

## Il lento incedere dell'unità della giurisdizione

di Alessandro Mangia

(in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/ 2007)

1. Non c'è voluto molto, di fronte alla dec. 77/2007, per cogliere che, con una decisione limpida, sintetica e storicamente consapevole, la Corte costituzionale ha impresso al sistema di giustizia amministrativa una trasformazione di portata fondamentale che, sia pure preconizzata dalla riflessione scientifica più recente - e in larga misura preparata dalla giurisprudenza di Cassazione - non era del tutto scontata.

In sostanza, che la Corte abbia definitivamente affermato il principio della conservazione degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione come un principio generale che discende direttamente dagli artt. 24 e 111 cost. conferisce un nuovo assetto al sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo e ridefinisce la prospettiva alla luce della quale guardare al riparto di funzioni delineato dalle leggi del 1865 e del 1889<sup>1</sup>. Se non c'è dubbio che la separazione delle giurisdizioni continua ad essere il carattere distintivo del nostro sistema di giustizia amministrativa, l'impressione, di fronte a questa sentenza, è che la Corte non sia più disposta a tollerare la presenza nell'ordinamento di meccanismi processuali che, per prestare omaggio al principio di separazione, finiscano con tradursi in una limitazione della tutela assicurata alle posizioni soggettive riconosciute e protette negli artt. 24 e 113 cost..

Ora, che si sia ancora lontani dall'affermare un principio di unità della giurisdizione, come sempre più frequentemente si è auspicato da parte degli studiosi, soprattutto negli anni più recenti<sup>2</sup>, è di tutta evidenza, anche perché sarebbe al di là dei poteri della Corte affermare questa soluzione, stante il riconoscimento costituzionale della bipartizione diritti/interessi e la conseguente riserva di competenza al Consiglio di Stato; né, ad essere onesti, tale evoluzione sembra oggi potersi realisticamente immaginare.

Quel che è certo, però, è che la decisione in commento merita attenzione proprio perché mette in luce come taluni istituti processuali, di per sé perfettamente coerenti con una concezione del riparto di giurisdizioni modellata sulla tradizione, siano sempre meno accettabili in un contesto in cui cognizione del giudice ordinario e cognizione del giudice amministrativo sembrano sovrapporsi e in cui la consueta distinzione tra diritti e interessi sembra ormai irrimediabilmente indebolita. Anzi, si può dire che, da un lato, la vicenda relativa alla risarcibilità dell'interesse legittimo e, dall'altro, la smisurata dilatazione della giurisdizione esclusiva hanno posto, in qualche misura, le premesse affinché venisse meno, nella percezione generale, l'assolutezza della distinzione qualitativa tra diritti e interessi, così come ci proviene dal processo di formazione dello stato di diritto in Italia e come si è voluto mantenere soprattutto da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

---

<sup>1</sup> Sulla formazione di questo sistema cfr. soprattutto B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, nonché, in una prospettiva più generale, L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2005.

<sup>2</sup> Cfr., tra i molti e tra i più recenti, G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, Riv. dir. proc. 1996, p. 919 ss.; C. Marzuoli-A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in Dir. pubbl. 1997, p. 895 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in Dir. pubbl. 1998, p. 371 ss.; A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in Foro it. 2001, V, 21 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Milano 2005; A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Dir. pubbl. 2006, p. 91 ss.

Sicché, che certi istituti, come quello del divieto di *translatio iudicij*, siano d'un tratto avvertiti dai giudici di merito<sup>3</sup>, ancor prima che dalla Corte costituzionale, come non più accettabili o comunque non più compatibili con un sistema processuale ormai molto distante dalla sua struttura originaria, dà in qualche modo la misura delle profonde trasformazioni intervenute in un sistema che proprio sul mantenimento della bipartizione diritti/interessi poggiava le sue radici.

Se in passato, in fondo, il sistema poteva reggersi sul fatto che il giudice amministrativo non era quasi mai chiamato ad interpretare norme di diritto comune, così come il giudice ordinario cercava di tenersi lontano dalla applicazione di norme di diritto speciale, oggi la situazione sembra molto cambiata e - come si è rilevato - i principi del codice civile in materia di obbligazioni, responsabilità e contratti sono ormai normale oggetto della cognizione del giudice amministrativo come del giudice ordinario<sup>4</sup>. Si pensi, tanto per fare un esempio, alla questione relativa alla cd. 'pregiudiziale di annullamento' per l'esperibilità dell'azione risarcitoria, che, sulla base di un orientamento del Consiglio di Stato<sup>5</sup>, viene sistematicamente negata dai giudici amministrativi in assenza di una tempestiva e preliminare impugnazione del provvedimento lesivo<sup>6</sup>, mentre viene ammessa dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>7</sup>: e non a torto viene ammessa, verrebbe da dire, attesi i diversi confini della cognizione e le diverse finalità del giudizio civile rispetto a quello amministrativo.

Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi con facilità e toccare la questione della competenza a conoscere dell'azione di risarcimento per la lesione di interessi proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza amministrativa di annullamento, su cui è dovuta ancora intervenire la Corte con la dec. 191 del 2006<sup>8</sup> e altre ancora<sup>9</sup>. L'impressione, a dire il vero, è che si stia assistendo, all'interno del sistema dei rapporti tra giurisdizioni ad una riedizione, in forme diverse dal passato, del criterio del *petitum* come vero elemento di discriminazione tra le giurisdizioni: sicché, la giurisdizione finisce con l'incardinarsi in questo o in quell'ordine di giudici a seconda del tipo di provvedimento richiesto nell'atto introduttivo del giudizio<sup>10</sup>.

E allora, di fronte a questa (progressiva) uniformazione dell'oggetto della cognizione dei due ordini di giudici, sembrano sempre meno attuali anche le ragioni che in passato hanno giustificato la permanenza di meccanismi processuali volti a difendere, sul presupposto della loro diversità, la separazione delle giurisdizioni e che, nel contesto attuale,

<sup>3</sup> Può dare conto del disagio diffuso presso i tribunali di merito il fatto che, subito dopo la dec. 204 del 2004, e prima di ogni intervento della Cassazione o della Corte costituzionale, il TAR Toscana abbia in almeno un caso ammesso la riassunzione del giudizio dopo la declinatoria di giurisdizione da parte di un tribunale ordinario. Cfr. TAR Toscana 25 novembre 2004, n. 6051, cit. da Gioia, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 108.

<sup>4</sup> A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 25.

<sup>5</sup> Cons. Stato A.P. 20 gennaio 2003, n. 4; *contra*, e sulla linea delle SS. UU., finora solo Cons. stato, V, 31 maggio 2007, n. 2822.

<sup>6</sup> Cfr., di recente, TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 3710/2006 e TAR Piemonte, Sez. I, 13 novembre 2006, n. 4130.

<sup>7</sup> Cass. S.U. 13 giugno 2006, n. 13659; Cass. S.U. 13 giugno 2006 n. 13660

<sup>8</sup> C. cost. 11 maggio 2006, n. 191 in *Giur. cost.* 2006, p. 1921 ss., con note di S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi 'mediatamente' riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana* (1935 ss.) e G. Greco, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?* (1945 ss.);

<sup>9</sup> Si pensi, ad es., al problema di individuare il giudice competente a conoscere dell'occupazione senza titolo di un bene oggetto di dichiarazione di pubblica utilità. Cfr. sul punto Cons. Stato sez. IV, 26 maggio 2006 n. 3191; Cass. SS.UU. 10 luglio 2006, n. 15615; Cass. SS. UU. 7 febbraio 2007, n. 2688.

<sup>10</sup> Cfr. G. Berti, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.* 2000, p. 1 ss. (9).

sembrano costituire solo un ostacolo al principio della piena realizzazione di diritti e interessi all'interno del processo.

Non è casuale, del resto, che, agli occhi di studiosi del diritto processuale comune, possa sembrare abnorme che, nella situazione venutasi a creare dopo le ultime riforme, manchi nel sistema un organo a cui spetti una funzione di interpretazione di ultima istanza di norme che possono ormai essere interpretate diversamente da diversi ordini di giudici e che, di in ragione di ciò, l'armonizzazione degli orientamenti sia affidato al puro *self-restraint* di questi<sup>11</sup>, tanto da indurre taluni a parlare, con riferimento alla disciplina che ammette il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato 'per i soli motivi inerenti alla giurisdizione', di una situazione che dà luogo ad una materiale violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>12</sup>.

E allora, a fronte di questa carenza che si è venuta a creare nell'organizzazione delle giurisdizioni, non deve nemmeno stupire che, nei fatti, finisca con lo scaricarsi sulla Corte costituzionale il compito di fare ordine, come è avvenuto con la appena citata dec. 191 del 2006 e ancora prima con la dec. 204 del 2004<sup>13</sup>, se non altro perché la situazione appena descritta ha come risultato finale una situazione di incertezza che lede nel profondo il diritto dei soggetti a ricevere una tutela processuale non solo (e non tanto) tempestiva, quanto uniforme.

Insomma, l'impressione è che, per una esigenza obiettiva del sistema, il compito di coordinare le giurisdizioni stia rifluendo ora in capo alla Corte costituzionale, per il solo fatto che la situazione di disordine tra le giurisdizioni venutasi a creare finisce con l'essere lesiva posizioni soggettive e dunque può essere inquadrata come una situazione di conflitto tra i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale e le norme che conseguono dal riparto di giurisdizione: come è stato il caso, appunto, dell'art. 30 della l. 1034 del 1971, qui impugnato.

2. In questa chiave, probabilmente, deve essere letto, al di là del suo significato più evidente, quel passaggio della sentenza in commento in cui si afferma (punto 5 del *Considerato in diritto*) che la pluralità delle giurisdizioni non può 'risolversi in una minore effettività, o addirittura una vanificazione della tutela giurisdizionale'. Che questa constatazione sia posta alla base della decisione in commento e alimenti il discorso della Corte, dà in qualche modo la misura di quanto profondo ormai sia stato l'apporto della costituzione (o meglio di quanti, sulla base di questa, si sono impegnati) nella ridefinizione del sistema di giustizia amministrativa e di quanto questa prospettiva sia ormai diffusa nel modo di guardare alla distinzione tra diritti e interessi.

E infatti, l'idea per cui il sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo dovrebbe essere letto e interpretato innanzi tutto nella prospettiva della tutela dei diritti e degli interessi coinvolti nel giudizio, se pure preconizzata da parte degli studiosi soprattutto dopo l'avvento della Costituzione del '48, aveva sempre scontato in passato la difficoltà di conciliarsi con un sistema di regole processuali ancora ispirato alla logica della separazione tra le giurisdizioni come un valore ordinamentale in sé meritevole di tutela<sup>14</sup>. An-

<sup>11</sup> A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 26.

<sup>12</sup> F. Bile, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione* (relazione al Convegno di Cagliari del 26 settembre 1998 su "La tutela di diritto privato nel nuovo riparto di giurisdizione"), in *Corriere Giur.*, 1998, p. 1475 ss.

<sup>13</sup> Corte cost. 6 luglio 2004, in *Giur. cost.* 2004, p. 2181 ss., con note di F. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* (2209) e S. Lariccia, *Limiti costituzionali alla "discrezionalità" del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa* (2220 ss.);

<sup>14</sup> Per i primissimi spunti del dibattito sull'influsso di principi costituzionali sulla giustizia nell'amministrazione cfr. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, p. 8 ss. ma si veda soprattutto la ricostruzione che dei lavori in Costituente in punto di giurisdizione unica si ritrova in G. Berti, *Commento agli artt. 113 e 103, 1° e 2° co.*, in *Commentario della Costi-*

che dopo l'avvento della costituzione repubblicana, insomma, l'esistenza di un giudice speciale per l'amministrazione doveva e poteva trovare giustificazione, se non nell'assetto storico del sistema di giustizia amministrativa, nella specialità della posizione soggettiva vantata dal privato nel corso del giudizio; e su questa base si è potuto così continuare a legittimare la distinzione tra giudice speciale e giudice amministrativo, sia pure a fronte di una sempre più marcata insoddisfazione nei confronti della diversità di tutela nei confronti del privato che questa distinzione teneva viva. Basta pensare all'impeccabile costruzione del processo amministrativo offerta da Guicciardi, per rendersi conto che l'esigenza di differenziare la giurisdizione amministrativa da quella civile in omaggio alla separazione delle giurisdizioni, spingeva alla costruzione di edifici concettuali che prescindevano completamente dai principi affermati dalla costituzione del '48<sup>15</sup>. E ciò avveniva non tanto per il troppo recente arrivo in scena degli artt. 24 e 113 cost., quanto perché l'amministrazione, e dunque anche il sistema di giustizia che a questa si riallacciava, aveva in sé la forza per imporsi anche sui principi costituzionali, piegandone la lettura in modo da risultare funzionali alla conservazione degli assetti più antichi: una sorta di "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" applicato alla giurisdizione<sup>16</sup>. Il che davvero sembra dimostrare che l'amministrazione è una delle costituzioni dello stato<sup>17</sup>.

Se si ragiona su questo punto, si può del resto capire per quali ragioni anche coloro che, fin dall'inizio, si sono impegnati in una riflessione sulla necessità di far reagire i principi costituzionali sulla organizzazione delle giurisdizioni, si siano limitati a vedere nell'interesse legittimo, come ridefinito dalla costituzione, o un 'diritto soggettivo speciale'<sup>18</sup> o semplicemente un *nomen* attraverso il quale sarebbe stato possibile mantenere, essenzialmente per ragioni storiche, l'accesso ad una giurisdizione diversa da quella comune, fermo restando che "l'esistenza nella costituzione delle due figure" non potrebbe mai significare "cedevolezza della capacità individuale di fronte al potere pubblico"<sup>19</sup>.

La necessità di riconoscere la costituzionalizzazione del riparto di giurisdizione da un lato e, dall'altro, l'idea per cui a legittimare l'organizzazione dello stato dovrebbero essere le posizioni soggettive del privato (e non viceversa), insomma, spingevano a ritenere che l'interesse legittimo avrebbe potuto essere compatibile con la costituzione solo a condizione di una sua profonda e progressiva trasformazione,<sup>20</sup> che non a caso è stata faticosamente, anche se brillantemente, guidata negli anni da parte della dottrina giuridica.

---

*tuzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, p. 92, soprattutto con riferimento alla proposta di giurisdizione unica di Calamandrei.; ma dello stesso, vedi ora *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova 2004, p. 123 ss. Una ricostruzione più recente si trova ora in A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., p.

<sup>15</sup> E. Guicciardi, *Giustizia amministrativa*, Padova 1956.

<sup>16</sup> Secondo la celebre formula apposta, dopo l'avvento della Costituzione di Weimar, da O. Mayer alla terza edizione del suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, II ed. Leipzig, 1924, p. 4. Cfr. altresì, sul punto, E. Forsthoft, *Verwaltungsrecht*, IX ed., Muenchen und Berlin., p. 47 ss.

<sup>17</sup> Cfr., in questo senso, G. Berti, *Diritto e Stato*, p. 191: 'L'amministrazione perciò è anzitutto un fatto costituzionale ... La novità che di fronte a ciò ha rappresentato lo stato di diritto ... è consistita essenzialmente nel sovrapporre al fatto costituzionale dell'amministrazione un fatto costituzionale più largo e sintetico, rispetto al quale, tuttavia, l'amministrazione si è posta come uno dei fattori determinanti'.

<sup>18</sup> G. Berti, *Il 'rapporto amministrativo' nella costruzione giuridica dello Stato*, in Scritti in onore di C. Mortati, vol. II, Milano 1977

<sup>19</sup> G. Berti, *Commento agli artt. 113 e 103, 1° e 2° co.*, cit., p. 113

<sup>20</sup> Cfr., in prospettive non dissimili, U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico* (1984), ora in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996 p. 135 ss.; F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti* (1997), ora in *Scritti giuridici*, Padova 2002, p. 389 ss.

Ora, che questo modo di intendere la separazione tra poteri come un valore in sé, finisce, per la verità, con il tradursi in una minore efficacia del livello di protezione delle posizioni soggettive del privato di fronte all'amministrazione è circostanza che già era stata ampiamente rilevato da parte degli studiosi. Il che è apparso tanto più grave, quanto più chiara si è andata facendo nel tempo la consapevolezza che il principio della separazione tra poteri – da cui in fondo si origina la separazione tra le giurisdizioni - non può finire con il tradursi in un limite per le garanzie del cittadino<sup>21</sup>. Sicché quello del divieto di *translatio iudicii* altro non era se non uno dei molti istituti in cui questo principio di separazione finiva con il realizzarsi nell'ordinamento .

Anche in ragione di ciò, spostando l'obiettivo alla sentenza in commento, è facile rendersi conto che l'omaggio alle forme impresse nel XIX° secolo al sistema dei rapporti tra giurisdizioni aveva sempre impedito che gli effetti della domanda proposta innanzi ad giudice potessero essere fatti valere in un processo incardinato presso un'altra giurisdizione. Se giudici ordinari e giudici amministrativi dovevano essere corpi separati in omaggio ad una tradizione antica, anche la possibilità di raccordare queste due ordini all'interno di una unica vicenda processuale doveva, per coerenza, essere negata, e come tale è stata nei fatti negata nella giurisprudenza, muovendo dal presupposto della radicale diversità delle posizioni soggettive vantate all'interno di ciascun giudizio e dalla radicale diversità dei giudizi destinati a svilupparsi a tutela di quelle posizioni.

Si spiega anche (ma non solo) così, ad es., il fatto che nella disciplina del codice del 1940 la riassunzione del processo fosse ammessa solo in caso di difetto di competenza (art. 50 c.p.c.) e non di giurisdizione e, per contro, che la riassunzione a seguito di regolamento (preventivo) di giurisdizione fosse consentita solo davanti al giudice ordinario (art. 367, 2° co. c.p.c.) e non davanti al giudice amministrativo o ad altri giudici speciali. E si spiega altresì il fatto che l'art. 367, 2° co. c.p.c. non sia stato solo raramente usato per consentire nei fatti una *translatio* dal giudice amministrativo al giudice civile, che pure, forse, sarebbe stata possibile. La separazione delle giurisdizioni, insomma, doveva essere vista come un valore in sé, e dunque anche la pronuncia declinatoria di giurisdizione doveva essere tale da chiudere in via definitiva una vicenda processuale, salva la possibilità di incardinare un altro giudizio avanti un altro giudice. Alla diversità delle giurisdizioni, insomma, doveva corrispondere la diversità delle vicende processuali, senza alcuna possibilità

---

<sup>21</sup> A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., p. 374.

di contatto tra i due giudizi<sup>22</sup>. Unica eccezione a questo regime, come detto, doveva essere la *translatio* prevista 'a senso unico' dall'art. 367, 2° co., c.p.c.

Sicché, il fatto che, sulla scorta di una prassi giurisprudenziale precedentemente instauratasi avanti la giurisdizione amministrativa<sup>23</sup>, il legislatore del 1971 avesse poi previsto nell'art. 30 della l. 1034 la possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione con una norma espressa, più che risolvere, cristallizzava il problema, innanzi tutto per il fatto che la legge sui Tribunali Amministrativi - coerentemente con la logica della separazione - non prevedeva alcun meccanismo di raccordo con altre giurisdizioni.

3. Ora, che l'assetto dei rapporti tra giudizio ordinario e giudizio amministrativo si sia mostrato sempre più privo di una giustificazione razionale può del resto essere dimostrato

---

<sup>22</sup> Sulla vicenda che ha condotto alla attuale disciplina della *translatio* nel Codice del 1940 vedi ora F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione e' translatio iudicii'*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2005, p. 729 ss. (731), in cui si rivisitano e sviluppano le tesi già esposte in F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1977, peraltro fortemente critiche verso il mantenimento del regolamento di giurisdizione nel sistema. Per lungo tempo, infatti, e sulla scorta del Codice del 1865, la scelta di consentire la *translatio* nel caso di accertato difetto di competenza (e non di giurisdizione) contenuta nell'art. 50 c.p.c. è stata accolta come un dato acquisito da parte della dottrina processualistica (cfr. Reudenti, *Diritto processuale civile*, II ed., vol. II, Milano 1957; Attardi, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova 1999; R. Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli 1975, p. 129), verso la quale non si è data contestazione alcuna, almeno fino alla presa di posizione di V. Andrioli (V. Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all E*, in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1965, p. 1622 ss.) secondo il quale, per ragioni di coerenza del sistema, l'art. 367, 2° co. c.p.c. avrebbe dovuto essere letto nel senso di consentire la trasmissione della causa dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa, secondo la stessa logica trasfusa nell'art. 50 c.p.c. (in questo senso, adesivamente, M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1970, p. 763 e, quindi, *Giustizia amministrativa*, II ed., Bologna 1979, p. 204). Ed effettivamente, l'idea per cui la *translatio* dovesse operare solo nel caso di difetto di competenza e non di giurisdizione doveva sembrare a dir poco illogica a chi - come Andrioli - non tenesse in conto il problema della necessaria separazione delle giurisdizioni conseguente alla scelta condotta dal costituente di 'congelare' la situazione creatasi anteriormente alla costituzione del 1948.

L'introduzione, solo pochi anni dopo l'avvio della riflessione, dell'art. 30 della l. 1034 del 1971, peraltro complicava ulteriormente il quadro. Infatti, con quella disposizione si ammetteva la possibilità di chiedere il regolamento di giurisdizione davanti ai T.A.R., ma ci si dimenticava di ricordare la norma al sistema prevedendo la possibilità di riassumere il giudizio avanti al giudice amministrativo in caso di esito favorevole alla giurisdizione amministrativa. Sicché ci si è trovati con un art. 367, 2° co. c.p.c. che, pensato per il regolamento di giurisdizione chiesto nel processo civile, ammette (astrattamente) la riassunzione del giudizio avanti lo stesso giudice civile e una norma, l'art. 30 l. 1034 del 1971, che nulla diceva al proposito. L'esito paradossale era che, qualora la Cassazione avesse ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo la riassunzione sarebbe stata impossibile, mentre qualora fosse ritenuta la giurisdizione del giudice civile, sarebbe stato possibile utilizzare l'art. 367, 2° co. c.p.c. per riassumere il processo davanti a quel giudice.

Ciò nonostante la giurisprudenza ha continuato a ritenere in modo uniforme che la declinatoria di giurisdizione chiudesse definitivamente il processo senza nessuna conservazione di effetti.

Di recente, e dopo la dec. 204 del 2004, in R. Oriani, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in Foro it., 2004, V, p. 9 ss. la questione è tornata di attualità. Per sostenere la tesi della *translatio* dal giudice civile al giudice amministrativo si muove dalla lettera dell'art. 382, 3° co. c.p.c., per poi concludere che, al di fuori dei casi ivi previsti di cassazione senza rinvio per difetto di giurisdizione (i.e. nel caso di difetto di giurisdizione di ogni giudice), 'la Cassazione, nello statuire sulla giurisdizione ... dovrà rinviare al giudice fornito di giurisdizione, davanti al quale la causa deve continuare (p. 14). Nello stesso senso ora G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, II ed., Padova 2000, p. 684; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III ed., vol. II, Milano 2000, p. 434.

dalla crescente insoddisfazione manifestata dagli studiosi nei confronti di questa sistemazione, della quale si lamentava la irragionevolezza, innanzi tutto muovendo dalla equiparazione, condotta in costituzione, tra diritti e interessi e di cui si lamentava la tendenza a chiudere giudizi con pronunce puramente processuali.

Non solo, ma, in aggiunta a quanto si diceva in apertura, va osservato che le trasformazioni del sistema della giustizia amministrativa – e segnatamente la dilatazione che ha avuto negli ultimi anni la giurisdizione esclusiva a seguito del d. lgs. 80/1998 e della l. 205/2000 e di cui si ha un segno tangibile nella dec. 204 del 2004 della Corte - hanno finito negli ultimi anni per rendere quello della *translatio iudicii* non già (e non solo) un problema di astratta aderenza del sistema processuale ai principi costituzionali, ma innanzi tutto un problema pratico per tutti quei (numerossimi) giudizi che, dopo la dec. 204 del 2004, rischiavano di chiudersi con una pronuncia puramente declinatoria. E infatti, se si ragiona sulla circostanza per cui nella dec. 204 – che della sentenza in commento costituisce la premessa - la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale *in parte qua* sia dell'art. 33, co. 1 e 2 del d.lgs. 80/1998 che dell'art. 34, co. 1, come riformati dalla l. 205/2000, è facile vedere come da questa scaturisse una situazione per cui, venuta meno per mano della Corte la giurisdizione per 'blocchi' prevista nel 2000, i processi già avviati davanti al giudice amministrativo sulla base di quella disciplina avrebbero dovuto chiudersi per (sopravvenuto) difetto di giurisdizione.

Il punto, però, è che, declinatasi la giurisdizione da parte del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte, si poneva la necessità – per le parti coinvolte in quei processi - di riavviare il giudizio avanti al giudice ordinario. Il che riusciva, a seconda delle situazioni, o impossibile (ad es. a seguito di decadenza sostanziale: si pensi alle azioni di reintegra o manutenzione del possesso ex artt. 1168 e 1170 c.c.) o estremamente gravoso a seguito della perdita degli effetti processuali derivanti dalla domanda (erroneamente) proposta davanti a un giudice sprovvisto di giurisdizione. Sicché era facile rilevare, subito dopo la dec. 204 del 2004, che 'moltissimi giudizi, che pur erano stati iniziati nel pieno rispetto della legge ordinaria, corrono ora il rischio di concludersi in mero rito, e cioè nel peggiore dei modi'<sup>24</sup>.

Se si riflette su questa vicenda, insomma, si può capire per quali motivi quello della *translatio iudicii* e quello della conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) già prodotti fosse d'un tratto divenuto un problema che induceva a ripensare con urgenza il sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali all'interno dell'ordinamento, al di là delle generiche aspirazioni ad una riforma del sistema processuale orientato ad una più soddisfacente tutela delle posizioni soggettive e al di là dei discorsi sulla effettiva compatibilità con la costituzione del sistema delle giurisdizioni separate.

Anche per queste ragioni – di recente – la Corte di Cassazione (S. U. 22 febbraio 2007, n. 4109) aveva cercato di forzare al massimo i limiti del proprio sindacato, proponendo una interpretazione degli artt. 50 e 382 c.p.c. del tutto nuova rispetto al passato. E infatti, in quella stessa occasione per affermare il principio della *translatio iudicii*, la Cassazione aveva cercato di battere la strada dell'interpretazione conforme a costituzione, muovendo dal presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un esplicito divieto di *translatio* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa. Recependo alcuni spunti già proposti dagli studiosi<sup>25</sup>, la Cassazione, in poche parole, affermava il principio per cui l'art. 382 c.p.c. avrebbe disposto la cassazione senza rinvio nel solo caso di difetto assoluto di giurisdizione, mentre in ogni altro caso la Corte avrebbe dovuto indicare il giudice innanzi al quale riassumere il giudizio, in modo analogo a quanto disposto dall'art. 50 c.p.c. per il

<sup>23</sup> Sul punto vedi già uno dei primissimi scritti di F. Benvenuti, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione* (1950), ora in *Scritti giuridici*, vol. II, p. 1037 ss.

<sup>24</sup> Così F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, cit., p. 731.

<sup>25</sup> V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1960, p. 568 ss.

difetto di competenza. Né questo modo di argomentare avrebbe potuto leggersi come una violazione della lettera della legge; anzi, sosteneva la Cassazione, tale lettura sarebbe stata imposta proprio dalla necessità di garantire la massima effettività ai principi racchiusi nell'art. 24 cost., oltre che dal principio per cui il processo dovrebbe tendere quanto più possibile a produrre una decisione sul merito.

Ora, che questo orientamento della Cassazione dovesse essere valutato favorevolmente – come in effetti è stato<sup>26</sup> – nulla toglie al fatto che in quella decisione si ritrovassero anche alcuni elementi che inducevano anche a pensare ad un mutamento nell'assetto dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale. In quella decisione, infatti, la Cassazione, riteneva di non dover procedere a sollevare questione di legittimità davanti alla Corte, cercando piuttosto di risolvere autonomamente il problema in virtù dei propri poteri interpretativi e cioè – come detto - attraverso lo strumento, di per sé problematico, dell'interpretazione conforme a costituzione<sup>27</sup>; il che non poteva non creare qualche perplessità tanto in ragione dell'arditezza della tecnica interpretativa adottata dalla Cassazione – che nei fatti rimodellava il diritto positivo, affermando di desumere direttamente dalla costituzione una norma contraria al diritto vigente - quanto in ragione dell'indebolimento dei confini tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione della Cassazione implicita in questa soluzione. E ciò perché risulta spontaneo interrogarsi sul ruolo effettivo della Corte costituzionale nel momento in cui la giurisdizione ordinaria avverte il bisogno di (e si sente legittimata ad) 'adattare' direttamente l'ordinamento positivo alla Costituzione, secondo una tecnica di giudizio che sembra più appartenere alla logica di un sindacato 'diffuso' che di un sindacato 'accentrato' di costituzionalità. Il che, di per sé, fa anche capire per quali motivi la Corte costituzionale abbia ritenuto di intervenire con i suoi ben più ampi strumenti per recepire il diritto, per così dire, 'vivente' imposto dalla Cassazione nell'ambito della sua giurisprudenza.

Non solo, ma il caso giunto alla cognizione della Corte costituzionale presentava, per la verità caratteri almeno in parte diverse rispetto alla fattispecie da cui aveva preso le mosse la Cassazione solo qualche mese prima. A rilevare, infatti, in questo caso non era tanto (o solo) il problema della *translatio iudicii* e della riassunzione del giudizio, quanto il problema della conservazione degli effetti sostanziali della domanda, vertendosi qui in una situazione singolare, in cui un privato titolare di concessione per occupazione di suolo pubblico prima adisce il giudice ordinario per una azione di manutenzione e reintegra del possesso nei confronti di una pubblica amministrazione che in quello spazio costruisce un impianto di raccolta dei rifiuti; quindi si vede opporre dal giudice della cautela il difetto di giurisdizione, essendo la materia dei 'servizi pubblici' riservata alla giurisdizione esclusiva dall'art. 34 d. lgs. 80/1998, come modificato dalla l. 205/2000; e quindi, proposto ricorso davanti al TAR, viene ad incappare negli effetti della dec. 204 del 2004, il quale, però, prima di restituire tutto al giudice ordinario, solleva questione di costituzionalità dell'art. 30 l. TAR nella parte in cui non ammette 'l'adozione di ogni altra pronuncia volta ad assicurare la possibilità di riassumere il processo davanti al giudice fornito di giurisdizione'. E' facile accorgersi che a rilevare qui, insomma, non era solo (o tanto) il problema della *translatio*, che di per sé tocca una pluralità di effetti, quanto il problema della conservazione degli effetti delle attività processuali già svolte e la necessità di evitare che il decorso del termine per l'esercizio delle azioni possessorie, dovuto al palleggio delle competenze, potesse poi tradursi in una lesione del diritto alla difesa ex art. 24 cost.

Di fronte ad una ipotesi del genere, insomma, non è difficile capire perché la Corte abbia affermato l'esigenza di una lettura unitaria dei rapporti tra giudice ordinario e speciale, ritenendo del tutto indifferente che il giudizio debba essere riassunto innanzi a questo o a

---

<sup>26</sup> Cfr., ad es., M.A. Sandulli, *I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sulla 'translatio iudicii'*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. Sigismondi, *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la 'translatio iudicii'*, in *Urbanistica e appalti* 2007, p. 826 ss.

<sup>27</sup> Sulla quale cfr. ora, almeno, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano 2006.

quel giudice e sancendo il principio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali già prodotti nel passaggio da un rito all'altro, dal momento che ogni altra soluzione si sarebbe tradotta in una lesione del diritto di difesa ex art. 24 cost.

Che la Corte si sia pronunciata solo sull'art. 30 l. 1034 del 1971, peraltro, nulla toglie al fatto che il suo discorso debba essere inteso come volto ad introdurre un meccanismo unificante tra le giurisdizioni, volto a garantire un canale di comunicazione che porta a leggere come una unica vicenda processuale domande presentate in tempi diversi avanti giudici diversi. E che la Corte non si spinga oltre, del resto, si desume proprio dal fatto che, nella parte finale della sentenza, si invita esplicitamente il legislatore a colmare come meglio ritenga la lacuna venutasi ad aprire nell'ordinamento, essendo lasciata alla discrezionalità di questo non già la scelta di conservare gli effetti già prodotti in un giudizio, quanto la scelta in ordine alla disciplina della riassunzione avanti il giudice amministrativo o civile e soprattutto la scelta 'se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44 c.p.c.) per la competenza' (*Punto 8 del Considerato in diritto*).

Ne viene che la sentenza della Corte, pur enunciando un principio destinato ad operare da subito all'interno dell'ordinamento processuale, è, in qualche misura – e non per colpa della Corte – 'monca', proprio perché postula una integrazione e uno sviluppo, ad es., per quanto riguarda la forma dell'atto, il termine di decadenza, le modalità di notifica, la determinazione delle quali non possono non essere riservate alla discrezionalità del legislatore.

Ciò che importa, però, è che la Corte abbia affermato il principio per cui 'le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, a funzionali alla miglior qualità della decisione di merito' (punto 5 del Considerato in diritto): il che sembra destinato a produrre ulteriori sviluppi nella giurisprudenza successiva.

L'impressione allora è che davvero sembrino confermate le previsioni di quanti, anni addietro, avevano previsto che 'sia pure a lunghissimo termine ... l'unità giurisdizionale vada realizzandosi, sia pure a piccoli passi e per vie insospettate, come effetto non voluto e indubbiamente abnorme della riaffermata, anche nella costituzione, divisione delle situazioni soggettive di tutela e degli ordini dei giudici'<sup>28</sup>. In assenza di un intervento legislativo, insomma, è facile vedere che il sistema, per rispondere ad una esigenza di tutela uniforme delle situazioni soggettive sostanziali, va assestandosi su linee parallele, anche se non identiche, a quelle che gli sarebbero proprie se il principio di unità della giurisdizione fosse positivamente affermato: il che sembra costituire, in fondo, una di quelle 'vie insospettate' e, fino a qualche anno fa insospettabili, attraverso cui l'ordinamento giuridico mantiene una sua coerenza, evolvendosi verso forme nuove.

---

<sup>28</sup> G. Berti, *Commento agli artt. 113 (e 103) cost.*, cit. p. 116.