sezioni unite della Suprema Corte, alla quale, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna, non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, salvo che la decisione, sia pur implicita, sulla giurisdizione si rapporti con una statuizione di merito»).

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).

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

[35] 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».

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

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

ISSN 2036-7821

l'ammissibilità di una mera ed anodina sollecitazione al rilievo officioso contenuta in note defensionali[38];

premesso altresì che (correlativamente), quando la 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[39];

in difetto, vige un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ad opera dell'art. 9 c.p.a.

Di tal fatta, in definitiva, 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 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

[38] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1256.
[39] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754; sez. V, 20 agosto 2021, n. 5968.

ISSN 2036-7821

giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215)»[40]. 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»[41].

Ne consegue che «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»[42]; 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"»[43].

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, 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»[44]; pertanto, l'attore-ricorrente «non è … legittimato a contestare il capo sulla

[40] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.
[41] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 giugno 2013, n. 548.
[42] Così Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260.
[43] Cons. Stato, sez, V, 7 febbraio 2012, n. 656.
[44] 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»).

ISSN 2036-7821

giurisdizione ed a sostenere che la *potestas iudicandi* spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale»[45].

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»[46].

Evidentemente, quando, come con riguardo a quest'ultimo profilo, non sussistano le condizioni onde rendere rinvenibile un pari sostegno logico nel risolvere il problema della rilevabilità del difetto di giurisdizione; si tratta d'indugiare sulla 'complementarizzazione' del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli riconducibili al 'giusto processo': a partire dal relativo contributo giurisprudenziale.

In quest'ottica, valga di attingere al dato di esperienza del rito civile, onde osservare che persino a partire dal testo originario dell'art. 37 c.p.c.[47], 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[48]. 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 ormai coperta dal giudicato (sia pur implicito)[49]. Infine, a sua volta, la sentenza di

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

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

[47] 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».

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

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

ISSN 2036-7821

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 anche per il giudice di legittimità[50].

Ne consegue che il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito[51].

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[52]; lo stesso giudice di legittimità osserva 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»[53]. 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 essere convertito, il predetto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione né in denuncia di

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

[51] 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».

[52] 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».

[53] 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

conflitto negativo reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice»[54].

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»[55]. 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[56].

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[57]. Salvo osservare che persino all'epoca, per via pretoria, quell'incidenza era in una certa qual misura 'sdoganata'[58].

---

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

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

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

[57] 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).

[58] 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 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).

ISSN 2036-7821

Sempre in tema d'imprescindibilità di un confronto del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quello del 'giusto processo': 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 il primo limitarsi a statuire sulla giurisdizione *ex art.* 9 c.p.a.)[59]; si presenta una duplice preclusione non dissimile a quella nanti trattata:

per il giudice 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 dal comma 3 dell'art. 11 del 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[60].

in fase di appello, a sollevare conflitto negativo di giurisdizione, in quanto tale prerogativa è ammessa soltanto da parte del giudice di primo grado.

2.2. Ragione di studio

Dunque, nei termini nanti delineati (avvalendosi anche del 'formante' giurisprudenziale), pur in assenza di una giustificazione logico-giuridica (quale, esempl., 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), può comunque formarsi (sia pur implicitamente) un giudicato relativo alla giurisdizione, insuscettibile di essere posto in discussione per difetto in ordine a quel profilo (benché) apicale e prioritario. Ciò, per via di preclusioni processuali (mancata impugnazione, con specifico motivo di censura, avverso il capo della sentenza di primo grado che - implicitamente od esplicitamente - abbia statuito sulla giurisdizione, stante la non rilevabilità d'ufficio in appello; a seguito di riassunzione del giudizio, la circostanza per cui il giudice abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà di sollevare - d'ufficio o su istanza di parte - tempestivamente - all'udienza introduttiva - il conflitto negativo di giurisdizione dinanzi alla Corte di Cassazione) che s'ispirano ai principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, in 'combinato disposto' con

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

[60] 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.

ISSN 2036-7821

quelli di stabilità e non contraddizione fra giudicati; finendo col determinare l'irrimediabilità del sacrificio del diritto a che il merito della pretesa venga sindacato dal giudice naturale precostituito per legge.

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 definirsi altresì esauriente: nonostante una articolata disciplina in punto di decisione[61]. In altri termini, pare che quella 'complementarizzazione'

[61] 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.*, 2009, V, col. 9; 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; 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; 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. 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*

ISSN 2036-7821

giurisprudenziale fra principi, allo stadio attuale, non valga a rendere del tutto plausibile la comprensione-applicazione della disciplina 'eccezionale' (secondo 'confinazione') per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo[62]. Tanto più che invece (come parimenti anticipato) «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»[63].

Il punto è che quella complementarizzazione di principi, pur assurta alla ribalta del dato 'positivo', nel concreto operare delle sue potenzialità (in seno al dato globale di

---

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. 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.

[62] Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746.

[63] 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 (a proposito della tardività della notifica e del deposito del ricorso come questioni rilevabili d'ufficio anche nel giudizio di appello); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 giugno 2019, n. 17562 (quanto alla mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione, come rilevabili 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).

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

esperienza giuridica), rischia di prestarsi alle stesse obiezioni mosse alla 'ragionevolezza metafisica' predicata dal 'diritto vivente' (quantomeno, alle sue versioni meno 'attrezzate')[64]. Da qui, l'esigenza di un contributo 'riparatore'.

[64] 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.

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

ISSN 2036-7821

All'uopo, valga di muovere innanzitutto dal monito, da tempo formulato dal giudice amministrativo e che ancora pare 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»[65]. Sì da esigere, a mo' di argine al dilagante fenomeno di ('creazionismo giudiziario', *rectius*) 'efficacia normativa della giurisprudenza' (complici la trasformazione dello Stato costituzionale e la globalizzazione del diritto stesso)[66], un apporto della scienza processualistica all'insegna di una versione aggiornata dell'idealtipo del 'giurista-custode'[67].

Sulla medesima falsariga muove il presente lavoro specialistico, nella (rinnovata) consapevolezza che la soluzione ai problemi, inerenti al rapporto fra l'istanza di salvaguardia del (valore della certezza delle regole come trasfusa nel) principio del 'giudice naturale' coi principi del 'giusto processo', non possa rimettersi esclusivamente all'avallo legislativo pur riqualificato ermeneuticamente ispirandosi ad una logica operazionale (dei "costi/benefici") ligia ai dettami epistemologicamente più avanzati ('razionalismo critico'). Si è infatti dell'avviso che debba altresì prestarsi riguardo a due fronti correlati.

---

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).

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

[66] 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.

[67] 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

Il primo si evince dal momento in cui si è ritenuto di muovere da un istituto ulteriore fra quelli orbitanti attorno alla galassia del trattamento delle questioni di (difetto di) giurisdizione (relativa). Ci si riferisce alla 'giurisdizione esclusiva', giacché, 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. Su tale aspetto, si tenterà di avanzare (benché con relativa compiutezza) un discorso di 'rivisitazione' degli assetti tradizionali, nella Sezione II.

Il secondo fronte, sul quale operare una 'rielaborazione' del tema in oggetto, attinge direttamente al principio di effettività, nel contesto di una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[68]. A tale profilo è dedicata la Sezione III.

Laddove, nella Sezione ultima, si confida di collaudare, gli esiti cui si sarà così pervenuti, con un discorso applicativo, 'sperimentale' avente ad oggetto l'ulteriore istituto di 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione, rappresentato dal 'regolamento preventivo'.

Per il momento, valga di formulare una ulteriore puntualizzazione preliminare. 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 riconoscimento 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 pregnante 'negativo' in sede di tutela.

Pertanto, ad una 'rivisitazione' 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, nel suo integrare una sorta di paradosso per cui: mentre sull'esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non può formarsi un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; la circostanza per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di

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

ISSN 2036-7821

specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo.

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 processo: di relativizzazione delle situazioni giuridiche soggettive e di uniformazione degli strumenti di tutela. Pertanto, su tali versanti occorre intervenire.

II

3. Prime annotazioni di dogmatica

Volendo conferire maggior rigore all'impostazione della questione della 'sostenibilità' processuale del difetto di giurisdizione, per quanto anticipato, occorre circoscrivere l'attenzione all'ambito di esperienza più problematico (perché più opinabile), in corrispondenza del quale si registra un arretramento della generale prevalenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge'. Si tratta (come anticipato) della convivenza, quale sviluppata (su base 'positiva') dall'elaborazione giurisprudenziale, fra: per un verso, la priorità dell'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori - tranne che per quelle relative alla competenza del Tribunale amministrativo regionale e (forse) all'estensione del contraddittorio -; per altro verso, la preclusione in appello della questione di giurisdizione nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito; sì da determinare un'incidenza prevalente dei principi antinomici (o che si presentano come tali) di 'economia processuale' e 'ragionevole durata del processo'.

Sul punto, il responso giurisprudenziale si rivela così interlocutorio: «la regola della ampia ed incondizionata rilevabilità (d'ufficio o su eccezione delle parti) della

ISSN 2036-7821

questione di giurisdizione opera solo nel giudizio di primo grado; nel giudizio di impugnazione invece essa degrada a questione che rimane nel *thema decidendum* solo se e nella misura in cui abbia costituito oggetto di una rituale censura di una parte. Questo minore rilievo della questione di giurisdizione in ragione del passaggio dal grado iniziale del processo a quello di impugnazione, ora testualmente previsto dall'art. 9 c.p.a. per il giudizio amministrativo, risulta coerente con il necessario bilanciamento del valore recato dalla giurisdizione (principio del giudice naturale) con il valore, parimenti di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo»[69].

Onde tentar di superare quella condizione interlocutoria, preliminarmente la 'quadratura del cerchio' pare debba trovar fondamento, sul piano sistematico, in chiave di (ri)complementarizzazione dei principi, per cui (di là dal complessificarsi di quelle operazioni, dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'): il primo è di regola 'gerarchicamente' prevalente; mentre, quelli riconducibili al secondo possono assumere un ruolo preponderante in corrispondenza di particolari condizioni processuali, il cui ricorrere determina una vicenda di 'confinazione' per effetto della quale il sovvertimento di quel rapporto di forza non risulta eversivo del sistema stesso[70].

---

[69] Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2017, n. 13979.

[70] 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.

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

ISSN 2036-7821

A questo punto, può tornar utile di limitare l'attenzione ai profili sui quali il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi: es., potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado; il Legislatore non essendosi espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Stavolta, potrebbe paventarsi che il menzionato protocollo di gerarchizzazione-confinazione giurisprudenziale si presti alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente' (ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvengono nei più disparati ambiti di materia[71]): 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. Ci si riferisce all'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)[72]. Così, dal momento che la

---

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).

[71] M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

[72] 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

ISSN 2036-7821

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 coesistenza).

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 autoreferenziale 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»[73].

Ne discende che, traslando tali connessioni metodologiche: non dovrebbe darsi per 'scontato' il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, per il

resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

[73] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

ISSN 2036-7821

solo fatto che il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi eppertanto, non si è espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Piuttosto, venendo alla *par construens* del discorso, dalla medesima impostazione di metodo potrebbe concludersi di dover rimettere al caso concreto una valutazione 'oggettivante', secondo i canoni (come anticipato) della 'logica operazionale' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico'[74].

Lungo tale falsariga, nel tentativo di trovare una risposta non interlocutoria, potrebbe osservarsi che, nel caso in esame la questione è di merito, non di rito (processuale) come quando venga in discussione il profilo giurisdizionale. Salvo obiettare che: ciò implicherebbe una grave elusione del rapporto correlato fra i due aspetti; la condizione di correlazione, e la necessità di un suo trattamento adeguato, risultano fondamentali ben oltre il momento di priorità logico-giuridica nella trattazione del profilo di giurisdizione, come rivela lo studio di altre tematiche consimili. Si pensi al fenomeno della pregiudizialità quando, quale autonomo oggetto del giudizio, appartenga alla giurisdizione di un giudice (civile) diverso da quello amministrativo. In quest'ultima ipotesi, il senso funzionale dell'istituto viene colto nella duplice esigenza di evitare: non solo sospensioni del giudizio (principio, di economia processuale, della concentrazione); ma altresì, un effetto eversivo delle prerogative del giudice 'naturale', precludendo senz'altro, all'accertamento incidentale, d'integrare un giudicato sostanziale (o comunque altri vincoli). Solo che anche stavolta la risposta è interlocutoria: poggiando sull'assunto per cui un sindacato esaustivo della questione pregiudiziale (es. attinente a diritti) non possa operarsi nella sede di giustizia (quella amministrativa) preposta alla questione 'pregiudicata'. Se non che ciò risulta indimostrato, e persino smentibile[75].

Evidentemente, la strada da percorrere è altra: da ricondurre ad una progressiva omogeneizzazione della tutela giurisdizionale (delle diverse sedi - 'ordinaria' e 'speciali' -) in cui si estrinseca; fermo restando che una piena acquisizione delle relative potenzialità non può rimettersi esclusivamente al piano di politica legislativa, dovendo ricercarsi in una rivisitazione dei principali canoni dogmatici di riferimento.

---

[74] 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.

[75] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sindacato del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali relative a diritti. Contributo di metodo*, in *Arch. giur. Filippo Serafini* (online), 2025, vol. IV, segn. par. 5.2.

ISSN 2036-7821

4. *'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurisprudenziale in punto di 'riparto': prime annotazioni*

A tal punto, chiuso il capitolo in punto 'di sistema', si tratterebbe di passare senza indugio agli sviluppi 'concettuali' del discorso dogmatico funzionale alla trattazione dell'istituto processuale in esame.

Tuttavia, esigenze di compiutezza espositiva, serventi l'acquisizione di una maggiore consapevolezza del problema, suggeriscono di assumere, quale primo termine di confronto, un fedele precipitato delle statuizioni giurisprudenziali di portata generale in punto di giurisdizione: come tali, senza mezzi termini riferibili al principale dato normativo di base[76]; ormai sedimentate, benché talvolta collidenti; nella circostanza, attingendo ad ulteriore studio specialistico (cui si fa rinvio per gli approndimenti)[77].

Tirando le somme di quella rassegna, innanzitutto, a livello di affermazioni generali, si distinguono (sia pur sommariamente) almeno tre impostazioni: l'una, vertente sulla situazione giuridica soggettiva; l'altra, sul potere autoritativo correlato alla situazione soggettiva (che, come tale, tenta di riprodurre l'operazione integrativa avanzata dal Legislatore); l'altra ancora, che s'incentra sulla presenza (o meno) di un esercizio discrezionale. Salvo rilevare (per intanto): da un lato, la tendenza a dare 'per scontata' la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive; d'altro canto, certa incongruenza (concettuale e sistematica) riferita all'esercizio amministrativo (a seconda che il 'potere autoritativo' venga inteso, indifferenziatamente o meno, come discrezionale o vincolato).

Laddove, quando si valuti il sottostante livello 'applicativo', pare che la giurisprudenza chiamata ad esprimersi circa il sussistere (o meno) della giurisdizione amministrativa: ondivagamente indulga ad una sorta di *favor* verso l'un criterio (situazione giuridica soggettiva) o l'altro (collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo); peraltro, stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio, per

[76] Evidentemente, salvo quanto previsto dalla Costituzione in ordine all'individuazione degli organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale (segn. art. 102 ed art. 103), ci si riferisce: all'art. 1 c.p.c. ed all'art. 2907 c.c.; all'art. 37 c.p.c.; all'art. 386 c.p.c.; all'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo).

[77] 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*, 2024, p. 1575 s.

ISSN 2036-7821

'forza attrattiva' trascinando la soluzione di riparto relativa alle questioni risarcitorie per pregiudizi derivati da atti autoritativi[78]; salvo dover 'stigmatizzare' sulle incertezze che si determinano nell'assumere, quale *causa petendi* dell'azione di danno, l'illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione (se debba ricorrere o meno un nesso 'causale', immediato e diretto)[79].

Non paiono puntualizzazioni dirimenti, con riguardo al criterio del collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo: né il riferimento (omologo) all'atto autoritativo come (generico) 'oggetto' della controversia[80]; né quello al rapporto (diretto od indiretto) col pregiudizio, corrispondentemente identificando l'oggetto principale della cognizione nell'atto autoritativo od altrimenti. Così, è dato di leggere che, «al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come *oggetto principale* la legittimità di provvedimenti amministrativi che siano la *fonte diretta* della lesione lamentata. Di talché, ne consegue che in siffatte ipotesi il giudice ordinario non possa neanche disapplicare il provvedimento che viene in considerazione non in via indiretta, nell'ambito di un rapporto il cui oggetto principale è altro, bensì come *fonte diretta* della lesione»[81]. Infatti, onde segnare i termini di confine del riparto di giurisdizione, anche senza contare l'assetto impresso dal vigente dettato costituzionale, sarebbe (quantomeno) anacronistico l'argomento che mutui una disciplina (artt. 2, 4 e 5, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. 'E', sul contenzioso amministrativo): apprestata ben prima che si affermasse la giurisdizione amministrativa e si forgiasse la figura dell'interesse legittimo; eppertanto, inerente ad un difetto di giurisdizione non 'relativo', ma 'assoluto' (al cospetto di una rigida considerazione del principio di separazione dei poteri dello Stato e del contrappunto della riserva di amministrazione); oltretutto superata, nella sua letterale interpretazione, sin dai primi anni del Novecento, sulla scorta dell'argomento logico per cui il Giudice ordinario non può conoscere, dell'effetto lesivo sul diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso[82].

Ragion per cui:

in un contesto ordinamentale nel quale è ormai superata la preclusione (in genere) di un sindacato giurisdizionale condotto in via principale sugli atti amministrativi; così che, non trattandosi di fronteggiare un problema di indipendenza fra poteri-funzione

[78] Salvo l'orientamento complementare, esempi del quale sono riportati nella nt. seg., valga di rinviare a: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3486; Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2023, n. 18540.

[79] In senso affermativo: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069; Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528.

[80] Cass. civ., sez. I, Ord. 8 maggio 2023, n. 12019.

[81] Così Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3496.

[82] Così Cass., sez. un., 7 gennaio 1904, in *Giur. it.*, 4, I, col. 234 s.

ISSN 2036-7821

dello Stato, ne risulta assecondata un'impostazione meno rigida anche del riparto di giurisdizione;

rivisitato il rilievo della 'prospettazione' in un contesto epistemologicamente evoluto di considerazione delle condizioni dell'azione[83];

andrebbe più meditatamente valutato se sia preferibile (a partire dalla circostanza di presentare minori controindicazioni) l'adozione (generalizzata ed assorbente) del criterio fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva.

Non foss'altro perché: avuto riguardo alla giurisprudenza secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal giudice per come formulato dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo[84]); quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito. Non per caso (rinviando, al prosieguo metodologico della trattazione, maggiori ragguagli) si afferma che «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»[85].

Solo alla luce di tale 'interludio' pare dunque opportuno di riprendere il precedente discorso dogmatico, per incentrarlo sui due punti 'deboli' messi in mostra dalla precedente disamina di giurisprudenza: del potere (autoritativo) e delle situazioni giuridiche soggettive. Salva una doverosa appendice di estrazione metodologica e teoretica.

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico:

---

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

[84] Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

[85] Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvengono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271 (ove si ribadisce che la valutazione della giurisdizione va effettuata "sulla base della domanda"), ma soprattutto in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273 (ove si esclude espressamente che, ai fini del riparto, rilevi la 'prospettazione delle parti', dovendosi avere riguardo invece al 'petitum sostanziale' in funzione della 'causa petendi' ossia dell'intrinseca natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio).

ISSN 2036-7821

principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale[86].

4.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche

Su queste basi, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[87]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[88].

Ciò non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico. Non è tale in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[89]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino). Ma quell'inconferenza non è ravvisabile neppure in relazione al discorso dogmatico che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione

---

[86] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

[87] Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere* – atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia* –, Milano, 1986, p. 9 s.).

[88] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

[89] A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento[90]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[91].

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[92].

---

[90] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Per una concezione del potere come "energia" in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

[91] Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901).

Configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 92 s., 96, 104.

Per una netta differenziazione del potere rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253; con puntualizzazioni dello stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101).

Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà*…, pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, Vanum disputare de potestate*: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). *b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

[92] Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo) di Andrea Carbone*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 244 s., 276 e 280.

ISSN 2036-7821

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le formule di legittimazione del potere possono così distinguersi (in linea di massima): «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso»[93].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un susseguente ordine d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi, (accanto ad una questione di 'effettività' - capacità di fare -), di una problema di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[94]. In quest'ottica, l'aggiornamento su di una nozione utile di potere (attribuito ad un organismo) pubblico è così sintetizzabile: «*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi ... la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente.*

In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta ... già oggi plausibile»[95]. Così, in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, "doverosamente" diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una "rivisitazione" (al pari della "buona amministrazione") sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio, quale (precario) *plafond* legittimativo[96].

4.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo')

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad

[93] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, p. 568.
[94] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.
[95] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.
[96] A partire da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.

ISSN 2036-7821

istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Su tale falsariga, va osservato che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto: sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro; sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[97]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[98].

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'indicato approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti).

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[99]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[100].

---

[97] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[98] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[99] Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

[100] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., 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*

ISSN 2036-7821

Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[101]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un

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 (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, 2007, Jovene, 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.). Sul piano epistemologico 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". Sulla precomprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 3 e 19; GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307.

[101] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss.); G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 201 ss. Ciò comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame, va segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2004, p. 1675).

ISSN 2036-7821

sillogismo pratico[102]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[103], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

Tentando di ricavare una sorta di 'precipitato' specialistico dalle osservazioni sinora condotte, pare di poter sostenere che l'indiscriminato riferimento legislativo al 'potere' (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.) è ultroneo: nella misura in cui stride con i canoni di teoria della norma secondo i quali, quando quest'ultima si conformi allo schema ipotetico-casuistico, cui corrispondono l'azione amministrativa vincolata ed il 'contraltare' della situazione di diritto soggettivo, vi è spazio solo per il rapporto 'norma-fatto'[104]; dunque, con esclusione del 'potere' (che, come tale, non può che essere discrezionale).

In quest'ottica, il riferimento all'esercizio autoritativo non è però superfluo: nella misura in cui serve a ricondurre il *proprium* della giurisdizione amministrativa a disposizioni rispondenti allo schema consequenzialista ('norma-potere-fatto') eppertanto, ad un agire discrezionale cui è correlata la figura dell'interesse legittimo. In quest'ottica, va inteso il riferimento ad "atti costituenti esercizio di *poteri autoritativi e discrezionali*"[105].

A tal punto, una compiuta elucidazione del dato normativo sotto osservazione, onde farne emergere tutte le potenzialità, esige un consono reinquadramento di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. Ma, poiché queste ultime si connotano per certa 'trasversalità' rispetto alla somma partizione 'pubblico/privato', e la giurisdizione amministrativa è imperniata sull'interesse legittimo, occorre domandarsi come il medesimo si atteggi alla luce del principio di legalità e rispetto all'interesse pubblico.

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[106]; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile

---

[102] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

[103] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965). Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

[104] In linea, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

[105] *Ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

[106] A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

ISSN 2036-7821

esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[107]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[108]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[109]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[110]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[111]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[112]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[113]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di

[107] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

[108] SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

[109] Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[110] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[111] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[112] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

[113] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255. Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

ISSN 2036-7821

azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[114].

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, quello pubblico un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine[115]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[116]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[117]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[118]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[119]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica

---

[114] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[115] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 76, 80-81.

[116] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., Ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[117] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[118] Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

[119] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

ISSN 2036-7821

della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[120]. In definitiva, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (eccesso di potere) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –).

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[121]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[122].

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[123]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[124]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale*»[125]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi'

[120] Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

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

[122] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[123] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

[124] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

[125] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

ISSN 2036-7821

dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[126].

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è così articolabile, tenuto conto che: quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[127]; in altri termini, il primo si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[128]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[129]. Ebbene: se tale simbiosi si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[130]; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[131]; cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo, al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.

A tal punto, pare potersi giungere ad una prima conclusione in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione né con metafore quale quella del potere amministrativo, né con un provvedimento del quale si debba verificare la formale legittimità; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

---

[126] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Sia consentito di rinviare altresì a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[127] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

[128] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[129] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

[130] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90. Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[131] G. ABBAMONTE, *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. 137 ss., segn. pp. 137-138.

ISSN 2036-7821

4.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche

Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il 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" (per l'appunto, 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[132]. 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[133].

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 un'applicazione univoca*»[134]. 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 –[135]); 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

---

[132] In questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; nonché, prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

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

[134] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s. il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

[135] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469.

ISSN 2036-7821

dell''individuo qualunque'[136]. Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Procedendo 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)[137].

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[138]; 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)[139];

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[140].

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

---

[136] 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 sviluppa analiticamente la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale.

[137] Valgano le (pur risalenti) connessioni di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d'"interesse correlato ad un obbligo", o dovere in senso stretto, altrui – pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. Cfr. pure, *ivi*, p. 14.

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

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

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

ISSN 2036-7821

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'[141].

Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[142].

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi da due 'precomprensioni'. *In primis*, ci si riferisce all'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'[143]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[144]). Corrispondentemente, l'accento cade sull'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, sull'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*»[145].

4.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …

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

---

[141] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5. Cfr. pure: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 s., 153 s., 149 s.; NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s.; R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[142] Risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956 onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d''interesse correlato ad un obbligo', o dovere in senso stretto, altrui – pp. 11, 46, 100, 102 e 117: *ivi*, pp. 4-6 e 39 s., 14, 218, 18 s., 39 s. D'altro canto, cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s.; nonché, *ivi*, ID., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

[143] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione...*, *Introduzione*, pp. VII s., 105, 132 e 175.

[144] 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, 365 e 373.

[145] L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 29, 219 s., 238.

ISSN 2036-7821

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'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[146]; 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)[147]. 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'[148]; 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; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[149], ma

---

[146] 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.

[147] Così: 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.

[148] Delle strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito in nt. del par. 3. 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.

[149] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., pp. 69, 79-80 conclude che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». 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* ..., 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, col. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in

ISSN 2036-7821

anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[150]. Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. 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[151]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite,

Resta inteso che:

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 contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[152];

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.

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

[151] Onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, può tornar utile 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 cui può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.

[152] 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.).

ISSN 2036-7821

potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[153]) 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:

riconosciuto all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizionamento);

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[154];

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)[155]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna

---

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».

[153] 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).

[154] 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.

[155] 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*

ISSN 2036-7821

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[156]; 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[157];

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[158].

Per intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un ordine di sviluppi, 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»[159].

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

---

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.

[156] 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.

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

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

[159] 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.

ISSN 2036-7821

riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[160]. Così da giustificare: oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[161]; 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[162].

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[163].

In quest'ottica, dunque, non sembra potersi trasporre, nella presente trattazione, quanto sostenuto a proposito della giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa, per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo), nel senso che:

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[164];

---

[160] 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.).

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

[162] 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).

[163] 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.

[164] 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.

ISSN 2036-7821

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[165].

A questa stregua, 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'[166].

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto), per cui cfr. quanto *supra* esposto. Piuttosto, per quel che maggiormente rileva ai fini del presente scritto, pare doversi osservare che siffatta prospettazione risulta meno 'eversiva' di quanto possa apparire *prima facie*, sol che si ponga mente sulla sua consustanzialità col profilo di tutela giurisdizionale e sulla singolarità ('inversione di metodo') di una situazione giuridica soggettiva nata onde giustificare l'istituzione di una giurisdizione speciale. Infatti: 'al netto' della vicenda storica che ha condotto ad optare per un sistema dedicato a determinate situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi, ma non come diritti,

---

[165] 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.

[166] *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.

ISSN 2036-7821

parallelo e tendenzialmente pariordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi[167]; l'evolversi della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso di un progressivo incremento dello strumentario di tutela, ha finito col dare corpo ad un sistema che si discosta sempre meno dall'idea alternativa a quella (risultata prevalente) improntata al parallelismo con la giurisdizione del Giudice ordinario; cioè, ad un rafforzamento del sistema di tutela giudiziaria originato dalla l. cont. amm., onde garantire effettivamente, mediante opportune garanzie processuali, la tutela dei diritti e dei diritti-interessi dei cittadini nei confronti della pubblica Amministrazione.

Ed a ciò ha senz'altro concorso il dato costituzionale: per un verso, vietando qualsiasi limitazione al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica Amministrazione, e garantendo il più largo accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti della medesima; per altro verso, incentrando il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica Amministrazione sul potere di annullamento, riservando alla legge il compito d'individuare il giudice. Ciò, con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al principio contenuto nell'art. 4, 2° co., l. cont. amm.: dal momento che cade il divieto, per il giudice ordinario, di annullare gli atti amministrativi (prerogativa non più esclusiva del giudice amministrativo).

Non per caso si è osservato che: «la Costituzione tende pertanto a porre in rilievo la conformazione e il contenuto del potere cognitivo e decisorio del giudice rispetto alla qualità soggettiva dello stesso, secondo un processo di immanente verifica giudiziale sull'atto amministrativo. … Principio di sviluppo della giurisdizione amministrativa [artt. 103 e 113 Cost.] e principio della giurisdizione unica (art. 102 Cost.) si intrecciano dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»[168].

4.5. … 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.

---

[167] Evidentemente ci si riferisce: all'iniquità dei limiti della tutela giudiziaria a fronte di uno Stato unitario contraddistinto da una crescente estensione ed intensificazione dell'azione amministrativa; ad un'applicazione riduttiva della Legge del 1865, dal momento che i Tribunali ordinari tesero ad escludere la propria giurisdizione ogniqualvolta fosse stata richiesta la pronuncia a tutela di un diritto sul quale un'autorità amministrativa avesse esercitato un potere comportante la compressione o l'estinzione del diritto medesimo per ragioni di pubblico interesse; nonché, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (già di per sé garantista dell'immunità dell'Amministrazione dagli influssi politici del Governo), in funzione della sostituzione della disciplina contenuta nell'art. 3 l. cont. amm., quale giudice preposto alla tutela degli interessi non protetti come diritti; sì da rafforzare, con l'una, gli altri.

[168] A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 14.

ISSN 2036-7821

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 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[169]; 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[170]. 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[171]. *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

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

[170] 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.

[171] 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.

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».

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2025, par. 4.

ISSN 2036-7821

interessi legittimi[172]; 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 (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[173]; 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'.

A questa stregua, rispetto al tema (di 'complementarizzazione') che occupa in via principale il presente studio, si ritiene di aver assolto al primo degli impegni propedeutici assunti (par. 2.2.): di proporre, con riguardo alla questione del riparto di giurisdizione come problema processuale, una soluzione intrinsecamente ed essenzialmente legata, sul piano sostanziale, ad una distinzione di situazioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo / interesse legittimo) che (passando attraverso un discorso di 'rivisitazione' degli assetti tradizionali) si riduce ai minimi termini degli schemi normativi di riferimento (rispettivamente, ipotetico- casuistico / consequenzialista).

---

[172] 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.

[173] 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.

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).

ISSN 2036-7821

III

5.1. 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)[174]; 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[175].

Quanto al giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:

al cospetto di una condotta vincolata dell'amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[176]), 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

---

[174] 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.

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

[176] 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»).

ISSN 2036-7821

statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[177].

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[178].

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'[179]; 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[180]) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato

[177] 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.

[178] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139. *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

[179] 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.

[180] Del resto, alla dottrina (della quale rende conto A. ROMANO, - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 21) secondo la quale «le situazioni legittimanti al ricorso giurisdizionale amministrativo sono corrispondenti a norme dell'ordinamento amministrativo, o più specificamente a norme procedimentali di azione, di organizzazione e di regolazione del potere della pubblica amministrazione», può obiettarsi che quella regolazione ('al netto' delle norme di azione ed organizzazione) corrisponde proprio all'esercizio discrezionale. Allo stesso modo, avuto riguardo alla tesi (riportata sempre in A. ROMANO, - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 31) secondo la quale «appartiene alla giurisdizione civile la domanda di tutela di un interesse individuale, la quale si basa sulla contestazione della stessa esistenza, o spettanza all'amministrazione, del potere di cui il provvedimento lesivo di tale interesse è esplicazione (o, meglio, ne vuole essere); viceversa, appartiene alla giurisdizione amministrativa una domanda avente il medesimo contenuto, la quale si basa sulla più circoscritta contestazione della sola illegittimità dell'esercizio nel quale consiste il medesimo provvedimento, del potere di cui è espressione, di cui il ricorrente non nega, perciò, l'esistenza, o la spettanza all'amministrazione».

ISSN 2036-7821

sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva (che perderebbe di autonomo rilievo sistematico (specie a partire dal conferimento al giudice amministrativo di prerogative generali di piena giurisdizione[181]) per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie'[182].

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[183].

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 una cognizione incidentale e, a livello decisorio, la disapplicazione in capo al Giudice ordinario);

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

Dunque, una soluzione che storicamente affonda la propria giustificazione in ragioni metagiuridiche: sol considerato che, in origine, la stessa insindacabilità, da parte del

---

[181] In tal senso, anteriormente al vigente Codice del processo amministrativo, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 269: «… la giurisdizione esclusiva avrà un futuro se riuscirà a trasformarsi da appendice "ibrida" del processo di legittimità, di cui ripete ambiguamente forma e sostanza, in una giurisdizione "piena" sia nel senso … per cui i poteri del giudice si colleghino alla domanda di giustizia, senza che la configurazione preliminare delle situazioni soggettive precluda questa o quella domanda, in una considerazione unitaria dell'azione giurisdizionale; sia riconoscendo al giudice amministrativo esclusivo tutti i poteri che consentono di soddisfare pienamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, adeguando la pronunzia alla domanda giudiziale». Cfr. pure: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; recentemente, F.G. SCOCA, *Scossoni …*, 2021, p. 32.

[182] 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*, 2024, p. 1575 s.

[183] 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; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700.

ISSN 2036-7821

giudice ordinario, degli aspetti discrezionali dei provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, si spiegava per via, non di una giurisdizione amministrativa, bensì di una sfera di poteri riservati all'amministrazione.

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[184]) eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione';

altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e

[184] 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*, 2023, p. 103 s., segn. pp. 155-156: «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, 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).

ISSN 2036-7821

condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[185].

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

D'altronde, solo aderendo alla perorata prospettazione, si è in grado di porre rimedio alla frizione generatasi fra l'art. 2, L. n. 2248/1865, all. 'E' e l'art. 7 c.p.a., dal momento che, quanto alla devoluzione delle controversie: l'uno, spinge a favore del giudice ordinario pur al cospetto di provvedimenti amministrativi; l'altro, invece, verso il giudice amministrativo quando quelle riguardino provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere amministrativo. Laddove, l'accessibilità (al cittadino ed all'operatore giuridico) del criterio di 'riparto' è adeguatamente garantita per il solo fatto che il riferimento della disciplina più risalente riguarda i provvedimenti vincolati, mentre quello della disciplina più recente attiene alle determinazioni discrezionali. Il che si ripercuote in punto di poteri di cognizione: al giudice ordinario (oramai) non negandosi la conoscenza della causa dell'atto lesivo del diritto soggettivo, purché quello sia vincolato.

Ciò, 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[186]. Salvo osservare che:

---

[185] 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.

[186] 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.

ISSN 2036-7821

quanto ai 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)[187];

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, diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[188]. 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 il quale 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,

[187] 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.

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

ISSN 2036-7821

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)[189]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[190].

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 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[191].

Infine, si è già accennato al superamento della tesi interpretativa secondo la quale il sindacato dell'autorità giudiziaria può cadere solamente sull''effetto' dell'atto emesso dalla pubblica amministrazione, e non su quest'ultimo in sé stesso. Anche stavolta il contributo dogmatico può risultare significativo: dal momento che sempre la teorica del 'circolo ermeneutico' contribuisce a sostenere epistemologicamente l'argomento addotto nella circostanza, per cui il giudice ordinario non può conoscere, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla lesione dell'interesse protetto come diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso.

5.2. … nonché, di difetto di giurisdizione

Dunque: 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,

[189] 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).

[190] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235. Tale orientamento, da ultimo, ha incontrato l'avallo di Cass. civ., sez. un., Ord. 14 maggio 2024, n. 13191.

[191] 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.

ISSN 2036-7821

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); in ciò va ricercato il senso (funzionale) della specialità del giudice amministrativo. Se si conviene su questo punto, qualsivoglia considerazione delle situazioni giuridiche soggettive soggiogata da una visione anacronistica delle ragioni del 'riparto' (per cui, a fronte dell'unicità della giurisdizione, si giustifica l'introduzione di un giudice speciale con l'artificio una situazione giuridica - l'interesse legittimo - irrimediabilmente distinta dal diritto soggettivo[192]), inesorabilmente finirebbe coll'integrare:

un''inversione di metodo' (cioè, l'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" - interferendo nella disciplina della giurisdizione -, avvalendosi di concetti - tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi -[193]);

in definitiva, una radicale antinomia fra i corollari del 'giusto processo' (con particolare riguardo a quello di ragionevole durata) ed il principio del 'giudice naturale precostituito per legge'.

Con quel che ne consegue quanto al loro portato 'positivo' in punto: di rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e di altrettanto rigida 'confinazione' degli istituti riconducibili a quei principi (come in parte 'calibrata' dalla giurisprudenza) nonché, di corrispondente 'distanziazione' delle rispettive forme di tutela.

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

---

[192] 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, 2017, p. 31 s. Recentemente è tornato sul punto F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa a vent'anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 3 s., segn. p. 5.

[193] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 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*».

ISSN 2036-7821

competenza, sicché il vizio è emendabile (a differenza della tardività della notifica e del deposito)[194];

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 ipotesi di 'giurisdizione amministrativa esclusiva' (in numero sempre maggiore) e di trattamento delle 'questioni pregiudiziali'; ma anche 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.

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

[194] 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

risposta (quale si sia) in ordine al 'bene della vita' oggetto della loro contesa[195]. Pertanto:

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;

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'[196]), ma persino del 'giudicato implicito' in certa misura preclusivo di un rilievo officioso di quel vizio[197].

A meno che (e qui intende insistere la novità del presente contributo ermeneutico) il (persistere del) difetto relativo di giurisdizione si traduca in una compromissione del principio di effettività della tutela, non sostenibile neppure alla luce del principio dispositivo (proprio di una giurisdizione 'soggettiva').

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

Su tale discorso evidentemente pesa la non meno problematica 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[198]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive[199]; 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

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

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

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

[198] 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).

[199] 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'.

ISSN 2036-7821

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[200].

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[201];

quella vicenda di potenziamento delle prerogative, è tale da configurare la giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo come tendenzialmente 'piena': imperniata (come anticipato), più che sull'atto, sul rapporto; complice un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti

[200] 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.).

[201] 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. pp. 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 RI. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

soggettivi, in grado di garantire tutela integrale agli uni come ai secondi (s'intende, quando sottoposti alla sua cognizione)[202].

Ciò, al punto da giustificare una rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione')[203]; pur senza stravolgerlo stante il suo impianto costituzionale.

Salvo osservare che il discorso risulta 'complessificato' dalla travagliata vicenda di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici. Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del giudice amministrativo[204]; 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[205]; 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[206];

---

[202] 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).

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

[204] 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).

[205] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 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.

[206] 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 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.

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[207];

la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[208];

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)[209].

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)[210].

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

---

[207] 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»).

[208] 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.

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

[210] 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

interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[211];

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.)[212]; 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'[213];

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.)[214].

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; corrispondentemente, un riavvicinamento (al pari della considerazione delle situazioni giuridiche soggettive) delle tutele alla luce del principio di effettività.

Del pari, anche da tale 'rivisitazione' passa un contributo al tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione (*id est*, del rapporto di forza tra il principio del 'giudice naturale precostituito per legge' e quello del 'giusto processo') e dei suoi istituti.

IV

Stavolta, si è ritenuto di soffermare l'attenzione sul 'regolamento preventivo di giurisdizione': dal momento che, con riguardo a tale istituto, l'applicazione del costrutto teorico testé confezionato si presta agli sviluppi più incisivi ed innovativi.

A questa stregua (di una trattazione in chiave applicativa), pare doversi muovere 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

[211] 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.

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

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

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

ISSN 2036-7821

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[215].

Di tal fatta, evidentemente, tale criterio sovrintende (anche) alla valutazione da rendere in sede di 'regolamento preventivo di giurisdizione' che, pertanto, può essere promosso: persino dall'attore/ricorrente a fronte dell'altrui contestazione[216]; pur senza che la parte sollevi una articolata contestazione, essendo sufficiente l'interesse ad eliminare ogni dubbio[217].

6.1. Sulle generalità del 'regolamento preventivo di giurisdizione'

Come noto, la relativa previsione di diritto positivo risponde all'esigenza (comune ad entrambi i riti processuali, civile ed amministrativo) 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[218].

---

[215] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3288. L'orientamento è ribadito da Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2024, n. 17626.

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

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

[218] 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 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; 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.*, XXIX, Roma, 1998; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, p. 297 s.; ID., *Regolamento di*

ISSN 2036-7821

Come tale, l'istituto contemplato 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 deve modularsi 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 (sempre 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 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, corrispondenti ad un 'difetto relativo', nel processo amministrativo, può essere chiesto (stante il rinvio operato dall'art. 10, D.Lgs. n. 104/2010 all'art. 41 c.p.c.) finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado[219]. Per l'esattezza, 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[220];

---

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.

[219] 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).

[220] Cass., sez. un., 18 novembre 1982, n. 6192.

ISSN 2036-7821

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[221].

Segnatamente, risulta pacifica l'inammissibilità del regolamento, 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 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[222]; 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[223]. Peraltro, a quest'ultimo proposito, occorre dare conto di quel diverso avviso per cui non assume effetto preclusivo, rispetto alla decisione sul regolamento 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: 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*[224].

Laddove, la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile avverso l'ordinanza collegiale istruttoria che abbia solo "delibato" sulla giurisdizione del giudice amministrativo (es., esprimendo un giudizio di probabilità, rilevando che la causa "pare rientrare" nella sfera di cognizione del giudice anzidetto), non avendo essa valore di sentenza suscettibile di passare in giudicato[225].

La *ratio* sottesa a tali regole è di evitare che un responso in quella sede possa essere modificato a seguito di impugnazione, ritardando la risoluzione della controversia[226]; dunque, anche al fine di conseguire un 'giusto processo' dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.)[227]. Altrimenti, la contestazione risultando sollevabile solo mediante specifico motivo d'impugnazione avverso il capo della pronuncia impugnata che ha

[221] Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2022, n. 10775. In tal senso, già Cass., sez. un., n. 2466/1996.
[222] Cass., sez. un., 9 dicembre 2008, n. 28874.
[223] Nel senso: Cass., sez. un., 13 marzo 2009, n. 6057.
[224] Cass., sez. un., 18 dicembre 1997, n. 12830.
[225] Cass. civ., sez. un., Ord. 20 febbraio 2013, n. 4218 (rv. 625102).
[226] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635.
[227] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

ISSN 2036-7821

statuito (in modo esplicito od implicito) sulla giurisdizione; ferma restando (per le anzidette ragioni logico-giuridiche legate alla 'non soccombenza') 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.).

Complementare a tale assetto è la duplice regimentazione per cui:

una volta notificato alle altre parti il ricorso in Cassazione per regolamento 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 siano ritenute idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[228];

va inoltre esclusa l'applicazione, al giudizio d'appello, dell'art. 50 c.p.c. relativo alla *translatio iudicii* nanti il giudice competente in primo grado[229]; secondo un indirizzo (prevalente e più recente) che i giudici amministrativi reputano condivisibile[230].

Per completare il primo ordine di annotazioni sui 'minimi termini' che identificano l'istituto, valga il seguente ordine di puntualizzazioni.

Il regolamento di giurisdizione va proposto (come anticipato) con ricorso notificato prima dell'udienza di discussione, essendo quest'ultima indefettibile nell'ambito del procedimento decisorio regolato dall'art. 73 c.p.a.; né la notificazione del ricorso può ritenersi preclusa nell'ultimo termine previsto da detta norma per il deposito di memorie e repliche, che non si notificano[231].

Inoltre, «in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, si configura il litisconsorzio necessario cosiddetto processuale relativamente a tutte le parti del processo civile o amministrativo a cui si riferisce la richiesta di regolamento; tale giudizio, pertanto, deve svolgersi nel contraddittorio di tutte le parti del giudizio di merito, comprese quelle che non vi siano costituite, ma, ove il ricorso per regolamento preventivo non le contempli tutte e non a tutte sia stato notificato, non si verifica l'inammissibilità del ricorso, ma deve ordinarsi l'integrazione del contraddittorio, sempreché tale provvedimento non sia preceduto da una rinnovazione dell'atto con la sua notificazione a tutte le parti»[232].

Quanto alla previsione (art. 10, comma 2, c.p.a.) secondo cui, nel giudizio, sospeso per proposizione di regolamento preventivo di giurisdizione, possono essere chieste misure cautelari; viene intesa nel senso che: consente al giudice di adottare

[228] 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.

[229] Cass., sez. un., n. 23594/2010.

[230] Cons. Stato, ad. plen., 22 aprile 2014, n. 12 (con commento di L. CARBONE e M. D'ADAMO, Translatio iudicii *e appello*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 621).

[231] Cass. civ., sez. un., Ord. 1° marzo 2018, n. 4899 (rv. 647563-01).

[232] Cass. civ., sez. un., Ord. 9 dicembre 2022, n. 36109. Da ultimo, Cass. civ., sez. un., Ord. 12 aprile 2023, n. 9678.

ISSN 2036-7821

comunque la misura cautelare, anche in caso di proposizione del relativo rimedio davanti la Corte di Cassazione; ma solo ove costui ritenga *prima facie* di essere il depositario della giurisdizione eppertanto, laddove sussista un conflitto positivo di giurisdizione[233].

Infine, nell'ipotesi in cui la Cassazione affermi la giurisdizione del giudice (amministrativo) originariamente adito, quanto alle modalità attraverso le quali garantire la prosecuzione del processo: inizialmente ha trovato affermazione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui fosse sufficiente di produrre un'istanza di fissazione dell'udienza, da promuovere entro il termine di mesi sei dalla conoscenza della sentenza regolante la giurisdizione[234]; mentre, tale 'regola' attualmente è da intendersi superata dalla disciplina della 'prosecuzione o riassunzione del processo sospeso od interrotto' di cui all'art. 80 c.p.a.[235].

6.2.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; translatio iudicii; conflitto negativo

…

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 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[236]), diverso da quello indicato dal giudice adito per primo. Fermo restando che a tale dovere il giudice di legittimità non può sottrarsi, dal momento che «la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto quando non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, conformemente alle

---

[233] Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, Ord. 2 dicembre 2011, n. 563.

[234] Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

[235] F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, pp. 150 e 787 s.

[236] 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.

ISSN 2036-7821

norme che attuano il principio della "translatio iudicii" (art. 59 della legge n. 69/2009 ed art. 11 del D.Lgs. n. 104/2010)»[237].

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[238]. 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[239]. Quest'ultimo, come necessitante di attuazione e di una disciplina legislativa del meccanismo traslativo[240].

---

[237] Cass. civ., sez. V, Ord. 11 giugno 2024, n. 16161.

[238] 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'.

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

[240] Con integrazione degli scritti menzionati in esordio del par. 2.1.2., può 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 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.*,

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[241]. Di tal fatta: a condizione che l'atto determinante la prosecuzione del giudizio osservi i dovuti requisiti di forma[242]; 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[243].

Quest'ultimo profilo, di 'conservazione degli effetti della domanda', ha rappresentato uno dei due profili di sviluppo del contributo di giurisprudenza amministrativa. Così, quest'ultima, 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 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

---

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. – T.A.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.

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

[242] 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"».

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

ISSN 2036-7821

beneficiare, in presenza dei relativi presupposti, della rimessione in termini per errore scusabile[244]. 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.

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*»[245]. Salvo constatare, che la terminologia impiegata diffusamente non rispecchia altrettale rigore interpretativo (come si evince dalle 'massime' di seguito richiamate).

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[246]. La giurisprudenza ha quindi puntualizzato che:

quel termine va rispettato sia per la notifica del ricorso che per il successivo deposito[247];

in caso di mancato osservanza di tale termine, in quanto perentorio, l'effetto che si determina è quello dell'estinzione del giudizio per irricevibilità della domanda[248].

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.

[244] *Ex multis*, Cons. giust. amm. reg. Sic., 2 marzo 1989, n. 47.
[245] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617.
[246] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 17 marzo 2025, n. 893.
[247] Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2024, n. 5037.
[248] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° luglio 2024, n. 1062; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2024, n. 9423.

ISSN 2036-7821

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[249]. 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).

Se non che, in relazione al tema sul quale è incentrato il presente studio, l'attenzione deve appuntarsi (a partire dal 'formante' giurisprudenziale) sul profilo d'indagine legato (più che alla 'conservazione degli effetti della domanda') alle ipotesi di conflitto di giurisdizione ed alle 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»[250].

[249] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599; sez. V, 16 aprile 2024, n. 3472; sez. V, 10 ottobre 2024, n. 8140. 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 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».

[250] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, Ord. 26 ottobre 2020, n. 983. Puntualizzazioni ulteriori si rinvengono in:

Cass. civ., sez. un., Ord. 12 marzo 2025, n. 6534 («l'art. 11, comma 3, c.p.a., deve essere interpretato nel senso che il conflitto di giurisdizione può essere sollevato entro la prima udienza fissata per la discussione del merito, escludendo le udienze preliminari o di smistamento che hanno funzione meramente ordinatoria»);

Cass. civ., sez. un., Ord. 25 febbraio 2025, n. 4838 («La tempestività del conflitto di giurisdizione sollevato d'ufficio ex art. 11, comma 3, c.p.a. è contrassegnata dalla barriera preclusiva della prima udienza, da intendersi in senso sostanziale, con la conseguenza che detta tempestività non è esclusa dal fatto che il giudice amministrativo,

ISSN 2036-7821

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»[251]. 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»[252]. Inoltre, «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, dall'altro, di onerare il giudice amministrativo "ad quem" di evidenziare immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso»[253].

Per quel che maggiormente rileva, «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

---

rilevato un difetto nel contraddittorio, abbia concesso un termine per la rinnovazione della notifica del ricorso introduttivo, rinviando ad una udienza successiva nella quale il conflitto è stato sollevato, in quanto il dubbio di giurisdizione presuppone pur sempre l'instaurazione di un valido contraddittorio fra le parti»);

Cass. civ., sez. un., Ord. 26 agosto 2024, n. 23095 («Ai fini della configurabilità di un conflitto negativo di giurisdizione suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione d'ufficio, ai sensi degli artt. 59, comma 3, della L. n. 69 del 2009, e 11, comma 3, c.p.a., è necessario che vi sia una doppia declinatoria di giurisdizione con decisioni emesse all'esito di giudizi a cognizione piena. Pertanto, è inammissibile il regolamento di giurisdizione quando una delle declinatorie sia stata pronunciata in sede cautelare, in quanto tale provvedimento è insuscettibile di acquisire l'efficacia del giudicato»).

Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2024, n. 4242 («ebbene definito in epigrafe come "sentenza", il provvedimento del giudice amministrativo che solleva il conflitto di giurisdizione, rimettendo l'intera lite innanzi alle Sezioni unite, va riqualificato come ordinanza resa ai sensi degli artt. 11, comma 3, c.p.a. e 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009, idonea a sottoporre alla S.C. la questione di giurisdizione sui giudizi riuniti e sulle domande ivi cumulate, stante l'esigenza di assicurarne la risoluzione per l'intera controversia»).

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

[252] 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.

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

ISSN 2036-7821

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*»[254]. 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[255]. 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»[256].

6.2.2. … *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*, il cit. art. 11 c.p.a. non contiene alcun riferimento; diversamente il cit. art. 59, L. n. 69/2009, 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 nel senso 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: nei termini 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

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

ISSN 2036-7821

con la quale si è declinata la giurisdizione con conseguente prosecuzione del giudizio nanti il giudice dichiarato munito di giurisdizione[257]. 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[258].

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 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»[259].

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

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

[258] 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.

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

ISSN 2036-7821

lede il diritto di difesa delle parti»[260]. 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»[261].

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 stesso[262].

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

[260] 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».

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

[262] 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

tratti di evitare che la giurisdizione venga declinata indeterminatamente, innescando un circuito perverso, con sostanziale paralisi dello strumentario di giustizia[263].

6.3. Contributo di dogmatica

Ciò premesso, restano almeno tre questioni controverse (nonostante il contributo giurisprudenziale), delle quali pare doversi dar conto, non solo perché correlate, ma anche per via di un contributo riconoscibile al discorso (su base dogmatica) nanti articolato.

Innanzitutto, sul presupposto che: 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 siano reputate idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[264].

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 quello 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, 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.).

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, a cura delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Il punto è che gli argomenti, (quando) addotti dagli opposti schieramenti, non paiono soddisfacenti.

---

[263] 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'.

[264] 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

Secondo l'opinione più accreditata in giurisprudenza (di cui si è già dato conto nel par. 6.1.), 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, renderebbe nulla quest'ultima, privandola di effetto[265]. Si ritiene persino che tale pronuncia sia dotata di un'efficacia definitiva 'panprocessuale' (tale da renderla operante anche in altri processi)[266].

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[267].

Onde tentar (se non di sciogliere il nodo gordiano, quantomeno) di fornire certo criterio di riflessione, pare doversi muovere dai pertinenti principi, svolgendo un discorso di 'complementarizzazione'. Ci si riferisce 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'[268];

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

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

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

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

[268] 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

conclusione sarebbe avvalorata: non tanto perché si tratta di pronuncia promanante dall'autorità giurisdizionale preposta a decidere, in ultima istanza, sulle questioni di giurisdizione[269]; 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'[270]. 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[271].

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

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

[270] 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.

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

ISSN 2036-7821

presuppone che la questione di giurisdizione (ormai superata la teoria della prospettazione) sia senz'altro risolvibile sul piano delle valutazioni di pura 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[272]. In secondo luogo (e 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[273].

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.

---

[272] 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».

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

ISSN 2036-7821

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 (cfr. par. 2.2. in nota e parr. 6.2.1. e 6.2.2.) 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 applicare il metodo, perorato in chiave di 'logica operazionale', della 'complementarizzazione dei principi' (stavolta, applicato ai corollari di quello del 'giusto processo'), muovendo dal confronto con certa giurisprudenza della Suprema Corte, per cui la parte può provvedere alla riassunzione, anziché con '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[274]. In quest'ottica, non dovrebbero frapporsi pregiudiziali nel mutuare la 'lettura' testé fornita alla disciplina del processo civile, per l'appunto favorevole 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)[275].

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

ISSN 2036-7821