

Principi generali sulla tutela giurisdizionale

Sommario

1. Concetto e funzione della giustizia amministrativa. - 2. Il sistema della giustizia amministrativa. - 3. Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. - 4. Il rapporto cittadino-pubblica amministrazione: profili storici di tutela. - 5. La riforma del sistema della giustizia amministrativa nella L. 69/2009. - 6. Il D.Lgs. 104/2010, recante il Codice del processo amministrativo. - 7. La disciplina delle questioni di giurisdizione. - 8. Segue: Il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito: la *translatio iudicii* nel Codice del processo amministrativo.

1 Concetto e funzione della giustizia amministrativa

L'espressione **giustizia amministrativa** per la dottrina più moderna (CASSETTA) sta ad indicare un **complesso di istituti** assoggettati a discipline differenti, **di natura tanto processuale che sostanziale, che raccoglie sia rimedi giurisdizionali**, caratterizzati da un peculiare processo, **sia rimedi giustiziali**, di natura amministrativa.

Per **garanzie giustiziali** si intende, quindi, il **complesso degli strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale ordinaria e amministrativa riconosciuto ai soggetti, titolari di interessi protetti, avverso atti e comportamenti contra jus rispettivamente illegittimi e illeciti della P.A.** Essi, per essere operativi, presuppongono un atto propulsivo dell'interessato in base al principio *nemo iudex sine actore*.

Le garanzie giustiziali vanno tenute distinte dalle:

- a) **garanzie politiche**: consistenti nei **controlli parlamentari** sull'attività del potere esecutivo ed ispirati da considerazioni politiche e/o giuridiche di ordine generale e *non finalizzati, pertanto, alla tutela di singole situazioni private*,
- b) **garanzie amministrative**: consistenti nei **controlli amministrativi di ufficio** preventivi e successivi (visti, approvazioni etc.) sugli atti di amministrazione attiva da

parte di organi a cui è attribuita tale funzione ed in manifestazioni di **autotutela amministrativa** (es.: annullamento d'ufficio) da parte degli stessi organi.

Il **sistema di giustizia amministrativa** permette la coesistenza di **tre principi fondamentali** del nostro ordinamento:

1. il **principio della azionabilità in giudizio** di tutte le lesioni di diritti soggettivi ed interessi legittimi (**art. 24, comma 1, Cost.**) anche se derivanti da atti e comportamenti della P.A.;
2. il **principio dell'autonomia del potere giudiziario** (rispetto del principio della **separazione dei poteri**);
3. il **principio di legalità dell'azione amministrativa** la cui conformità alla legge, viene accertata dall'autorità giudiziaria (**art. 101 Cost.**).

Non può trascurarsi, inoltre, il richiamo all'art. 3 della Cost., relativo al *principio di uguaglianza*, da intendersi quale principio di ragionevolezza, sulla cui base l'amministrazione, la legge ed i giudici devono trattare in modo eguale situazioni eguali ed in modo ragionevolmente diverso situazioni diverse.

A questo criterio si riconnettono, implicitamente, molti altri principi essenziali, come quello sancito dall'art. 24 Cost., che, in via generale, riconosce a tutti il potere di agire in giudizio a salvaguardia dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi; il principio della parità delle parti nel processo; quello dell'imparzialità e terzietà del giudice.

In presenza di un atto, provvedimento o comportamento della P.A. ritenuto illegittimo e lesivo per i propri interessi, il privato ha facoltà di agire o attuando una tutela amministrativa, ovvero ricorrendo all'apposita autorità giurisdizionale.

In particolare, la **tutela in sede amministrativa è attuata dalla stessa amministrazione**, attraverso un **procedimento amministrativo** che viene instaurato a seguito di un **ricorso** dell'interessato: la questione è, dunque, risolta nell'ambito della P.A. **senza alcun intervento giurisdizionale**, né del G.O., né del G.A.

2 Il sistema della giustizia amministrativa

In teoria la giustizia amministrativa può essere organizzata secondo quattro sistemi differenti (VIRGA):

a) sistema della giurisdizione unica ordinaria

Questo sistema sottopone l'attività amministrativa al sindacato del G.O., competente, così, per tutti i tipi di controversie. Per evitare arbitrarie interferenze del potere giudiziario sull'attività amministrativa, e, quindi, allo scopo di garantire l'autonomia della P.A., tale sistema prevede le seguenti precauzioni:

1. il ricorso al giudice è ammesso solo in caso di violazione di legge da parte della P.A. e non anche per eccesso di potere;

2. l'amministrazione può essere solo condannata al risarcimento del danno o alla rimozione degli effetti pregiudizievoli, ma i suoi atti non possono essere annullati o sospesi;
3. il ricorso al G.O. è escluso nelle materie di stretta competenza amministrativa.

Tale sistema è attuato in Inghilterra, negli U.S.A., in Norvegia, nella Repubblica Popolare Cinese etc.;

b) sistema della doppia giurisdizione

Questo sistema prevede due ordini di giurisdizione: quella *comune* e quella *amministrativa*.

Alla *giurisdizione comune* sono soggetti i cittadini e la stessa P.A., quando agisce in veste privata, o quando, agendo in veste pubblica, compie atti illeciti; alla *giurisdizione amministrativa*, invece, è demandato l'*annullamento* degli atti illegittimi della P.A. Il criterio discrezionale tra i due tipi di giurisdizione si fonda sulla diversa natura della *causa petendi* e cioè la lesione, rispettivamente, di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. Questo sistema è attualmente adottato in Italia;

c) sistema delle sezioni specializzate

Secondo tale sistema non vi è un organo istituzionalmente competente per la risoluzione delle controversie in cui è interessata una P.A., ma presso ogni grado di giurisdizione ordinaria è istituita una *sezione specializzata* a composizione *mista* (giudici *ordinari*, giudici *amministrativi*, esperti in materia amministrativa), che giudica sulla legittimità degli atti amministrativi. È il sistema adottato in Spagna;

d) sistema della tutela indiretta

Il sistema della tutela indiretta prevede che il cittadino che si ritenga leso dalla P.A. agisca indirettamente contro di essa citando in giudizio il *funzionario* che ha posto in essere l'atto. Il giudice, oltre che condannare al risarcimento, può anche annullare o sospendere l'atto. Questo è il sistema previsto nei paesi dell'America latina.

Attualmente la giustizia amministrativa in Italia è organizzata secondo il sistema della **doppia giurisdizione**, in base al quale:

- l'**autorità giudiziaria ordinaria** (A.G.O.) (Tribunali - Corti d'Appello) è competente a decidere delle violazioni di **diritti soggettivi**, con il potere di *disapplicare* l'atto amministrativo che risulti illegittimo, e di *dichiararne* la illegittimità;
- l'**autorità giudiziaria amministrativa** (A.G.A.) (T.A.R. e Consiglio di Stato) è competente a giudicare delle violazioni degli **interessi legittimi** (salvo alcuni casi eccezionali di c.d. *giurisdizione esclusiva*, in cui giudica anche per violazioni di diritti) e ad *annullare* gli atti amministrativi illegittimi (*giurisdizione di legittimità*), nonché, in alcuni casi tassativi (di *giurisdizione di merito*), anche a sostituirli con altri atti o a riformarli in parte sostituendosi, in tal caso, alla P.A.;
- i **conflitti di giurisdizione tra A.G.O. e A.G.A.** sono attribuiti alle *Sezioni unite della Corte di Cassazione*.

3 Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

Il sistema della doppia giurisdizione, detto anche «**doppio binario**», comporta che:

- il **giudice ordinario** ha giurisdizione in materia di **diritti soggettivi**;
- il **giudice amministrativo** è deputato della tutela degli **interessi legittimi**.

La coesistenza di due diversi ordini di giurisdizioni aventi una propria e differenziata competenza ha posto notevoli problemi in dottrina e in giurisprudenza in ordine all'**identificazione dei criteri** idonei ad operare il necessario **riparto**.

Dottrina

La dottrina ha ritenuto di poter affermare l'esistenza di una «doppia tutela» per il privato leso da un atto o comportamento dell'amministrazione e consistente nella possibilità di adire, per lo stesso episodio di vita, l'uno o l'altro ordine di giurisdizione (NIGRO).

Al riguardo furono elaborate le seguenti teorie:

- a) teoria che distingue tra attività di gestione o d'imperio. Nel primo caso, venendo in rilievo rapporti di tipo paritetico, le controversie, eventualmente sorte, non possono che investire diritti soggettivi, come tali riservati alla giurisdizione del G.O. Nella seconda ipotesi occorre invece distinguere tra attività discrezionale idonea a degradare il diritto ad interesse, che come tale rientra nella giurisdizione del G.A., ed attività vincolata, dalla quale nascono solamente diritti soggettivi comportanti la giurisdizione del G.O. Entrambi i criteri sono stati criticati da dottrina e giurisprudenza in quanto, riguardo al primo, ai sensi dell'art. 2 della L.A.C., la giurisdizione del G.O. sussiste per tutti i diritti soggettivi e non solo per quelli inerenti a rapporti di diritto privato; riguardo al secondo, la dottrina più recente ne ammette la validità solo quando le norme regolative del potere siano poste nell'interesse del privato, mentre nel caso in cui rilevi un interesse della P.A., l'amministrato non può che vantare un mero interesse legittimo-;
- b) teoria del *petitum*, in base alla quale il riparto delle giurisdizioni va attuato, a prescindere dalla consistenza della posizione soggettiva dedotta, secondo la natura del provvedimento richiesto dall'interessato, cosicché la richiesta di eliminazione dell'atto amministrativo fonda la giurisdizione del G.A., mentre la richiesta di condanna della P.A. al risarcimento del danno (c.d. doppia tutela) comporta la giurisdizione del G.O.;
- c) teoria della causa *petendi* o *petitum* sostanziale, secondo cui, a prescindere dalla natura del provvedimento richiesto, il criterio differenziatore si basa sulla natura della posizione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo);
- d) teoria della norma violata, per la quale il riparto è operato sulla base delle norme che si ritengono violate. Secondo tale teoria, sostenuta da GUICCIARDI, detto criterio di riparto poggia sulla differenza intercorrente tra norme di azione (intese quali norme che regolano l'esercizio dei poteri della P.A. imponendole un determi-

nato comportamento nell'interesse pubblico) e norme di relazione (che regolano i rapporti tra cittadini e P.A., attribuendo diritti ed obblighi reciproci). Orbene, la violazione di una norma di azione, posta a tutela di un interesse collettivo, comporta la vulnerazione di un interesse legittimo del soggetto che abbia titolo per invocarne il rispetto. Per converso, la mancata uniformazione della P.A. ad una norma di relazione determina la lesione di un diritto soggettivo del cittadino.

Tale teoria è stata criticata da parte di quanti hanno osservato anzitutto che il criterio proposto sposta solo, senza risolverlo, i termini del problema in quanto, una volta affermato che il diritto soggettivo e l'interesse legittimo corrispondono rispettivamente a norme di relazione o di azione, rimane il problema irrisolto di stabilire in pratica, di volta in volta, quando una norma sia di azione o di relazione; ed inoltre le norme di azione sono anch'esse «relazionali», in quanto «considerano» anche gli interessi dei privati, mentre le norme di relazione sono anch'esse di azione, in quanto vincolano la condotta della P.A. (NIGRO);

- e) teoria della prospettazione, che opera la differenziazione in base alla prospettazione della posizione giuridica operata dall'attore. Giudice competente sarà il G.O. o il G.A., a seconda che il cittadino ritenga di essere stato leso in un diritto soggettivo o in un interesse legittimo.

La **giurisprudenza**, dopo varie oscillazioni, ha ritenuto di adottare quale criterio primario quello della **causa petendi**. Ciò, tuttavia, non ha risolto il problema dell'individuazione delle ipotesi in cui il privato possa lamentare la lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

La Cassazione, con sentenza del 4-7-1949, n. 1657, ha posto con chiarezza il criterio discretivo fra i due ordini di giurisdizioni, osservando che: *«tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione è del G.A., mentre si ha questione di diritto soggettivo e giurisdizione del G.O. quando si contesta la stessa esistenza del potere»*. In tal modo si è posto il collegamento seguente: **cattivo uso del potere-interesse legittimo, carenza di potere-diritto soggettivo**.

La soluzione accolta dalla Cassazione si spiega in quanto si è concordi nel ritenere che il provvedimento amministrativo, per quanto illegittimo (ossia adottato con cattivo uso di potere), è pur sempre efficace, ossia dotato di autoritatività ed esecutività, comportando, laddove incida su di un diritto soggettivo, la *degradazione* del diritto ad interesse legittimo, con conseguente competenza del G.A. (cd. *diritti suscettibili di affievolimento*).

Il tradizionale **riparto di giurisdizione per posizioni soggettive**, però, viene meno laddove il legislatore disponga il cd. **riparto per blocchi di materie**, ovverosia qualora attribuisca alla giurisdizione esclusiva di un'autorità giurisdizionale, sia essa ordinaria o amministrativa, una determinata tipologia di materie. In tale ipotesi, la possibilità, per il giudice adito, di conoscere — escludendo la competenza di ogni altro giudice — sia questioni inerenti diritti soggettivi che interessi legittimi implica *ex se* l'irrilevanza della situazione giuridica soggettiva sottesa che si vuole tutelare con l'azione.

4 Il rapporto cittadino – pubblica amministrazione: profili storici di tutela

A) Generalità

La pubblica amministrazione, come noto, è quel particolare soggetto giuridico che interagisce nei confronti dei privati sia attuando un potere amministrativo, quindi come autorità pubblica, sia agendo come una qualsiasi persona giuridica, cioè come un'organizzazione che, al pari di un qualunque soggetto privato può procurare, a mezzo dei suoi agenti, danni a coloro con i quali viene a relazionarsi. In entrambi i casi, quand'anche interessata sia una P.A., al privato deve essere accordata una tutela non dissimile da quella riconosciutagli nei rapporti intercorrenti con altri soggetti privati.

All'attuale sistema di **giustizia amministrativa** si è pervenuti all'esito di un lungo processo evolutivo incentrato proprio sulla problematica relativa alla tutela del cittadino nei confronti della P.A.

B) Il periodo post-unitario: la legge abolitrice del contenzioso amministrativo

L'esperienza giuridica preunitaria, anche sulla scorta del principio della separazione dei poteri, era attestata su un sistema di tutela del cittadino nei confronti della P.A. detto del **contenzioso amministrativo**, in base al quale le controversie nelle quali era coinvolta una pubblica amministrazione erano devolute ai **Tribunali del contenzioso amministrativo**. Con la **L. 20-3-1865, n. 2248**, di unificazione amministrativa (L.A.C. - Legge Abolitrice del Contenzioso) si operò una scelta di rottura rispetto al passato. L'art. 1 dell'All. E della detta normativa disponeva l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo, investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, e, parallelamente, il successivo art. 2 devolveva alla **giurisdizione ordinaria** la cognizione di «tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa».

La riforma del 1865, per quanto coraggiosa, delineava un sistema di tutela del privato che era monco di una parte fondamentale. Ed invero, «gli affari non compresi nell'art. 2» rimanevano privi di una tutela giurisdizionale e le relative controversie erano affidate, dal successivo art. 3, alle autorità amministrative. A questa si aggiungeva la possibilità di esperire ricorso straordinario al Re, deciso su parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'All. D della medesima normativa.

In definitiva, la portata della riforma in questione era circoscritta e delineava un sistema di tutela del cittadino nei confronti della P.A. caratterizzato da disomogeneità.

C) Le leggi Crispi del 1889 e la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato

Per far fronte a simili problematiche di matrice prettamente giurisdizionale, fu approvata la **L. 31-3-1889, n. 5992**, la quale, nel riorganizzare il Consiglio di Stato, istituì, in aggiunta alle tre Sezioni preesistenti, la Quarta Sezione, deputata specificamente alla «giustizia amministrativa». In seguito, con la **L. 7-3-1907, n. 62**, fu sancita definitivamente **la natura giurisdizionale** della IV Sezione e fu istituita la V Sezione del Consiglio di Stato, alla quale venne attribuita una giurisdizione di merito, contrapposta a quella di legittimità spettante alla IV Sezione.

D) Il sistema di giustizia amministrativa nella L. 1034/1971

L'intero sistema di giustizia amministrativa ha subito un ulteriore rilevante sviluppo con due normative di notevole importanza: con il **D.P.R. 24-11-1971, n. 1199**, il legislatore ha dettato una disciplina organica dei ricorsi amministrativi, mentre con la **L. 6-12-1971, n. 1034** (cd. **Legge T.A.R.**) fu riorganizzato il sistema giurisdizionale amministrativo italiano. In particolare furono istituiti i **tribunali amministrativi regionali**, organi locali di giustizia amministrativa su circoscrizione regionale, che svolgono la funzione giurisdizionale di primo grado, e fu attribuita alle Sezioni IV, V e VI del Consiglio di Stato la giurisdizione amministrativa di secondo grado.

In particolare, quanto ai T.A.R., essi sono *venti*, uno per ogni Regione, con sede nel capoluogo regionale, oltre le sezioni staccate istituite presso alcune Regioni.

Tra le tante novità introdotte dalla L. 1034/1971 vi è innanzitutto quella di aver attribuito ai T.A.R. la stessa giurisdizione spettante al Consiglio di Stato proprio al fine di voler creare un sistema basato sul **doppio grado di giurisdizione**.

La legge *de qua* ha poi dettato una disciplina processuale impostando il processo amministrativo come processo di annullamento dell'atto, con la possibilità di chiedere la sospensione dell'efficacia dello stesso, in presenza di determinati presupposti, nelle more della definizione nel merito della controversia (**misura cautelare tipica**).

E) La prima riforma del processo amministrativo

Tra le riforme successive, che hanno inciso sul sistema di giustizia amministrativa, senza dubbio la più importante è data dalla **L. 21 luglio 2000, n. 205**, che, nell'ottica di «svecchiare» il processo amministrativo, è intervenuta a modificare molte delle disposizioni di cui alla L. 1034/1971.

Questa riforma, però, è stata un'occasione mancata per il legislatore che avrebbe potuto, invece, procedere nel senso di dare omogeneità e coerenza al sistema processuale amministrativo, uniformando la disciplina applicabile nei processi innanzi al giudice amministrativo.

In particolare, tra le più importanti novità introdotte dalla L. 205/2000, si ricordano: la modifica dell'istituto dei *motivi aggiunti*, l'introduzione delle *misure cautelari atipiche* e la possibilità di definire il giudizio con una *sentenza in forma semplificata* che può essere adottata solo in presenza di determinati presupposti legislativamente individuati.

5 La riforma del sistema della giustizia amministrativa nella L. 69/2009

Come evincibile dal delineato *excursus* storico, il problema della tutela del cittadino in caso di controversie insorte con la pubblica amministrazione ha risentito, in particolare sul piano delle garanzie processuali, della frammentarietà della disciplina applicabile, nonché della evoluzione del rapporto P.A.-cittadino, che da autoritativo è divenuto collaborativo e paritario. Nell'ottica di procedere ad una riscrittura organica del sistema di giustizia amministrativa il legislatore ha introdotto nella **L. 69/2009**, recante «**Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile**», un'apposita previsione finalizzata al **riassetto della disciplina del processo amministrativo**. In particolare, l'**art. 44** della citata normativa conferisce al Governo apposita **delega**, da attuarsi mediante specifici decreti legislativi, «per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele».

Come ogni legge recante una delega, anche con la L. 69/2009, il legislatore ha indicato specifici **principi** e **criteri direttivi**, oltre a quelli indicati dall'art. 20, comma 3, della L. 59/1997, volti a disciplinare le caratteristiche del nuovo processo amministrativo, tra cui, in particolare, si segnalano:

- snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo e la piena garanzia del contraddittorio;
- razionalizzazione dei termini processuali;
- riordino delle norme vigenti in materia di riparto di giurisdizione;
- disciplina delle azioni e delle funzioni del giudice;
- revisione e razionalizzazione dei riti speciali;
- riassetto del contenzioso elettorale amministrativo;
- riordino della tutela cautelare, anche attraverso la generalizzazione di quella *ante cusam*;
- riordino del sistema delle impugnazioni.

Va, inoltre, evidenziata la previsione di una nuova ipotesi di **giurisdizione esclusiva** del G.A. per le controversie sorte in relazione ad atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Tra le altre importanti novità in materia processuale, si segnalano:

- l'applicazione ai giudizi amministrativi e contabili dell'art. 291 c.p.c., che disciplina l'ipotesi della rinotifica dell'atto introduttivo del giudizio qualora, stante la contumacia del convenuto, il giudice ravvisi una causa di nullità della precedente notificazione dello stesso (art. 46);
- la disciplina della *translatio iudicii* (art. 59 L. 69/2009), relativamente all'ipotesi in cui un giudice di merito dichiara il proprio difetto di giurisdizione;
- la perenzione dei giudizi ultraquinquennali (art. 57 L. 69/2009);
- la notificazione di atti amministrativi, civili e stragiudiziali da parte dell'Avvocatura dello Stato (art. 55 L. 69/2009);
- le disposizioni inerenti la Corte dei conti (art. 42 L. 69/2009).

Se le novità maggiori riguardano il processo amministrativo, il legislatore ha, però, apportato una importante modifica anche con riferimento ai **rimedi giustiziali**, di natura amministrativa. In particolare, l'**art. 69 della L. 69/2009** ha interessato il **ricorso straordinario al Presidente della Repubblica**, modificando l'art. 13 del D.P.R. 24-11-1971, n. 1199, relativo al rilascio del parere, da parte del Consiglio di Stato, sul ricorso medesimo.

La modifica del 2009 disciplina l'ipotesi in cui l'organo del Consiglio di Stato al quale è assegnato il ricorso ritenga che lo stesso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata: in tale ipotesi, esso sospende l'espressione del parere, ordina la rimessione degli atti alla Corte costituzionale e la notifica del provvedimento ai soggetti interessati.

Inoltre, il legislatore ha modificato anche l'**art. 14 del D.P.R. 1199/1971**, prevedendo che il ricorso deve essere deciso con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente, *conforme* (necessariamente) al **parere** del Consiglio di Stato.

6 Il D.Lgs. 104/2010, recante il Codice del processo amministrativo

A) Profili generali

In attuazione della legge delega n. 69/2009, è stato emanato il D.Lgs. 2-7-2010, n.104, recante il **Codice del processo amministrativo**, in vigore dal **16 settembre 2010**, che a buon diritto intende collocarsi a fianco dei quattro codici fondamentali dell'ordinamento italiano (civile, penale, di procedura civile e di procedura penale)».

Da un punto di vista strutturale, il D.Lgs. 104/2010 contiene le norme di approvazione del Codice e quattro Allegati: il primo di essi reca propriamente il Codice del processo amministrativo, il secondo le norme di attuazione, il terzo le norme transitorie ed, infine, il quarto le norme di coordinamento e le abrogazioni.

Il primo Allegato consta di cinque libri, recanti, rispettivamente, le disposizioni di carattere generale, la disciplina del processo di primo grado, la disciplina delle impugnazioni, la disciplina dell'ottemperanza e dei riti speciali, le disposizioni finali.

B) La ratio

La codificazione, da un **punto di vista formale**, nasce da esigenze di semplificazione normativa e, dunque, di unificazione, chiarificazione e coordinamento delle norme processuali, fino a questo momento sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra di loro. Da un **punto di vista sostanziale**, il Codice si è reso necessario a seguito della evoluzione sia normativa sia della giurisprudenza costituzionale, indirizzata ad un riconoscimento al giudice amministrativo degli stessi strumenti di tutela di cui dispone il giudice ordinario. E ciò con particolare riferimento all'interesse legittimo, il cui mutamento sostanziale, anche a seguito del riconoscimento della sua risarcibilità, esige strumenti di tutela non dissimili da quelli previsti per i diritti soggettivi.

Per una scelta di coerenza sistematica, il Codice contiene numerosi rinvii al codice di procedura civile, facendo, dunque, proprie le sue regole che sono espressione di principi generali.

C) Le principali linee evolutive del processo amministrativo

Tra le **linee di fondo** che caratterizzano il nuovo Codice si segnalano:

- a) la puntuale **definizione della giurisdizione del giudice amministrativo**, a cui sono devolute tutte le controversie aventi ad oggetto interessi legittimi e, nelle materie indicate dalle leggi, diritti soggettivi, concernenti l'esercizio, o il mancato esercizio, del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere e posti in essere da pubbliche amministrazioni. Viene, altresì, ribadita l'articolazione della suddetta giurisdizione in generale di legittimità, esclusiva e di merito, definendone, per ciascuna, gli ambiti;
- b) la specificazione delle azioni esperibili innanzi al G.A., che segue il sistema delle **tradizionali azioni di cognizione** (costitutive, di accertamento e di condanna).

In particolare, per l'**azione di annullamento** viene specificata la proponibilità nel termine di 60 giorni, vengono ribaditi i tradizionali vizi del provvedimento amministrativo che ne inficiano la legittimità; quanto all'**azione di condanna**, nel Codice è prevista la

possibilità di applicarla «quando risulti necessaria, dopo l'annullamento, una tutela in forma specifica del ricorrente mediante la modificazione della realtà materiale (condanna ad un *facere*) o sia rimasta inadempita un'obbligazione di pagamento o debba comunque provvedersi mediante l'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva» (così la Relazione illustrativa al Codice); quanto alle ipotesi in cui il giudice amministrativo può adottare una **pronuncia di accertamento**, si segnala la disciplina dell'*azione avverso il silenzio della P.A.*, che il soggetto interessato può esperire in caso di inattività dell'amministrazione una volta decorsi i termini di conclusione del procedimento: egli agisce al fine di ottenere una **pronuncia di accertamento** (e relativa declaratoria con sentenza) **dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere**; nonché la disciplina della *domanda volta ad ottenere l'accertamento delle nullità previste dalla legge*, che si propone entro il termine di decadenza di 180 giorni;

- c) la compiuta disciplina dell'**azione risarcitoria**, quale manifestazione dell'azione di condanna, esperibile contro la P.A. per danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa (quindi, a tutela di interessi legittimi) nonché, nei casi di giurisdizione esclusiva, per danni da lesione di diritti soggettivi. Nel Codice, inoltre, viene affrontata, e superata, la questione della **pregiudiziale amministrativa**, ossia della necessità o meno di impugnare e di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante dall'atto impugnato, prevedendo **la possibilità che l'azione di condanna, e, quindi, di risarcimento, possa essere esercitata anche autonomamente**;
- d) l'allineamento agli strumenti del processo civile del bagaglio di **mezzi di prova** utilizzabili nel processo amministrativo;
- e) il recepimento della disciplina della **translatio iudicii** relativamente al processo amministrativo, assicurando pienamente la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda rispetto al momento in cui essa è stata proposta, anche se erroneamente introdotta dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione;
- f) l'allineamento dei **mezzi di impugnazione** a quelli previsti dal codice di procedura civile. Viene, altresì, prevista una disciplina positiva del rimedio dell'**opposizione di terzo** nel processo amministrativo, a tutela sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi, con la legittimazione all'impugnazione da parte di un terzo titolare di una posizione autonoma ed incompatibile;
- g) l'introduzione di un'articolata ed armonica disciplina relativa al **procedimento cautelare**, per la prima volta completa.

Il Codice contiene, infatti, alcune disposizioni che regolano: le **misure cautelari collegiali**, ossia quelle richieste per evitare un danno grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione nel merito del ricorso; le **misure cautelari monocratiche**, cioè quelle misure provvisorie che possono essere richieste al Presidente del Tribunale in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio; le **misure cautela-**

ri anteriori alla causa (cd. *ante causam*), che, attualmente ammesse nel rito processuale in materia di appalti, consente al soggetto interessato, in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tali da non consentire la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie, di presentare istanza per l'adozione delle **misure interinali e provvisorie** che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare;

b) il definitivo acclaramento della **natura giurisdizionale** del **Consiglio di Stato**, quale organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa.

7 La disciplina delle questioni di giurisdizione

A) Il difetto di giurisdizione

L'**art. 9 del Codice del processo amministrativo** disciplina le ipotesi in cui nel corso del giudizio sorga un problema relativo alla giurisdizione. Ebbene, mentre nel **giudizio di primo grado** il difetto di giurisdizione è rilevato anche d'ufficio, limiti alla sua rilevanza vengono posti, nella formulazione codicistica, nei **giudizi d'impugnazione**. In tal caso, infatti, il difetto di giurisdizione è rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che in modo implicito o esplicito abbia statuito sulla giurisdizione. Con tale innovativa statuizione, il legislatore, in applicazione dei principi della legge delega n. 69/2009 ed in coerenza con i principi del giusto processo, ha recepito l'orientamento della Corte di Cassazione sul cd. *giudicato implicito sulla giurisdizione*.

Ed infatti, con **sentenza n. 24883/2008**, le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, interpretando restrittivamente l'art. 37 c.p.c., avevano affermato che la questione di giurisdizione non è più sollevabile dalle parti o d'ufficio se nei gradi precedenti del giudizio non era stato posto il problema in maniera esplicita; ciò in quanto verrebbe a formarsi un giudicato interno sulla questione di giurisdizione, anche in ragione dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

B) Il regolamento preventivo di giurisdizione

Altra possibilità riconosciuta alle parti del giudizio, qualora sorga una contestazione in ordine alla giurisdizione del giudice adito, è data dalla possibilità di ricorrere all'istituto del **regolamento preventivo di giurisdizione** di cui all'**art. 41 c.p.c.**, applicabile al processo amministrativo in virtù di un espresso richiamo alla detta disposizione, contenuto nell'**art. 10 del Codice**.

In forza di tale rimando, nei giudizi innanzi ai tribunali amministrativi regionali è possibile chiedere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di risolvere, con efficacia vincolante per tutti gli altri giudici, le questioni di giurisdizione, ossia di verificare, nel caso concreto, la sussistenza della giurisdizione e di individuare l'autorità giudiziaria deputata a pronunciarsi. La **ratio** del regolamento preventivo di giurisdizione è quella di conseguire rapidamente, *per saltum*, una **definitiva pronuncia sulla giurisdizione** da parte dell'organo che, istituzionalmente, si occupa di regolare tali questioni, ossia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (DE NICTOLIS).

L'art. 41 c.p.c. distingue **due ipotesi**, a seconda che la P.A. sia o meno parte in causa:

- *se la P.A. è parte in causa*, come qualsiasi altro soggetto, può presentare istanza alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, affinché risolvano la questione di giurisdizione;
- *se la P.A. non è parte in causa*, ma *soltanto interessata* ad un giudizio che si svolge tra altri soggetti, allora essa può chiedere alle Sezioni Unite della Cassazione, in ogni stato e grado di giudizio, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato, che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del G.O., essendo il sindacato rimesso ai poteri dell'autorità amministrativa.

In forza dell'ulteriore rinvio all'art. 367, comma 1, c.p.c., di cui all'art. 10 del Codice del processo, il regolamento preventivo di giurisdizione (che va proposto con *ricorso*, sottoscritto da un avvocato iscritto nell'albo delle giurisdizioni superiori munito di procura speciale a tal fine) produce l'effetto di **sospendere il giudizio**, se l'istanza non viene ritenuta manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata.

8 Segue: Il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito: la *translatio iudicii* nel Codice del processo amministrativo

A) L'incomunicabilità tra giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi

Come si è visto, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo accolto nel nostro ordinamento è fondato su di un **sistema dualistico di giurisdizione**, correlato alle diverse posizioni giuridiche soggettive che, di volta in volta, devono essere tutelate: in linea di massima, infatti, può affermarsi che mentre la sede naturale per la tutela dei diritti soggettivi è il giudizio innanzi al giudice ordinario, è il giudice amministrativo che deve garantire la difesa degli interessi legittimi.

Tale sistema, come già accennato, viene meno quando il legislatore disponga il cd. *riparto per blocchi di materie*, ovverossia qualora assegni alla giurisdizione esclusiva di un'autorità giurisdizionale, sia essa ordinaria o amministrativa, la cognizione di una determinata tipologia di materie: la possibilità, per il giudice adito, di conoscere — escludendo la competenza di ogni altro giudice — sia questioni inerenti diritti soggettivi che interessi legittimi elimina, in radice, qualsivoglia forma di rilevanza della situazione giuridica soggettiva sottesa, che si vuole tutelare con l'azione.

Tale sistema può implicare, quindi, non poche problematiche di carattere pratico, che si ripercuotono concretamente sul diritto di difesa del soggetto interessato da un'attività dell'amministrazione, legate all'**individuazione del giudice da investire di una determinata controversia**, anche e soprattutto per il ricorso sempre più diffuso, da parte del legislatore, alle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Non pochi problemi si creano, in particolare, nel caso in cui erroneamente venga instaurato un giudizio innanzi al giudice amministrativo, in luogo del giudice ordinario, che, invece, sarebbe competente a decidere la questione specifica. In tale ipotesi si è in presenza di un **difetto di giurisdizione** del giudice amministrativo adito.

Nel regime vigente *ante* L. 69/2009 e Codice del processo amministrativo, in presenza di una sentenza con la quale il giudice adito dichiarava il proprio difetto di giurisdizione, il privato poteva solo instaurare un nuovo giudizio innanzi all'autorità giurisdizionale effettivamente competente: tale *modus operandi*, però, metteva in evidenza la più grande disfunzione del nostro ordinamento, ovvero quella della cd. **incomunicabilità tra giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi**.

Ed invero, ai sensi degli artt. 50 e 367 c.p.c. e con l'estensione della possibilità di proporre istanza di regolamento di giurisdizione anche nel processo amministrativo (art. 30 L. T.A.R., oggi abrogato dal D.Lgs. 104/2010), nel nostro ordinamento è stata ritenuta possibile la **translatio iudicii** — intendendosi, con tale espressione, l'ipotesi in cui, in presenza di una sentenza con la quale un giudice declini la propria giurisdizione ed affermi la sussistenza di quella di altro giudice, il giudizio prosegua innanzi a quest'ultimo, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali collegati alla domanda originariamente proposta — unicamente nei casi in cui sia presupposta una unicità della giurisdizione, ovvero quando venga riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario.

Alcun margine di operatività era formalmente consentito nell'ipotesi inversa, cioè in presenza di una declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore di un giudice speciale (amministrativo, tributario).

B) Gli interventi della giurisprudenza e del legislatore

Su tale questione sono intervenuti dapprima i giudici della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale — che, con due importantissime pronunce, hanno aperto la strada all'ammissione nel nostro ordinamento, in ipotesi di pronuncia sulla giurisdizione, del principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario a quello speciale e viceversa, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali scaturenti dalla domanda originariamente proposta — e, successivamente, il legislatore, prima con l'**art. 59 della L. 69/2009** e, successivamente, con l'**art. 11 del Codice del processo, rubricato «Decisione sulle questioni di giurisdizioni»**.

Le **Sezioni Unite della Cassazione**, con **sentenza del 22 febbraio 2007 n. 4109**, ammesso il principio della *translatio* sia nel caso di ricorso ordinario ex art. 360, n. 1, c.p.c. nonché nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile innanzi al giudice ordinario, ovvero innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario, hanno ritenuto sussistente l'operatività dello stesso finanche in presenza di una semplice sentenza del giudice di merito declinatoria della giurisdizione.

Anche i giudici della **Consulta**, come quelli della Suprema Corte, hanno manifestato il proprio *favor* nei confronti della trasmigrabilità del processo erroneamente instaurato presso un giudice sfornito di giurisdizione verso altro giudice in grado di pronunciarsi sulla controversia, ma, a differenza della Cassazione, hanno incentrato essenzialmente la problematica sulla *salvezza degli effetti sostanziali e processuali della originaria domanda*, essendo questo l'oggetto dell'ordinanza di rimessione.

Con la **sentenza n. 77 del 12-3-2007**, infatti, i giudici della Corte costituzionale, partendo dal presupposto della unitarietà della funzione giurisdizionale, a prescindere dalla situazione soggettiva fatta valere, hanno affermato che deve essere espunto dall'ordinamento il principio — tra l'altro, non formulato espressamente in alcuna disposizione di legge, ma presupposto dall'intero sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali e tra i giudici speciali — per cui la declinatoria della giurisdizione comporta l'esigenza di instaurare *ex novo* il giudizio, senza che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio. In tale ottica è stata, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della L. 1034/1971, nella parte in cui non prevedeva la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito della stessa.

Pertanto, con le sentenze nn. 77 e 4109 del 2007, i giudici hanno affermato l'**operatività della cd. *translatio iudicii***, non solo all'interno del medesimo ordine giurisdizionale, ma anche nel rapporto tra diversi ordini giurisdizionali, ogni qual volta vi sia una pronuncia concernente la giurisdizione.

In tale contesto si inserisce il citato **art. 59 della L. 69/2009**, che, riprendendo quanto affermato in sede giurisdizionale, è intervenuto a disciplinare la materia.

Il legislatore, con il citato articolo, ha inteso disciplinare l'ipotesi in cui un giudice, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di

giudici speciali, dichiarare il proprio difetto di giurisdizione: in tale evenienza, di carattere generale, il giudice *de quo* deve indicare altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione e rimettere le parti innanzi ad esso.

La disciplina della *translatio iudicii*, così come contenuta nell'art. 59, è stata, da ultimo, recepita e completata dall'art. 11 del Codice. Benvero, in forza del comma 2 del suddetto articolo, laddove la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice o viceversa, la domanda giudiziaria, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, «conserva i suoi effetti sostanziali e processuali se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato». Quando il giudizio, poi, è riproposto innanzi al giudice amministrativo, questi può sollevare il conflitto di giurisdizione, anche d'ufficio, alla prima udienza.

Il comma 4 dell'art. 11 prende in considerazione l'ipotesi in cui in una controversia introdotta davanti ad un altro giudice, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo. Anche in tal caso, «ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle Sezioni Unite».

Può accadere, inoltre, che l'errata individuazione del giudice adito si accompagni all'errata individuazione della situazione giuridica tutelata e, quindi sui termini per esercitare l'azione. In tal caso, il comma 5 dell'articolo in esame prevede la possibilità, per il giudice, nel giudizio riproposto, di concedere la rimessione in termini per errore scusabile rispetto alle preclusioni e alle decadenze intervenute.

Relativamente alle misure cautelari, queste perdono efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti, però, possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione (comma 7).

Infine, se il giudizio viene riproposto innanzi al giudice amministrativo, le prove raccolte innanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.