

Riv. n. 11/2025
Pubblicato il 14/11/2025
Codice ISSN: 1972-3431

Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato

di

Marco Mazzamuto*

“Quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi”

“Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura”

Santi Romano (Trattato Orlando, III, 1901, 1256 e 722, nota)

Sommario: 1. La giurisdizione nel codice del processo amministrativo. 2. La relatività dei criteri di riparto. 3. Le tare originarie del sistema italiano. 3.1. Due giudici del diritto pubblico. 3.2. La competenza delle Sezioni Unite in materia di conflitti. 4. Le recenti intemperie espansionistiche della Cassazione ed il risorgere dei fantasmi del passato. 5. Il riparto di giurisdizione. 5.1. L'atto vincolato. 5.2. La giurisdizione esclusiva. Contratti e concessioni. 5.3. Responsabilità da comportamento. 6. L'eccesso di potere giurisdizionale. 7. Profili processualistici della questione di giurisdizione. 7.1. Il ginepraio della *translatio iudicii*. 8. Prospettive *de iure condendo* o *de iure condito*. Il giudice del conflitto di poteri è la Corte costituzionale e non la Cassazione.

* Relazione al Convegno *Il processo amministrativo a quindici anni dal suo codice*, Bari 14-15 novembre 2025.

1. La giurisdizione nel codice del processo amministrativo

Il titolo del convegno ci impone di volgere la prima attenzione alla lettera del codice: cosa invero non gradita a chi scrive, che preferisce di regola prendere le mosse da un approccio storico-sistematico, al quale comunque non si rinuncerà. Si anticipa altresì che, fermo restando la ricognizione delle previsioni codicistiche, il presente studio è principalmente incentrato sulle fonti giurisprudenziali.

La decisione, di per sé discutibile, di pervenire ad una codificazione del processo amministrativo non poteva, almeno in certa misura, non considerare le questioni di giurisdizione, come anche indicato tra i criteri della legge delega (“riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni”, art. 44, c.2, lett.b, 1, L. n. 69/2009) e come è in effetti avvenuto sia attraverso previsioni espressamente a ciò dedicate (specie Tit. I, Capo III, artt. 7-12), sia attraverso previsioni che toccano la materia per via indiretta, ma non per questo prive di rilievo.

Il codice anzitutto fotografa gli esiti di un decennio travagliato alla luce delle statuizioni arbitrali del giudice delle leggi, come richiesto sempre dalla legge delega (art. 44, c.1., cit.), e fornisce in tal senso una definizione dell’ambito della giurisdizione amministrativa.

La posizioni soggettive, gli interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, i diritti soggettivi, vengono correlate all’esercizio del “potere amministrativo”, o al suo mancato esercizio, che può assumere la veste non solo di “provvedimenti”, ma anche di “atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere” (art. 7, c.1).

Non è chiaro se il riferimento ai “comportamenti” riguardi la sola giurisdizione esclusiva o anche, come ritenuto dall’Adunanza plenaria (n. 20/2021), quella di legittimità, atteso che lo stesso articolo nella parte dedicata a quest’ultima si limita ad evocare le “omissioni” (c. 4), il che potrebbe refluire sulla questione del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità da comportamento¹.

Queste indicazioni mostrano comunque, sul piano qualificatorio, un sicuro allargamento della fenomenologia del “potere” rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo: non solo provvedimenti unilaterali, ma anche “accordi”, come è il caso della giurisdizione esclusiva in materia di accordi di cui all’art. 11 L. n. 241/1990, asseverando così l’accesso della bilateralità nei rapporti di diritto pubblico²; non solo atti, ma anche “comportamenti”, superando l’idea che la struttura impugnatoria del processo amministrativo possa solo ammettere un sindacato su provvedimenti

¹ Valorizza al riguardo il distinguo letterale il qui presente e talentuoso giovane Collega, M. Trimarchi, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell’esercizio della funzione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 874.

² Senza poter qui investire la antica questione dei contratti di diritto pubblico, può però evidenziarsi che, a parte le figure miste, come le concessioni, non mancavano casi giurisprudenziali di bilateralità pubblicistica. Così, nei rapporti tra amministrazioni, ad es., SU 9 febbraio 1925, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* (di seguito RDP), 1925, II, 195: “Allorché più enti di diritto pubblico si accordano e dichiarano la reciproca volontà circa l’assunzione di oneri rispettivi per il raggiungimento di scopi di mero diritto pubblico, è massima improprietà di tecnicismo giuridico ed è massima illegalità qualificare e considerare l’accordo come contratto”; o ancora, nei rapporti con privati, SU 16 aprile 1925, ivi, 203: “Né ripugna al carattere pubblico della funzione diretta a provvedere ad un interesse generale che il modo di adempirla sia subordinato all’osservanza di un patto interceduto fra l’Amministrazione ed un privato. Non tutte le funzioni pubbliche sono di tal natura da respingere l’interferenza di un regolamento convenzionale; ed in ispecie nell’attuazione di un piano regolatore, sono siffattamente intrecciati gl’interessi generali con quelli dei singoli che l’Amministrazione ben può raccogliervi sotto unico criterio e pattuire che una strada segua un tracciato piuttosto che un altro e sia costruita in guisa da rispettare quello che propriamente sarebbe un semplice interesse, ma che, per l’intervento del patto, diventa un dritto dell’altro contraente. Ed è poi chiaro che, fin quando l’interesse generale continua a coincidere con l’interesse del singolo, non sorge questione sull’osservanza del patto mentre, se sorga un conflitto, l’Amministrazione, in coerenza ai principii suaccennati, non potrà essere costretta a compiere l’opera nei modi pattuiti, essendole rimasta l’inalienabile potestà di provvedere ai servizi nei modi che al suo criterio discrezionale si rappresentino più conformi ai fini pubblici, prevalenti, ma dovrà risarcire il danno recato con la violazione del patto”.

(espliciti o impliciti); non solo ciò che sia espressione diretta del “potere”, ma anche ciò che a tale potere possa essere “mediatamente” correlato.

Rimangono al contempo aperti interrogativi vecchi e nuovi: quando si possa dire che esista un “potere amministrativo”, inteso implicitamente come un potere di diritto pubblico, o invece ricorra lo svolgimento di rapporti privatistici; quando si possa dire che, assunta l’esistenza di un “potere amministrativo”, si dia luogo ad un interesse legittimo o ad un diritto soggettivo; quando si possa dire, e specie per i “comportamenti”, che sussista un rapporto “mediato” con il potere.

Lo stesso ordine di problemi si riflette sulla giurisdizione esclusiva che rimane pur sempre fondata sulla distinzione tra diritti e interessi, sicché bisogna chiedersi in cosa in effetti consista l’estensione della giurisdizione del giudice amministrativo ai diritti e se comunque non sussistano controversie di natura meramente privatistica che rimangano in capo al giudice ordinario. Non vi è dubbio però che qui questo ordine di qualificazioni sembra spesso subire proprie autonome torsioni rispetto al riparto generale, a volte, in ragione di specificazioni con le quali il legislatore, nelle singole materie, ritaglia espressamente frammenti in favore del giudice amministrativo o di quello ordinario, e più in generale in ragione di un costante contrasto fra una tendenza in qualche misura mai sopita a dare alla giurisdizione esclusiva, in un’ottica di concentrazione, la più ampia portata nel coprire le controversie che insistono nella materia (sino all’estremo, sconfessato dal giudice delle leggi, del riparto per blocchi di materie), e la tendenza opposta, che sembra, come vedremo, riemergere nella giurisprudenza del giudice della giurisdizione.

Ovviamente nella giurisdizione esclusiva vi è anche il tema delle materie (art. 133), essendo una giurisdizione speciale e non generale come quella di legittimità. Oltre al rispetto dei presupposti costituzionali, cui deve attenersi il legislatore nella scelta di questo tipo di giurisdizione, ai fini che qui più interessano, vi è il problema dell’esatta perimetrazione dei contorni della materia, poiché, ove si fuoriesca, pur, in ipotesi, permanendo una giurisdizione sugli interessi legittimi, verrebbe meno quella sui diritti soggettivi, secondo la regola generale di riparto.

Il codice conferma altresì l’espansione della giurisdizione del giudice amministrativo sotto il profilo soggettivo, qualificando come pubbliche amministrazioni, pur soltanto ai fini dello stesso codice, i soggetti ad esse “equiparati” o comunque “tenuti” al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Anche qui abbiamo questioni vecchie e nuove.

È risalente non solo la domanda sulla sussistenza o meno di una pubblica amministrazione, ma anche quella sui soggetti “equiparati”³, con tutte le difficoltà, in caso positivo, che ne derivano in ordine alla distinzione dei tipi di attività all’interno di un medesimo ente, tra quelle da ricondurre al diritto pubblico e quelle da ricondurre al diritto privato⁴. Quest’ultimo è un universo che, negli ultimi decenni, ha ben ampliato la sua portata problematica con un catalogo arricchito da varie figure: l’organo indiretto o, con l’avvento delle privatizzazioni, gli enti “sostanzialmente” pubblicistici o gli enti di cui si predica espressamente la doppia qualità formale di società per azioni e di ente pubblico; o ancora i modelli di derivazione europea in materia di appalti, dall’organismo di diritto pubblico alle imprese pubbliche o alle società *in house*, e con gradi sempre più differenziati di riconduzione alle regole

³ Ad es. SU 17 febbraio 1905, in *Giust. amm.* (di seguito GA), 1905, III, 43: “Sono equiparabili ad una pubblica amministrazione le Società ferroviarie, le Banche, le Casse di risparmio ed, in generale, tutti quegli Enti che, sebbene promossi a spirito di lucro, abbiano una finalità massima di pubblico bene, o sono almeno mezzo necessario per raggiungerlo”; SU 11 marzo 1925, in *RDP*, 1925, II, 108: riguardo ad istituti scolastici “L’esercizio di un servizio di pubblica utilità non è sufficiente a conferire ad una persona giuridica il carattere di pubblica amministrazione”, né “ha influenza la vigilanza o la tutela su di essa esercitate dalla Pubblica Amministrazione”.

⁴ Ad es., SU 25 febbraio 1908, in GA, 1908, III, 53: “la Banca d’Italia, se non può essere riguardata come pubblica amministrazione, per alcune delle sue attribuzioni è un Ente rivestito di pubbliche funzioni, e come tale, quanti ai provvedimenti disciplinari nei confronti dei suoi impiegati, non è soggetta al sindacato dell’autorità giudiziaria”; lo stesso 11 gennaio 1910 *ivi*, 1910, III, 5 per le società di tramvie elettriche.

pubblicistiche a seconda della figura (si pensi ad es. all'organismo di diritto pubblico, esposto alla teoria del "contagio", e alle imprese pubbliche, dove invece occorre verificare se l'appalto presenti o meno un nesso con l'attività rientrante nei servizi dei settori speciali: ad es. SU n.25956/2024, n. 24106/2024, n. 310/2023)⁵.

Più nuovo è il tema dei soggetti comunque "tenuti", la cui previsione codicistica a favore del giudice amministrativo rimuove in radice l'idea, pur emersa in giurisprudenza⁶, che, in presenza di un soggetto di diritto privato, quand'anche fosse *ex lege* tenuto, non verrebbe per ciò meno la giurisdizione del giudice ordinario, fermo restando che rimane comunque esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di un'eventuale sottoposizione volontaria di un soggetto che non vi è tenuto a siffatti vincoli (SU n. 16288/2024, n. 25956/2024).

Il profilo soggettivo può, come è ovvio, tradursi in una questione di giurisdizione, tra la propensione della Cassazione a preservare la natura privatistica del soggetto e quella del Consiglio di Stato a valorizzarne la sostanza pubblicistica, parimenti a quanto avvenuto riguardo al giudice contabile nella nota questione della responsabilità degli amministratori di società partecipate. Specialmente i modelli europei in materia degli appalti, di non facile interpretazione e applicazione, sono stati occasione di travaglio giurisprudenziale e di conflitti di giurisdizione, a volte risolti dal giudice europeo (così, ad es., nell'alternativa qualificatoria tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, a proposito di Poste italiane s.p.a., nel secondo senso C. giustizia UE 28 ottobre 2020 C-521/2018).

Il codice non sembra invece prestare la dovuta attenzione alle azioni dell'amministrazione contro i privati di fronte al giudice amministrativo. È vero che si riconosce anche alle "parti resistenti", dunque alle amministrazioni, la possibilità di presentare ricorso incidentale, il che invero appare prospettabile solo ove si impugnino non i propri atti ma atti di altre amministrazioni (ad es. un atto presupposto), e lo stesso è predicabile, in materia di diritti soggettivi, per le azioni "riconvenzionali" (art. 42). Ma non si può dire che il punto sia stato adeguatamente focalizzato, nonostante, innovando con il passato, la possibilità di un'azione contro i privati, prima dell'adozione del codice, fosse già da qualche anno emersa nella giurisprudenza, per poi ricevere in seguito l'avallo definitivo dell'Adunanza plenaria (n. 28/2012 e 2/2017 che preclude le sole liti tra privati⁷) e soprattutto, a mente dell'art. 103 c. 1 cost., del giudice delle leggi (C. cost. n. 179/2016). È questo un tema che meriterebbe maggiore attenzione dalla dottrina, sia rispetto ad azioni della p.a. che potrebbero essere considerate di competenza del giudice ordinario (ad es. SU n. 17329/2021 e 16083/2021), sia per l'evidente problematicità di una indiscriminata estensione contro il privato delle garanzie tradizionali che la giustizia amministrativa ha invece costruito nei rispetti dell'amministrazione: si pensi, ad es., alla discutibile possibilità che il giudizio di ottemperanza venga ritenuto esperibile anche nei confronti del privato⁸.

In linea di principio, una cosa è la definizione dell'ambito della giurisdizione, altra cosa sono le azioni e i correlativi poteri del giudice che ha giurisdizione. Ma questa, invero, è sempre stata una zona

⁵ Problemi analoghi, ai fini della giurisdizione, possono porsi per l'azione risarcitoria di un terzo, a seconda che la società sia evocata nella qualità di amministrazione o di concessionaria di un servizio pubblico, o invece di impresa costruttrice e proprietaria (SU n. 9448/2024) e in generale riguardo ad una subconcessione (SU n. 23377/2024).

⁶ SU n. 4989/1995: "In ogni caso, ove pur sussistesse l'obbligo di uniformarsi alla disciplina legale di attuazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, l'adempimento di siffatto obbligo da parte di una società privata non potrebbe giammai conferire natura pubblica agli atti negoziali applicativi dei procedimenti prescritti, ad altri fini, del suddetto decreto legislativo, e tanto meno trasformare in atti «sostanzialmente» amministrativi sotto il profilo soggettivo e oggettivo".

⁷ Anche secondo SU n. 34736/2024 l'art. 103 cost. non ammette che il giudice amministrativo conosca di controversie di cui non sia parte la p.a., sicché spetta al giudice ordinario la giurisdizione su un'azione risarcitoria di un privato contro funzionari pubblici.

⁸ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

griglia tra limiti interni ed esterni della giurisdizione, sia ai fini del riparto, sia ai fini dell'eccesso di potere giurisdizionale. Non è dunque un caso che si parli delle azioni nelle norme sulla giurisdizione, tanto più che nel corso degli anni dieci proprio a tale riguardo si erano consumati significativi conflitti di giurisdizione. La stessa legge delega prevede infatti il riordino delle norme sulla giurisdizione proprio con riferimento alla disciplina delle "azioni" e delle "funzioni" del giudice (art. 44, c. 2, lett. b, cit.).

Il codice conferma così la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di risarcimento del danno, sulla scorta delle indicazioni del giudice delle leggi, riguardo sia agli interessi legittimi, sia ai diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva (art. 7, c. 4 e 5). Anzi si afferma in termini ancor più generali che il principio di effettività imporrebbe la concentrazione davanti al giudice amministrativo di "ogni forma di tutela" degli interessi legittimi e, nella giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi (art. 7 c. 7), e l'art. 30 precisa altresì che, in tali ambiti, dell'azione risarcitoria "conosce esclusivamente il giudice amministrativo", per render chiaro che non è più ipotizzabile, come pure ad un certo momento prospettato dalla Cassazione dopo la legge n. 205/2000, una parallela competenza del giudice ordinario sulla tutela risarcitoria dispensata dal giudice amministrativo.

Non si può dire però che ciò abbia del tutto sgomberato il campo. Se è ormai pacifico che spetti al solo giudice amministrativo il risarcimento dei danni derivante da atto illegittimo, altri ambiti di responsabilità, anche sostanzialmente nuovi, come nel caso del danno da comportamento, hanno lasciato spazio per conflitti di giurisdizione.

Maggiormente risolutiva è stata invece la previsione codicistica, questa volta non frutto degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, con la quale si è introdotta l'azione risarcitoria autonoma. Anche di questo non a caso si fa incidentalmente già riferimento nella norma sulla giurisdizione ("pure se introdotte in via autonoma"), in considerazione della nota *querelle* che ha aveva visto la Cassazione dare inizio all'allargamento della nozione dei motivi di giurisdizione, ravvisando un diniego di giustizia da parte del giudice amministrativo nella pregiudiziale di annullamento come condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria. Poco importa ormai, ai fini della giurisdizione, disquisire se questo specifico allargamento del sindacato della Cassazione fosse legittimo, poiché comunque è stata rimossa la ragione che ne era all'origine, così come irrilevante, sempre ai fini della giurisdizione, sarebbe disquisire se dalla disciplina codicistica risulti pur sempre una sorta di pregiudiziale mascherata, come, a parte il risarcimento di diritti soggettivi (Tar Lombardia Milano I n.1492/2025) e la responsabilità contrattuale (CdS V n. 7196/2024), in effetti, e opportunamente a parere di chi scrive, può, ai sensi dell'art. 30, ricavarsi dal regime di decadenza, non solo per il termine breve (sulla cui legittimità C. cost. n. 94/2017), ma anche per il diverso *dies a quo* della sua decorrenza a seconda che sia o meno esperita l'azione di annullamento⁹, e dal concorso di colpa del creditore (di recente CdS II n. 10464/2024).

Non deve più ritenersi cosa banale che il codice tenga ferma la generale azione di annullamento, cioè di un aspetto costitutivo ed esistenziale della giustizia amministrativa, se si prende atto del discutibile orientamento del giudice delle leggi che ha ritenuto non costituzionalmente necessaria la tutela costitutiva del giudice amministrativo, per quanto non dimenticando che una eventuale previsione legislativa che si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi debba essere improntata a ragionevolezza e adeguatezza (C. cost. n. 160/2019). In altre parole, si comprende come la tutela costitutiva sia pur sempre considerata uno strumento fondamentale, ma si ammette che in determinate fattispecie, come è avvenuto in relazione all'autonomia dell'ordinamento sportivo, possa ragionevolmente essere esclusa.

Un approccio non diverso sembra emergere di recente in una pronuncia della Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, riguardo ad un nuovo caso italiano di limitazione della

⁹ Discutibile è la pronuncia del Tar Lazio Roma *Ibis* n. 1544/2025 che non ha ritenuto di equiparare la decisione definitiva su ricorso straordinario al giudicato giurisdizionale di annullamento ai fini del *dies a quo* di decorrenza del termine.

tutela costitutiva in materia di assegnazione di diritti d'uso di radiofrequenze (1, c.1037, L. n. 205/2017). In assenza di puntuali previsioni della normativa UE, si era invero già affermato che “il giudice nazionale che sia chiamato a decidere su un ricorso avverso una decisione dell'ARN deve poterla annullare retroattivamente, se considera che ciò è necessario per garantire un'efficace tutela dei diritti dell'impresa che ha proposto il ricorso” (C. giustizia UE II 13 ottobre 2016 C-231/15), ma nella nuova pronuncia si è ritenuto che “da ciò non può dedursi che il principio di effettività implichi necessariamente che un giudice nazionale investito di un siffatto ricorso debba essere legittimato ad annullare qualsiasi decisione di un'ANR” e che la precedente sentenza “mirava a chiarire non già se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva «quadro» imponga che un giudice investito di un ricorso avverso una decisione di un'ANR abbia il potere di annullare tale decisione, ma unicamente se tale disposizione osti a che tale potere possa essere riconosciuto, da una normativa nazionale, a un giudice siffatto”. Non si nega che “la concessione di un risarcimento pecuniario ... non è certamente idonea” a “che l'operatore che ha proposto il ricorso possa ottenere la concessione dei diritti d'uso delle radiofrequenze cui avrebbe diritto”, ma si evidenzia che l'annullamento avrebbe “rilevanti conseguenze sull'uso delle radiofrequenze che rischiano, in pratica, di ostacolare il «refarming» della banda di frequenza dei 700 MHz, richiesto dalla decisione 2017/89” (C. giustizia UE III 11 settembre 2025 C-764/23 e C-766/23). In altre parole, anche qui, sembra che vi sia la consapevolezza dell'importanza della tutela demolitoria e che però sia possibile derogarvi ragionevolmente in rapporto alle caratteristiche della fattispecie. Non vi sarebbe stata altrimenti ragione di motivare sulle conseguenze che l'annullamento avrebbe potuto avere sul funzionamento del *refarming*.

Il codice conferma, nell'ambito delle norme sulla giurisdizione, la disciplina preesistente sulla pregiudiziale civile (già art. 7 RD n. 2840/1923; art. 28 RD n. 1054/1924; art. 8 L. n. 1034/1971). Il giudice amministrativo, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, conosce, non diversamente da quanto l'amministrazione deve a volte effettuare in vista dell'emanazione del provvedimento amministrativo (da ult. CdS VI n. 462/2025), *incidenter tantum* e senza efficacia di giudicato di “tutte” le questioni incidentali e pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale, restando riservate al giudice ordinario quelle concernenti lo stato e la capacità delle persone e la risoluzione dell'incidente di falso (art. 8), sicché, al di fuori di queste due ultime materie, il giudice amministrativo non è tenuto alla sospensione del processo, essendo la scelta rimessa, in tale evenienza, ad una valutazione di opportunità (da ult. CGARS ord. n. 498/2025). Si comprende bene come sia al riguardo decisivo stabilire se la questione sia in effetti da considerarsi incidentale, nel qual caso sarebbe inammissibile sulla relativa cognizione il ricorso in Cassazione (SU n. 24242/2024), o principale, nel qual caso invece un problema di giurisdizione sarebbe configurabile, così come qualora, pur essendo la questione incidentale, il giudice amministrativo dovesse sconfinare in una vera e propria tutela dei diritti (CdS IV n. 8327/2024).

Il codice restringe la portata del ricorso straordinario che è adesso “ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”¹⁰. Senza potere evocare la sempre viva discussione sulla natura ibrida dell'istituto, ciò che importa qui sottolineare, ai fini della giurisdizione, è come la Cassazione, similamente a quanto avvenne con la IV Sezione, non abbia perso tempo a marcare, specie grazie alla sopravvenuta valenza vincolante del parere, la natura sostanzialmente giurisdizionale delle relative decisioni al fine sottoporle al medesimo sindacato che esercita sulle

¹⁰ Come è noto, si è voluto così dare soluzione al problema che era sorto con la privatizzazione del pubblico impiego in ordine al permanere dell'esperibilità del ricorso straordinario di fronte ad atti di diritto privato (in senso positivo si era pronunciata l'Adunanza generale, parere n. 9/1999).

Sul punto il Consiglio di Stato ha sollevato questione di costituzionalità, denunciando che si sarebbe andati al di là della legge delega n. 69/2009, ma il giudice delle leggi l'ha ritenuta non fondata, argomentando peraltro che la disciplina introdotta dal codice sarebbe la “conseguenza logica di una scelta”, quella della “traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali: C. cost. n. 73/2014.

pronunce del giudice amministrativo (già SS.UU. n. 23464/2012 e di recente n. 18491/2021). Non a caso, nei pareri prestati sui ricorsi, il Consiglio di Stato, nel dichiarare, all'occorrenza, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e di conseguenza della propria *potestas iudicandi*, fa ricorso, diversamente dal passato (ancora CdS I parere n. 5539/2012), alla *translatio iudici* ai sensi dell'art. 11 in favore di altro ordine giurisdizionale (di recente CdS I parere n. 1047/2023).

L'istituto non è tuttavia ritenuto estraneo al complesso della giustizia amministrativa, tanto che non sono qualificate come questioni di giurisdizione le eventuali invasioni in sede di ricorso straordinario degli ambiti riservati alla giurisdizione amministrativa (SU n. 18491/2021 con riguardo all'art. 120, c.1), come si affermava già per i rapporti col ricorso alla IV Sezione¹¹ e più in generale per i profili di "competenza" interni alla giurisdizione amministrativa¹². Se può così ancora ammettersi che, in senso lato, si sia parlato di una "speciale forma di *translatio*", con riguardo alla restituzione del fascicolo da parte del giudice amministrativo al ricorso straordinario (Ad. pl. n. 10/2013), non convince che, ai fini del trasferimento della lite all'interno dei ricorsi straordinari, tra quello nazionale e quello siciliano, si evochi espressamente la *translatio* di cui all'art. 11 (già CdS I parere n.2395/2013; di recente n.1251/2023), previsione che attiene invece al rapporto tra giurisdizioni diverse, mentre poteva risultare semmai più confacente adottare uno schema simile a quello cui si è ricorso, in sede giurisdizionale, riguardo al riparto di competenza tra Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (Ad. pl. n. 10/2023). Se, nella sede giurisdizionale, il Consiglio di giustizia è una sezione del Consiglio di Stato, lo stesso potrà in fondo affermarsi per la sede consultiva.

Trova conferma infine la possibilità che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto" (art.12). Anche in tal caso può sorgere una questione di giurisdizione: così quando l'arbitrato vada al di là dei diritti soggettivi e coinvolga la tutela di interessi legittimi (SU n. 12428/2021) o anche qualora venga investito il giudice amministrativo che però difettava di giurisdizione per effetto della clausola di deferimento ad arbitri di eventuali controversie su diritti soggettivi insorgenti tra le parti (CdS IV n. 4005/2018).

Altre disposizioni non dislocate nelle norme sulla giurisdizione presentano a loro volta una certa rilevanza.

Il caso più appariscente è quello della innovativa previsione di un'azione di accertamento delle "nullità previste dalla legge" (art. 31). Non interessa qui entrare nei particolari problematici della relativa disciplina, quanto evidenziare come ciò sembri poter incidere sul riparto di giurisdizione. Tra queste nullità previste dalla legge vi è anche, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, il "difetto assoluto di attribuzione". E che il rimando sia comprensivo di tale ipotesi è confermato dal fatto che il codice, per l'altra ipotesi espressamente prevista dal citato art. 21-*septies*, e cioè per la "violazione o elusione del giudicato", abbia ritenuto di dovere espressamente precisare che in tal caso, ai fini processuali, non sia esperibile il percorso dell'art. 31, bensì il giudizio di ottemperanza.

Se l'art. 21-*septies* cit. ha indotto la giurisprudenza (CdS V n. 45/2017), anche della Cassazione (SU n. 5097/2018 e n. 7643/2020), a ritenere che il "difetto assoluto di attribuzione" debba ricondursi alla carenza di potere in astratto con la conseguenza di far rientrare la carenza di potere in concreto nell'annullabilità e dunque nella giurisdizione del giudice amministrativo, non è difficile notare come la

¹¹ Caso *Trezza*, sebbene più noto per altri profili, SU 24 giugno 1897, in GA, 1897, III, 51.

¹² S.U. 14 luglio 1927, in RDP, 1927, II, 368, escluse l'assoluto difetto di giurisdizione per incompetenza di grado, nel caso di una decisione del Consiglio di Stato che abbia, anziché in sede di appello, direttamente giudicato sul provvedimento.

Ovviamente lo stesso vale per le questioni di competenza interne alla giurisdizione ordinaria. Di recente SU n. 25949/2024, a proposito del Tribunale regionale delle acque pubbliche, che non è giudice speciale, ma organo specializzato della giurisdizione ordinaria, sicché è inammissibile un regolamento di giurisdizione riguardo al riparto di competenze tra questo Tribunale e il giudice ordinario non specializzato.

sopravvenuta azione codicistica di nullità sembri investire più a fondo la stessa carenza di potere in astratto, cioè uno dei perni fondamentali sui quali si era radicata la giurisdizione del giudice ordinario.

Si è parlato di questa azione di nullità come di un “enigma”¹³, e ciò ci sembra valga anche rispetto al riparto di giurisdizione, essendo ancora ravvisabili pronunce che neanche ne fanno menzione: se si afferma così che la carenza di potere in concreto spetti ormai al giudice amministrativo, si mantiene ferma, in ipotesi, la giurisdizione ordinaria in presenza di una carenza di potere in astratto (SU n. 2481/2024).

Il codice prende espressamente in considerazione la distinzione tra atto vincolato e atto discrezionale, che costituisce uno dei motivi tradizionali nella storia del riparto. Ciò al fine di modulare i poteri del giudice, sul presupposto quindi che in entrambi i casi sia in generale configurabile la giurisdizione amministrativa: “Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio”, nell’ambito dell’azione avverso il silenzio o della (sopravvenuta, ex art. 34) azione di adempimento, volta alla condanna ad un *facere* pubblicistico specifico, “solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità” (art. 31). Lo stesso era del resto già ricavabile dall’art. 21-*octies* l. 241/1990 (“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento...”), ove è evidente che la disposizione non possa che ritenersi anzitutto evocativa del potere di annullamento del giudice amministrativo.

La Cassazione, tutta protesa, come vedremo, a valorizzare la rilevanza dell’atto vincolato ai fini della giurisdizione, sembra tuttavia ignorare tali previsioni, nonostante, come giudice di legittimità, abbia avuto ragione di discettare dell’art. 21-*octies* cit., a proposito dei provvedimenti del Consiglio dell’Ordine degli avvocati (SU n. 34961/2023), o del codice del processo amministrativo, che si applica al Tribunale superiore delle acque pubbliche in relazione ai provvedimenti di cui all’art. 143 r.d. n. 1775/1933 (SU n. 15281/2023).

Al livello settoriale, ma di un settore di grande importanza, va menzionata l’espressa e definitiva conferma del potere del giudice amministrativo di dichiarare l’inefficacia del contratto già stipulato in conseguenza dell’illegittimità delle procedure pubblicistiche di scelta del contraente (art. 121 ss.). Come è noto, dopo l’affermazione della pregiudiziale amministrativa, il sistema si era stabilizzato nel senso che, su domanda dell’amministrazione, unica legittimata, spettasse comunque al giudice ordinario rimuovere il contratto dopo l’annullamento degli atti amministrativi prodromici da parte del giudice amministrativo, ma in seguito, sotto l’influenza del diritto UE, si incominciò ad affermare che la pronuncia del giudice amministrativo comportasse anche un immediato effetto caducante del contratto, aprendo ad una fase di incertezza sul riparto di giurisdizione, sinché, specie in ragione della Direttiva ricorsi del 2007, la stessa Cassazione finì per piegarsi all’esigenza di una concentrazione processuale (SU n. 2906/2010).

Anche sul versante dell’eccesso di potere giurisdizionale possono riscontrarsi indici normativi, ancora una volta a cominciare dalle norme sulla giurisdizione (art. 7) e poi sempre in quella zona grigia delle azioni e dei poteri del giudice

È il caso della riproduzione della tradizionale clausola per la quale “non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico” (già art. 3 L. n. 5992/1889 e art. 31 r.d. n. 1054/1924), sicché la sua violazione potrebbe dar luogo ad un difetto assoluto di giurisdizione¹⁴. La figura, come è noto, è tuttavia da interpretarsi in senso stretto e con carattere di eccezionalità, oggi anche alla luce degli artt. 24 e 113 cost., in quanto deroga al principio di giustiziabilità degli atti amministrativi (di recente CdS II n. 4279/2023; SU n. 15601/2023). È dunque solo

¹³ F. G. Scoca, *L’enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2021, 135 ss.

¹⁴ Già, nel caso *Laurens*, più noto invero per la questione del riparto, SU 24 giugno 1891, in *GA*, 1892, III, 64. La nota redazionale è critica, obiettando che la qualificazione dell’atto da parte della IV Sezione “rientra esclusivamente nelle attribuzioni di quel Collegio”.

in “un numero estremamente ristretto di atti” che ricorre la figura, quando, l’atto, sotto il profilo soggettivo, “provenga da un organo preposto all’indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello” e, sotto il profilo oggettivo, sia “libero nel fine perché riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici (SU n. 27177/2023, con una ricognizione della casistica). Questa attitudine restrittiva risale alla tradizione francese (riguardo agli *actes de gouvernement* sottratti alla giurisdizione amministrativa), così come a questa tradizione risale la distinzione tra atti di alta amministrazione (*actes de haute administration*), che rimangono amministrativi, e atti politici¹⁵.

È altresì il caso, nei riguardi della sfera riservata all’amministrazione, del distinguo tra giurisdizione di legittimità e di merito, anch’esso confermato dal codice, che tradizionalmente dà luogo ad una questione di giurisdizione ogni qual volta, al di fuori dei casi di giurisdizione di merito, il giudice si sostituisca all’amministrazione o investa il merito amministrativo (ad es. di recente, S.U. n. 18559//2024). E la stessa questione potrebbe anche porsi riguardo ai casi di giurisdizione esclusiva, che, ove non rientrino al contempo nella giurisdizione di merito¹⁶, devono rimanere nei limiti della giurisdizione di legittimità¹⁷.

La giurisdizione di merito non pone in quanto tale un problema di riparto. Essa presuppone infatti l’esistenza della giurisdizione amministrativa, come si desume dalla formulazione “con cognizione estesa al merito” (non diversamente da quella originaria del 1889: “anche in merito”), sicché una questione di riparto si potrebbe configurare solo in quanto la controversia non solo fuoriesca dalle materie di cui all’art. 134, ma fuoriesca altresì in generale dalla giurisdizione amministrativa. È invece l’eccesso di potere giurisdizionale il suo terreno elettivo di rilevanza, poiché esercitare i poteri di merito in un caso che in realtà rientra nella giurisdizione di legittimità (o esclusiva), che di per sé sarebbe un profilo interno alla giurisdizione amministrativa ai fini del riparto, emerge come invasione dei poteri amministrativi.

Non mancano altre previsioni che possono, in ipotesi, assumere anche rilevanza.

Oltre ai vari indici dai quali si può desumere un limite al sindacato sulla discrezionalità, merita di essere evocata la prescrizione per la quale “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34)¹⁸. Non si tratta d’altro che dell’espressa formulazione di un antico principio della giustizia amministrativa di derivazione francese già insito nel sistema: il principio della *décision préalable*, ossia che per l’intervento del giudice amministrativo occorre che vi sia, previamente, un atto dell’amministrazione¹⁹.

Il prosieguo dell’articolo induce a perplessità, deviando sul collegato ma distinto problema del sindacato sulla legittimità, possibile di regola solo nell’azione di annullamento, salvo il caso dell’azione

¹⁵ É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Parigi, 1888, 32 e 397, già significativamente evidenzia che “l’acte d’administration fait dans un but politique ne cesse pas pour cela d’être un acte d’administration et de relever du juge administratif”, sulla scorta dell’abbandono della teoria del “mobile politique” con la decisione del *Conseil d’État* 19 febbraio 1875 (*Prince Napoléon*), e che “il faut éviter de confondre, comme on l’a fait quelquefois, les actes de haute administration, qui conservent le caractère d’actes administratifs, avec les actes de gouvernement dont la nature est toute différente”.

Discutibilmente ancora legata alla sufficienza del rilievo del “movente di ordine politico” SU 27 gennaio 1927, in *RDP*, 1927, II, 107, che cassa la pronuncia del Consiglio di Stato.

¹⁶ Di questa doppia qualificazione gode *ex lege* il giudizio di ottemperanza che rientra tradizionalmente nella giurisdizione di merito (art. 134), ma che ora rientra anche nella giurisdizione esclusiva sotto il profilo del sindacato sulla “nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato” (art. 133, c.1., lett. a), punto 5): in giur. ad es., CdS III n. 4128/2021.

¹⁷ Già SU 3 dicembre 1929, in *RDP*, 1930, II, 35.

¹⁸ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67.

¹⁹ Se ne ha anche traccia nella risalente giurisprudenza della Cassazione. Così S.U. 28 aprile 1897, in *GA*, 1897, III, 25: “Solo dopo che sia emesso il provvedimento d’imperio, potrà sorgere la questione se lo stesso sia impugnabile in via giudiziaria o contenziosa amministrativa”.

autonoma risarcitoria o dell'interesse di una pronuncia a fini risarcitori, nonostante la sopravvenuta carenza di interesse all'azione di annullamento. Ci si sarebbe dovuto piuttosto prima preoccupare e con immediatezza delle deroghe al suddetto principio della *décision préalable*, che invero ben sono ricavabili *aliunde* nel codice. Si tratta sia dell'azione avverso il silenzio, conseguenza inevitabile del distacco avvenuto al riguardo dalla tradizione francese (non più un silenzio significativo, ma un silenzio-inadempimento), sia più ampiamente dei comportamenti.

Può aggiungersi, divagando incidentalmente, che il privilegio, per ovvie ragioni d'interesse pubblico, del diritto dell'amministrazione al *first shot* è ampiamente compensato dal *surplus* di garanzie che offre l'ingiustamente vituperato giudizio amministrativo sull'atto, sicché alla fine il cittadino risulta nel complesso ben più tutelato di altri modelli di giudizio²⁰. Se ci si apre ad uno sguardo più sistematico non sfuggerà che, proprio per questa ragione, il giudizio sull'atto è la tecnica normale per contestare l'esercizio dei pubblici poteri *lato sensu* intesi, che si tratti, al di là dell'atto amministrativo, dei rimedi avverso una sentenza o una legge. È soltanto grazie al giudizio sull'atto che possono farsi valere vizi, unitamente alle conseguenze caducatorie, non altrimenti esperibili in quello che viene definito giudizio sul rapporto (espressione quest'ultima invero di tipo concretistico e priva di dignità dommatica, poiché qualsiasi giudizio in tutto o in parte, compreso quello sull'atto, è un giudizio sul rapporto).

Può infine menzionarsi l'art. 99 sul deferimento all'Adunanza plenaria, le cui statuizioni determinano un vincolo a carico delle sezioni semplici. Se si è ritenuta impugnabile in Cassazione la pronuncia dell'Adunanza plenaria, non solo, come è ovvio, quando definisca la causa, ma anche quando non la definisca, limitandosi ad enunciare principi di diritto, sia perché ha la forma di sentenza, sia soprattutto perché, proprio ai sensi dell'art. 99, "costituisce un vincolo processuale interno nei confronti delle sezioni semplici (tenute ad uniformarsi, salva la possibilità di deferire nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria), oltre che esterno nei confronti degli altri giudici amministrativi, in considerazione del suo valore nomofilattico" (SU n. 32559/2023), diversamente si è ritenuto che il mancato rispetto del vincolo da parte delle sezioni semplici non dia luogo a questioni di giurisdizione, risolvendosi in "un ipotetico *error in iudicando*, interno alla giurisdizione speciale" (SU n. 8569/2021).

2. La relatività dei criteri di riparto

Il riparto di giurisdizione è un importante crocevia ordinamentale che, se non adeguatamente maneggiato, può dar luogo a travisamenti sistematici.

La principale insidia consiste nell'ancorare alle categorie adoperate per il riparto di giurisdizione, come l'atto autoritativo o da noi anche l'interesse legittimo, il fondamento del diritto amministrativo, col doppio effetto, da un lato, di enfatizzare oltre misura l'importanza dei criteri di riparto, d'altro lato, di smarrire le vere ragioni d'essere del diritto amministrativo. Sembra così a taluni, in specie ai detrattori della nostra disciplina, che, ove tali categorie risultino traballanti o prive di consistenza, lo stesso diritto amministrativo ne verrebbe ad esser travolto, unitamente al suo giudice naturale, sino addirittura a mettere in discussione la stessa *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato.

Niente di più lontano dalla realtà giuridica, poiché, nei sistemi dualistici, qualsiasi operatore del diritto, che è a contatto con la vita pratica, ben comprende le differenze che intercorrono tra un atto di diritto e un atto di diritto privato, in ordine sia al diritto sostanziale, sia alla tutela. È dunque nel maneggio dei concetti che vanno semmai individuati dei vizi, non nella cosa che si intende rappresentare.

Un'autorevole dottrina francese del secolo scorso aveva perfettamente colto il punto. In un saggio del 1953, Jean Rivero, investigando sull'esistenza di un "criterio" del diritto amministrativo,

²⁰ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 219.

osservava che “un problema pratico è stato all’origine di tutte ... le ricerche” della dottrina, ossia “la delimitazione delle competenze amministrative e giudiziarie”. L’Autore finisce poi per spostare l’attenzione sul regime giuridico e con un’importante precisazione che è però rimasta priva di un adeguato sviluppo nella dottrina successiva, compresa quella francese. Nella distinzione tra diritto privato e diritto amministrativo non si hanno soltanto le prerogative della *puissance publique* ma anche “tutta una serie di regole», ove “l’amministrazione appare, tutto al contrario, infinitamente meno libera dei privati nell’esercizio della sua volontà”. Vi sono dunque derogazioni *en plus* e derogazioni *en moins*, materia quest’ultima “meno esplorata e meno sistematizzata” della precedente²¹.

La differenza tra i due regimi giuridici è di tutta evidenza ed è sufficiente rimandare ad altri miei scritti nei quali per lungo tempo ho seguito, inconsapevolmente, l’indicazione di Rivero, giungendo alla conclusione che proprio nelle derogazioni *en moins* il diritto amministrativo trovi un sicuro e riconoscibile fondamento e si traduca per il cittadino in un diritto di gran lunga più garantista²².

Ciò che però interessa qui evidenziare è la valenza del tutto relativa dei criteri di riparto non solo, come si è detto, riguardo ai tratti caratterizzanti il diritto amministrativo, che vanno invece ravvisati nel regime giuridico, ma altresì in ordine alla loro intrinseca pregnanza. Anche studi recenti hanno dovuto concludere che si tratti di nozioni non rigorose, tanto che non resterebbe altro che affidarsi alla tradizione²³.

Si prenda, per fare un esempio significativo, la categoria principe della giuspubblicistica europea: l’atto autoritativo o il potere amministrativo. Nulla di più misterioso. Si evoca spesso l’unilateralità del potere, ma, a ben vedere, lo stesso potrebbe predicarsi per ogni diritto che prevale su un diritto concorrente. Semmai potrebbe evidenziarsi che l’amministrazione, come è inevitabile, goda anche di diritti che non fanno normalmente parte dei diritti dei privati: se si vuole una esorbitanza o piuttosto una differenza che si muove solo sul piano del contenuto e dell’estensione dei diritti, non della loro struttura. Si tratterebbe in ipotesi di un criterio, quello dei diritti di cui non godono i privati, ben diverso dal criterio dell’autoritatività e che in ogni caso non coprirebbe l’ambito tradizionale di applicazione del diritto amministrativo. Non sono infatti mai mancati diritti, di cui godono anche i privati, che in capo all’amministrazione sono stati rivestiti e continuano ad essere rivestiti di una coloritura pubblicistica.

Se si va del resto alle origini storiche del distinguo tra atto d’impero e atto di gestione, ci si avvede che nell’assolutismo, con i suoi antesignani di origine giusnaturalistica, esso servì per enucleare tra gli atti regii, di per sé insindacabili, degli atti privati del sovrano, sottoponendoli così al diritto comune²⁴, mentre, dopo la Rivoluzione francese, venne riesumato per fronteggiare la novità del Decreto del 2 settembre 1795 che interdiceva ai tribunali di conoscere gli atti dell’amministrazione “di qualunque specie essi siano”, il che avrebbe potuto condurre, se non più all’insindacabilità dell’assolutismo, a far assumere a quello che sarebbe divenuto il giudice amministrativo le sembianze di una giurisdizione *ratione personae*, coprente cioè tutte le controversie interessanti la pubblica amministrazione. Fu grazie all’intervento di Merlin e di Locré che, già nei primi anni dieci del XIX sec., la giurisprudenza ebbe subito ad adoperarsi per recuperare talune controversie alla giurisdizione dei tribunali²⁵. In altre parole,

²¹ J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, 1953, 279 ss.

²² Da ult., M. Mazzamuto, *Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française*, in *Il diritto dell’economia*, 2025, 11 ss.

²³ Così nella dottrina austriaca, A. Jakab, L. Kirchmair, *Tradition und Analogie in der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung*, in *MPIL research paper series*, 2019, 11.

²⁴ O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, IV ed., Milano, 1934, 281; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 31; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., I, Milano, 1905, 169.

²⁵ A proposito di un atto di locazione, considerato come un *acte de régie* e non come esercizio dell’autorità: Cass. sez. civ. 15 aprile anno XII, in J.-B. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1804, V, 1, 50-51; Conseil d’État, 9 settembre 1806, in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil d’État, depuis 1806... jusqu’à la fin de septembre, 1818, 1818-1825*, I, 3 e 21.

contrariamente a quello che si potrebbe credere, l'evocato distinguo ritorna ancora una volta come un mero artificio pratico volto più a fondare con gli atti di gestione la competenza dei tribunali che a fondare con gli atti d'impero una già presunta competenza amministrativa.

È in quel momento che inizia la storia del "riparto", per come almeno la si è ereditata dal secolo decimonono in poi. Ciò fa comprendere sia perché vi si annidasse pur sempre la premessa per una larghezza delle qualificazioni pubblicistiche, sia, in senso opposto, perché altri criteri, pur in parte utilizzati per giustificare qua e là quella larghezza, non abbiano mai potuto assumere valenza conclusiva in quanto potenzialmente totalizzanti, come ad esempio quello dell'interesse pubblico²⁶, atteso che ogni atto dell'amministrazione è posto nell'interesse pubblico.

Invero, non da ora ho maturato il convincimento che non esista alcuna precognizione giuridica dell'ontologia dei criteri di riparto: il che vale anche per l'autoritatività²⁷. Non a caso, i *patres* non vi davano un'importanza decisiva²⁸, ritenendo che andasse piuttosto presa in considerazione l'alternativa tra atto di diritto pubblico e atto di diritto privato²⁹. Sostituire questa distinzione con la precedente non risolve ovviamente il problema, poiché anche qui non vi è alcuna precognizione ontologica di quando ricorra l'uno o l'altro tipo di atto, ma ci dà una chiave di lettura, mettendo in evidenza l'unica cosa certa, che non è appunto il criterio di riparto, bensì la differenza tra i regimi giuridici.

Per quanto, sul piano logico, è il regime giuridico che segue alla qualificazione e formalmente la retorica della motivazione giuridica continua sempre ad attenersi ad un siffatto schema, la storia reale del riparto ci offre un *iter* inverso: è la scelta, più di matrice giurisprudenziale che legislativa, sul regime giuridico cui si preferisce far ricorso a condizionare la qualificazione.

La ragione che ha condotto al perpetuarsi dell'ampiezza delle qualificazioni pubblicistiche e dunque dell'ambito di applicazione del diritto amministrativo non risiede, a ben vedere, in alcuna ontologia dommatica delle categorie giuridiche, bensì nella ragion pratica liberale che ha visto incarnarsi nel sistema giuspubblicistico un insieme di garanzie per il cittadino che non ha pari in tutta la storia della civiltà giuridica. Non avrei dubbi nell'ascrivere il diritto amministrativo, sviluppatosi a partire dal XIX sec. in Francia, tra le più importanti conquiste realizzatesi tra la fine dell'età moderna e l'inizio dell'età contemporanea.

Di questa *ratio* ce ne dà ancor oggi dimostrazione una nostra autorevole dottrina dove il *favor* per il diritto pubblico ha una chiara ispirazione garantista³⁰. Così, riguardo alle "figure complesse", come

Su tali vicende, L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, 145 ss.; M. Mazzamuto, *Giandomenico Romagnosi inventore del diritto amministrativo?*, in *Diritto e società*, 2016, 720 ss.

²⁶ Ad es., nella nostra giurisprudenza, SU 3 giugno 1892, in GA, 1892, III, 71: "anche negli atti di gestione i Comuni e le provincie hanno per ultimo scopo la utilità generale", ma "questa sola non basta dunque per qualificare un atto come atto di impero".

²⁷ Già alla fine del secolo decimonono, ad es., G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1892, 111, osservava che "invano si cercherebbe nelle decisioni delle nostre supreme Corti, o delle straniere, un criterio esatto per distinguere gli atti di gestione da quelli di impero".

²⁸ G. Chiovenda, *Principi*, cit., 346: "Bisogna tuttavia osservare che la categoria degli atti d'impero non deve essere presa troppo alla lettera, comprendendovi solo gli atti d'esercizio d'impero in senso stretto".

²⁹ A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 526: quella tra atti d'impero e di gestione "equivale alla distinzione fra il *diritto privato* e il *pubblico*"; S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, 568: "Più corretto ed opportuno è sostituire all'espressione atti di gestione l'altra di negozi giuridici privati e designare gli atti d'impero come atti amministrativi"; F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, s. d., Milano, 812: "Nella teoria degli atti impero e di gestione in sostanza non si fa se non determinare, quali attività possano rispondere alle norme del diritto privato e quali a quelle del diritto pubblico"; O. Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., 49: "se intendiamo con l'espressione atti di impero gli atti amministrativi, e con quella di atti di gestione gli atti giuridici privati, le due espressioni possono essere usate, ancora oggi, correttamente".

³⁰ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, 3555 ss.

le concessioni o il pubblico impiego, sulle quali si era riversata la critica di una presunta forzata pubblicizzazione, non si ha remore ad affermare che, se esse “sono attratte nel campo dell’autorità, del diritto pubblico”, ciò “è dovuto ad una esigenza molto seria, quella di preservare appunto la disciplina speciale e tipica dell’azione amministrativa”³¹, sicché, ad es., “gli atti di costituzione di diritti alieni sui beni del demanio” che “potrebbero essere costruiti come negozi di diritto privato”, invece “sono stati costruiti come concessioni per precisi obiettivi strettamente connessi con il principio di legalità e i principi di imparzialità e buon andamento”³². Come si vede, ancora una volta, non è una presunta ontologia dell’atto a reggere il discorso, quanto il regime giuridico cui per maggior tutela si dà preferenza.

3. Le tare originarie del sistema italiano

3.1. Due giudici del diritto pubblico

Il nostro sistema giuspubblicistico è figlio della tradizione francese³³ e con esso condivide in termini generali le problematiche del dualismo cui si è sopra fatta menzione. Non mancano tuttavia delle particolarità nostrane che hanno arrecato ulteriori complicazioni e che sono rimaste sempre sullo sfondo, pronte, come un fiume carsico, a riemergere.

La legge abolitiva del contenzioso del 1865 (Allegato E) intese interrompere la tradizione del contenzioso amministrativo, che pur si era sedimentato nell’ordinamento piemontese, come in altre importanti esperienze preunitarie, sulla scorta del modello francese. Questa scelta, e sta proprio qui il suo contenuto abolitivo, ebbe subito l’importante effetto di sottrarre alla giustizia amministrativa (prima i Consigli di intendenza e, in appello, la Corte dei conti, poi, con la riforma Rattazzi del 1959, i Consigli di prefettura e, in appello, il Consiglio di Stato) il cd. contenzioso amministrativo in senso stretto, da distinguere da quello grazioso. Più esattamente venne abolito il contenzioso amministrativo ordinario, risultante dalle materie elencate nelle patenti regie preunitarie e poi nella citata riforma Rattazzi del 1959, e sulle quali si appuntava la critica di una espropriazione delle naturali spettanze dei tribunali³⁴, mentre rimanevano salvi, ai sensi dell’art. 12³⁵, i casi di contenzioso amministrativo speciale, diversi da quello ordinario³⁶.

Sin qui si sarebbe potuto consumare soltanto un travasamento. Attraverso l’abrogazione delle norme processuali di conferimento alla giustizia amministrativa, parte delle relative controversie, quelle che allora si consideravano di “pura amministrazione”, sarebbe andata all’amministrazione, e parte, quelle che erano oggetto della *querelle*, ai tribunali in ragione della loro reputata natura

³¹ F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 434.

³² F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv.trim. dir. pubb.*, 2000, 1060, nota 52.

³³ Si rinvia a M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law and ‘Jurisdictionalisation’ of Administrative Justice in the 19th Century*, in G. della Cananea, F. Mannori (a cura di), *Administrative Justice Fin-de-siècle*, Oxford, 2021, 282 ss.

³⁴ S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, 1880, ora in Id., *Giustizia nell’amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, 33: “Era quindi una necessità di unificazione, e insieme di progresso, delle nostre istituzioni giuridiche, abolire quell’istituto, nei termini in cui si trovava costituito; poiché l’usurpazione mostruosa, che gli era stata permessa, di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto, – *inter privatos et fiscum* – non era più tollerabile”.

³⁵ “Con la presente legge non viene fatta innovazione né alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, né alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo” (art. 12).

³⁶ F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1876, 247: “sarebbe errore il credere che oltre l’autorità amministrativa o l’autorità giudiziaria non ci sieno altri veri giudici e proprie giurisdizioni di materie amministrative”; L. Armanni, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891, 57 ss. ancora sui cd. “residui” del contenzioso amministrativo, ai sensi dell’art. 12 della legge del 1865.

civilistica³⁷. Ed in questo senso sembrava ancora andare l'art. 1 per il quale "I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, *tanto in materia civile, quanto in materia penale*, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge". Non diversamente, oggi, il legislatore ha privatizzato il pubblico impiego, fuoriuscendo dall'ambito pubblicistico, o la giurisprudenza ha, ad es., mutato la qualificazione degli atti di nomina o revoca degli amministratori in una società partecipata, in passato considerati provvedimenti e adesso riportati al comune diritto societario (da ult. SU n. 4413/2024)

Ma già si poneva invero la prima e fondamentale tara del sistema: la configurazione di due giudici del diritto pubblico.

La LAC ebbe infatti anche un'ulteriore pretesa, questa volta invece potenzialmente densa di effetti ordinamentali e innumerevoli complicazioni. I tribunali non si atteggiavano esclusivamente a giudici delle controversie privatistiche con l'amministrazione, pur, come si è visto, ampliate nella loro portata con l'abolizione del contenzioso amministrativo ordinario, ma si pretende che assumano anche le vesti di giudici, almeno in parte, di controversie di diritto pubblico, considerate come tali, tanto da parlare della lesione di diritti da parte di "provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa" e da disciplinare appositamente i poteri del tribunale di fronte appunto all'"atto dell'Autorità amministrativa", limitandoli alla disapplicazione (art. 4), così come disponendo che l'autorità giudiziaria sarà tenuta ad applicare "gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali" solo "in quanto siano conformi alle leggi" (art. 5). Si trattava inequivocabilmente di un linguaggio evocativo della tradizione giuspubblicistica già incardinata nell'ordinamento³⁸.

Nell'Allegato D della medesima legge, riguardo alla disciplina del Consiglio di Stato, si prescrive, al contempo, che il ricorso grazioso al Re fosse esperibile per contestare "la legittimità di provvedimenti amministrativi" (art. 9), il che, per come venne subito applicato, comprendeva non solo il sindacato grazioso sulla intrinseca giustizia dell'atto, preclusa ai tribunali, ma anche quello sulla conformità alle leggi, prefigurando già un sovrapporsi dei due rimedi, pur di natura diversa, uno giurisdizionale, l'altro amministrativo, sul sindacato di legalità in senso stretto.

Fin quando il Consiglio di Stato fu giudice dei conflitti questa possibilità, in particolare dal lato della sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria, venne fortemente contrastata. Come si evince dalle note di redazione di *Giurisprudenza italiana*, se "le Corti di cassazione di Firenze e di Torino più volte dichiararono non meno che inattendibili gli atti del potere esecutivo che contraddicevano ad una legge", pur tuttavia della "legge 20 marzo 1865 del contenzioso amministrativo, il Consiglio non si preoccupò affatto" (1868, I, 64), sicché "la magistratura non può che ripiegare la propria bandiera" (1872, I, 312). Il Consiglio di Stato continuò nella sostanza ad applicare il distinguo tra atti d'impero e atti di gestione, precludendo quindi ai tribunali anche il sindacato di legalità sulla violazione di leggi amministrative.

Le cose cominciarono a cambiare quando la competenza sui conflitti passò nel 1877 alle Sezioni Unite della Cassazione e si poté iniziare a ritessere l'applicazione, sin lì essenzialmente negata, della legge del 1865.

Significativo è lo spaccato che, dopo qualche anno, ci offre il Procuratore generale De Falco nel discorso inaugurale del 1884. Nella giurisprudenza vi è ancora una certa prudenza nell'aver soltanto "moderato codesta dottrina troppo assoluta", quella della distinzione tra atti di gestione, spettanti all'autorità giudiziaria, e atti d'impero, spettanti all'amministrazione, ma già si anticipano

³⁷ Persico, *op. loc. cit.*: le controversie sottratte al contenzioso amministrativo "furono rimesse ai giudici ordinari, o all'amministrazione pura".

³⁸ Ancora nel 1910, il Procuratore Quarta, *Discorso*, in GA, 1910, IV, 6, raffigurava gli atti d'impero, per i quali valevano le limitazioni dell'art. 4 della legge del 1865, come "atti della autorità amministrativa emessi ed indirizzati a provvedere su *materie contemplate e regolate dal diritto pubblico*" (corsivo nostro).

problematiche che in seguito verranno maggiormente al pettine e si profilano chiaramente gli indirizzi da seguire nella logica della legge del 1865.

Comprendendo perfettamente le difficoltà dell'eventuale sovrapposizione dei rimedi, ma senza prospettare un modo per prevenirla, si lamenta che "la legittimità", sindacata in sede di ricorso al Re, avrebbe dovuto intendersi non "nel senso rigoroso di «legalità dell'atto»", che "comprende sempre una questione di diritto civile o politico" di competenza giudiziaria, bensì più nell'"abuso di potere" che nel suo "eccesso", più nella "giustizia ed opportunità" del provvedimento che nel suo "difetto di competenza e di forma", mentre la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato su tali ricorsi si era invece fatta anche carico della "legalità".

Si provvede a puntellare il ruolo dei tribunali, pur rimanendo le "dubbiezze non lievi nel fissare la estensione ed i limiti della competenza giudiziaria rispetto agli atti amministrativi": tale competenza va attinta "anziché dalla qualità dell'atto amministrativo sia di gestione o d'impero, dalla qualità dell'oggetto leso e dalla distinzione fra «interesse e diritto», sulla quale è fondata la legge del 1865", sicché, anche nel caso degli atti di impero, se essi "offendono un interesse privato, la legge lascia alla prudenza dell'amministrazione stessa il poterli emendare. Ma se l'interesse leso è elevato dalla legge a dignità di diritto, spetta al potere giudiziario il rivendicarlo o il reintegrarlo".

Si arriva così al punto focale: si relativizza, ai fini della competenza, la distinzione tra leggi di diritto pubblico e leggi di diritto privato, sicché "il potere giudiziario cui compete la protezione giuridica del diritto, applica e il diritto pubblico e il diritto privato, a tenore della natura e degli effetti di ciascuno", contestando la "speciosa teorica" che "avrebbe annullato la legge del 1865" nel vietare ai tribunali di "conoscere della validità o nullità dell'atto", e sostenendo che "il giudizio sulla legittimità, o meglio sulla legalità dell'atto amministrativo, spetti indubbiamente all'autorità giudiziaria per decidere se vi sia stata lesione del diritto ... o per difetto di «facoltà» ove la legge non dava potere di porlo, o per difetto di «competenza» ove l'autorità da cui emana non era competente a porlo, o per difetto «di forme» laddove le forme prescritte dalla legge non siano state osservate"³⁹.

Con la legge del 1889 la difficoltà, invece di trovare soluzione, si assevera ulteriormente e in un confronto ancor più stridente: non quello, che si è visto, tra azione giudiziaria e ricorso grazioso, ma tra azione giudiziaria e azione di fronte a quello che, di lì a poco, sarebbe stato considerato dalla stessa Cassazione, al fine di sottoporlo al proprio sindacato, come un nuovo organo giurisdizionale, con il rischio di veri e propri conflitti tra giudicati e più in generale tra diverse nomofilachie, entrambe giurisdizionali, sulle stesse norme di legge. Un confronto, questa volta, ben più impegnativo: non a caso si ebbe presto ad osservare che "l'evoluzione vera e propria della Cassazione nel largheggiare per la competenza giudiziaria incominciò ad avverarsi dal 1890 in poi"⁴⁰.

L'affermazione della natura amministrativa della istituenda IV Sezione del Consiglio di Stato fu una pura astuzia di Crispi, pur di condurre in porto la riforma, di fronte a chi lamentava un tradimento del principio della giurisdizione unica. Lo statista siciliano non aveva tutti i torti, poiché comprendeva

³⁹ G. De Falco, *Discorso*, Roma, 1884, *passim*.

Discutibile è come si affermi che addirittura la "giurisprudenza costante del Consiglio di Stato ha inteso la «legittimità» dell'atto nel senso ristretto di «legalità»" e che "da qui è nato che chi abbia a dolersi della ingiustizia intrinseca dell'atto, vede non di rado respinto il suo reclamo, per difetto di competenza, e dall'autorità giudiziaria e dall'autorità amministrativa" (ivi, 18).

Basti menzionare Consiglio di Stato, parere 16 luglio 1870, in *Rivista amministrativa del regno*, 1874, 619, ove si afferma che "secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la questione della legittimità di provvedimenti amministrativi non si può esaminarla sempre ed in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e quindi dal merito dei provvedimenti stessi"; o ancora parere 5 dicembre 1879, dovuto alla penna di Silvio Spaventa, inedito ma riportato da G. De Nava, *Consiglio di Stato*, in *Digesto italiano*, 1895-1898, 310, ove si afferma che "la legittimità dei provvedimenti" va "intesa alquanto largamente, come richiede l'indole di una savia giurisprudenza amministrativa".

⁴⁰ Nota redazionale al *Discorso del Procuratore Generale Senatore Emilio Pascale*, 3 gennaio 1898, in *GA*, 1890, IV, 2.

che, al di là dei tecnicismi giuridici, la IV Sezione, per la stessa forza istituzionale dell'incardinamento di un cotanto organismo, avrebbe comunque cambiato i connotati al modello della giurisdizione unica, e così fu. Le concessioni fatte alla contingenza politica finirono tuttavia per lasciarci delle scorie di cui continuiamo ancor oggi a pagare le conseguenze.

Non ci troviamo di fronte ad un organo concepito soltanto per sopperire alle ragioni di equità, come in precedenza augurava De Falco per il ricorso grazioso. Il modello concretamente incarnato nella giustizia graziosa, comprensivo del controllo di legalità, trova adesso un suo prosieguo nella IV Sezione, cui si attribuisce una generale competenza di annullamento degli atti amministrativi per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere. Non a caso, lo stesso Orlando, che poi propugnerà la tesi della natura amministrativa per risolvere il problema del conflitto di giudicati e per evitare che le decisioni del nuovo organo venissero soggette al sindacato della Cassazione, ebbe inizialmente ad affermarne che la IV Sezione avesse natura giurisdizionale, proprio perché investita del controllo di legalità: nella legge Crispi, "il giudizio sul merito intrinseco e sulla convenienza dell'atto amministrativo non fu tenuta se non in un conto affatto sussidiario e subordinato", tanto che i casi di giurisdizione anche in merito erano tassativi e che invece nella competenza generale si comprendono vizi come la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere (*prima facie* ancora inteso come incompetenza) che "di regola, hanno la garanzia dell'autorità giudiziaria", sicché la riforma (il riferimento è anche alle giunte provinciali amministrative) non riuscì "nel fatto che a istituire delle vere e proprie giurisdizioni amministrative speciali"⁴¹. E non a caso, qualche anno dopo, nel *Trattato*, sempre Orlando osserverà che il ricorso alla IV Sezione non era altro, nei contenuti, che la continuazione del ricorso grazioso (che a quel punto avrebbe dovuto essere abrogato), sia sul versante del controllo di legalità, sia sul versante di quel controllo di legalità più ampio, quello di legittimità, preso atto che la clausola dell'eccesso di potere venne subito utilizzata dalla IV Sezione per rinverdire la disamina della intrinseca giustizia dell'atto già praticata nella giustizia graziosa⁴².

La persistenza, anzi, come si è visto, l'aggravamento della tara sta in questo, che è poi il maggiore inconveniente ereditato dall'astuzia di Crispi. Di fronte alla costituzione di un cotanto giudice di legittimità degli atti amministrativi -che non era altro che lo stesso Consiglio di Stato, non più mero organo consultivo dei ricorsi graziosi, così come in Francia si era passati dalla giustizia ritenuta alla giustizia delegata-, sarebbe stato logico abrogare la competenza dei tribunali sui provvedimenti ai sensi della legge del 1865, il che avrebbe consentito, anche al livello legislativo, di rientrare nel solco più ordinato del modello dualistico: il giudice del diritto privato e il giudice del diritto pubblico. Ed invece la competenza dei tribunali fu fatta espressamente salva per non turbare i difensori della giurisdizione unica.

La nostra migliore dottrina fu subito consapevole delle difficoltà e dovette imbarcarsi in una nuova ricostruzione del sistema che tenesse conto di entrambe le leggi, quella del 1865 e quella del 1889: un sistema inedito, privo di termini di confronto comparativo, e che conteneva l'insanabile contraddizione di tenere in vita due giudici del diritto pubblico.

Ci si confrontò subito col problema più urgente, quello di un eventuale contrasto di giudicati. Ed è proprio per questa ragione che si addivenne all'enfaticizzazione del distinguo tra le posizioni soggettive, tenendo in ciò anche conto degli orientamenti della Cassazione, che in quel distinguo fondava la garanzia della competenza dei tribunali in applicazione della legge del 1865. Per separare all'interno delle controversie pubblicistiche le rispettive spettanze dei due giudici, e con ciò prevenire appunto in radice il conflitto tra giudicati, si distinse tra interessi legittimi e diritti soggettivi anch'essi di diritto pubblico, da non confondere con il caso di diritti soggettivi insistenti su rapporti di diritto privato che avrebbero investito controversie già di naturale di competenza dei tribunali.

⁴¹ V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 354-355.

⁴² V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, III, 697 ss.

Non era certo una soluzione ottimale, ma per colpa non della dottrina, bensì del pasticcio combinato dal legislatore. Se si scongiurava il conflitto tra giudicati, non si sarebbe potuto evitare la distonia sistematica di due nomofilachie del diritto pubblico, quantomeno riguardo alle violazioni di legge.

Si doveva fare di più, cercando di limitare per quanto possibile i danni del dettato legislativo. Le posizioni soggettive diventano così il luogo di un geniale espediente pratico ideato da Oreste Ranelletti. Gli interessi legittimi, e dunque la giurisdizione del giudice amministrativo, sussistono non solo in presenza di quel più ampio novero di interessi tutelati dal diritto pubblico (gli interessi occasionalmente protetti), ma anche in presenza di diritti soggettivi che si confrontano con un provvedimento discrezionale (teoria della degradazione). Sotto le mentite spoglie delle posizioni soggettive si finiva così per perpetuare l'atto d'impero, poiché è del tutto evidente che, con la teoria della degradazione, è la presenza del provvedimento (discrezionale), qualificato come tale, a determinare la giurisdizione, non la posizione soggettiva.

Lo stratagemma di Ranelletti era più che altro un accorgimento pratico⁴³ decisivo per mantenere un ambito ampio alla giurisdizione amministrativa e comunque sufficiente a garantire il controllo sistematico del diritto pubblico da parte del Consiglio di Stato. Si doveva però lasciar qualcosa delle controversie pubblicistiche ai tribunali per non essere accusati di disapplicare la legge del 1865. Certo il meno possibile: il lumicino del provvedimento vincolato.

E non vi era soltanto una ragione sistematica, che andava pur sempre considerata in un ordinamento dualistico. Il *favor* per il regime più garantista del diritto pubblico non poteva qui che tradursi anche in un *favor* per il suo ben più attrezzato giudice naturale e dunque per un'estensione della qualificazione di interesse legittimo. Ciò era apparso subito chiaro a Ranelletti nel rispondere alle prospettazioni di Vittorio Scialoja. La tesi del *petitum* era insostenibile, a causa del conflitto tra giudicati, ma occorreva pur sempre rispondere all'esigenza di tutela che vi stava alla base: ma come era possibile che alla giustizia amministrativa potesse accedere il titolare di un interesse e non anche il titolare di un diritto soggettivo? Anche a questo servi la teoria della degradazione: il titolare del diritto soggettivo avrebbe potuto rivolgersi al giudice amministrativo, senza perdere la possibilità, a seguito dell'annullamento e col riespandersi del diritto, di recarsi dai tribunali per l'eventuale risarcimento del danno. Certo rimaneva il lumicino dei titolari di un diritto soggettivo che rimaneva tale, privi di accesso alla tutela della IV Sezione: le vittime sacrificali del rispetto della legge del 1865.

Nella dottrina, per più di un secolo e ancora ai giorni nostri, tutto ciò è stato invece preso sul serio e si è così assistito ad interminabili discussioni scientifiche. Basti pensare alla diatriba tra coloro che sostengono la distinzione tra norma-potere-fatto (atto discrezionale) e norma-fatto (atto vincolato) e coloro che invece ritengono come anche in quest'ultimo caso vi sia l'intermediazione di potere amministrativo; o ancora all'idea che il diritto soggettivo garantisca un risultato, mentre l'interesse legittimo, in quanto contrapposto all'atto discrezionale, soltanto una *chance* di risultato, o all'idea dell'interesse legittimo come istituto di teoria generale. Invece di attenersi alla ragion pratica, come tentarono i *patres*, minimizzando il più possibile le conseguenze di una soluzione imperfetta e assorbire così senza sconquassi sistematici l'eccentricità del legislatore, si è costruito un autentico bubbone, schiavo in via derivata della deformante origine processuale e mosso ad enfatizzare falsi problemi o ad alterare le categorie dommatiche. Si può comprendere che gli archeologi fautori della giurisdizione unica nel loro *perseverare diabolicum* vogliano trasformare il lumicino nei botti del festino di Santa Rosalia, meno si comprende che i fautori della giustizia amministrativa siano caduti nella trappola,

⁴³ La valenza pratica del costrutto ranellettiano fu presto colta da V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 722, nota: "Il Ranelletti ha il merito di avere per il primo tentato di ricondurre ad un'apposita categoria scientifica questi rapporti intermedi fra i semplici interessi e i veri e propri diritti, applicandovi una denominazione apposita: 'interessi legittimi'. E il tentativo è felice, non tanto, forse, in teoria, quanto come spiegazione di talune creazioni positive, dovute alle nostre recenti riforme in tema di giustizia amministrativa".

finendo, pur a fini di contrasto, per avvalorare questo piano di ragionamento teorico, come se da questo dovessero effettivamente dipendere le soluzioni sul riparto o la stessa rappresentazione dei caratteri del sistema pubblicistico.

Anche la giurisprudenza era consapevole della difficoltà.

La IV Sezione sin da subito optò per la teoria del *petitum*: un'astuzia pratica che consentiva di ammettere una grande quantità di ricorsi, che solo in piccola parte arrivavano in Cassazione. Un ottimo espediente per imporre nei fatti un ampio incardinamento della propria giurisdizione. Vi era certo l'eventualità che una parte eccepisse l'incompetenza, sicché, come imposto dall'art. 41 della legge del 1889, la IV Sezione doveva subito sollevare la questione in Cassazione, ma, non a caso, in "rarissimi casi" lo fece d'ufficio⁴⁴ e la sua decisione al riguardo era insindacabile⁴⁵. In sostanza, di fronte ad una domanda di annullamento di un atto amministrativo la IV Sezione tirava dritto per la sua strada, tanto più quando nel 1907 venne meno anche l'obbligo di cui all'art. 41 cit.⁴⁶.

Ben inteso, ciò era possibile perché vi era anzitutto l'astuzia dei ricorrenti, i quali, come già mostravano le statistiche di allora, preferivano di gran lunga rivolgersi alla tutela della IV Sezione, più profonda nel sindacato, grazie alla tradizione graziosa, e più efficace nel rimedio, grazie al potere di annullamento⁴⁷. Si può anzi dire che, al di là delle problematiche del riparto, sia proprio la maggior tutela prestata e il favore di coloro che agivano in giudizio per il Consiglio di Stato ad aver comunque garantito il consolidarsi dell'istituzione nel nostro ordinamento.

Inevitabilmente diverso l'orientamento della Cassazione, che non poteva che attaccarsi al dettato della legge del 1865 ed ai precedenti giudiziari, in precedenza disattesi dal Consiglio di Stato nella veste di giudice dei conflitti, confermando con immediatezza il rilievo della distinzione tra diritti e interessi⁴⁸.

Se il criterio del *petitum* non era idoneo a dare un assetto ordinato al riparto, il ricorso alla distinzione tra diritto e interesse, pur separando le controversie ed evitando il conflitto tra giudicati, non era tuttavia affatto risolutivo.

La giurisprudenza della Cassazione dei primi decenni, successivi alla legge Crispi, sino almeno al concordato Romano-D'Amelio, è di grande interesse poiché mostra le innumerevoli complicazioni cui si andò incontro nel combinare l'affermazione della giurisdizione dei tribunali con l'ingombro della IV Sezione. Si trattò di un crogiuolo di distinguo e tentativi, senza mai riuscire a mettere in ordine il sistema, a conferma di quanto fosse ingestibile la tara del concorso di due giudici del diritto pubblico.

⁴⁴ V. Scialoja, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in GA, 1901, IV, 67 ss., mettendo peraltro in guardia da "pregiudizi dottrinari e sistematici" che "ci inducano a ritenere che la sola o la migliore difesa del diritto sia quella che si ottiene dal giudice ordinario".

⁴⁵ SU 12 gennaio 1904, in GA, 1904, III, 40: "non è censurabile in Cassazione una decisione della IV Sezione per non aver sollevato d'ufficio la questione della propria incompetenza, quando questa questione non sia stata proposta dalle parti", salvo che venisse riproposta alla sua attenzione avverso la pronuncia del giudice di merito.

⁴⁶ Il riconoscimento alla IV Sezione della cd. "competenza sulla competenza" era stata sollecitata nello stesso ambiente della Cassazione. V. *Discorso dell'Avvocato Generale Quarta*, 3 gennaio 1903, in GA, 1903, IV, 1 ss. Già, a seguito della riforma, SU 17 gennaio 1911, ivi, 1911, III, 9: "Le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato sono giudici della propria competenza, e possono quindi esaminare e decidere se la controversia, sottoposta al loro esame cada o pur no sopra un diritto civile o politico".

⁴⁷ In quegli anni, se ne avvedette, riguardo nella sua attività forense, anche V. E. Orlando, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-98, 879: "Chi scrive queste pagine ha dovuto, nella sua pratica professionale, osservare che quando è possibile, per una medesima controversia, adire i tribunali ordinari o quelli di giustizia amministrati va, le parti hanno una sensibile preferenza a favore di questi ultimi"; o G. Chiovenda, *Principi*, cit., 375 ss.: "Subito accadde che qualche titolare di un diritto vero e proprio (...) invece di ricorrere all'autorità giudiziaria, scelse la via più rapida, economica ed efficace del ricorso alla IV Sezione".

⁴⁸ Caso *Laurens*, SU 24 giugno 1891, cit.

Il primo e necessario assunto, nella logica della legge del 1865, non poteva essere che quello di negare la sussistenza di una pregiudiziale amministrativa, intesa come questione di giurisdizione⁴⁹, così da consentire all'autorità giudiziaria, ai fini del risarcimento, un diretto ed esclusivo sindacato di legalità. È questo fu non a caso subito affermato in via generale⁵⁰, benché non mancassero delle eccezioni, come nel caso del pubblico impiego⁵¹ e più ampiamente per le materie, invero di non piccolo numero, che erano affidate dalla legge alle giurisdizioni speciali amministrative⁵², come nei casi di giurisdizione di merito⁵³. A maggior ragione la pregiudiziale fu negata quando l'atto amministrativo si atteggiava ad atto presupposto di un contratto stipulato, sicché, nel famoso caso *Trezza*, la Cassazione statui che "la sostanza vera del giudizio" non fosse l'annullamento dell'atto da cui far scaturire delle conseguenze sul contratto, bensì, tutto al contrario, "lo annullamento di un rapporto contrattuale, diritto eminentemente civile, da sottoporsi esclusivamente allo esame del magistrato ordinario", cui semmai potrà spettare, a tal fine, il controllo di legalità sull'atto amministrativo⁵⁴.

Tanto, in quegli anni, la Cassazione era intenta ad acquisire in via esclusiva il controllo sulle violazioni di legge che, in un'occasione, arrivò addirittura a ritenere ammissibile una mera azione di accertamento che avesse appunto per oggetto la legittimità dell'atto⁵⁵, con la conseguenza che l'interessato, invece di poter ottenere in via immediata l'annullamento da parte della IV Sezione, avrebbe dovuto, a seguito della declaratoria di illegittimità dell'autorità giudiziaria, prima rivolgersi all'amministrazione e poi, all'occorrenza, alla IV Sezione, in sede di ottemperanza del giudicato del tribunale⁵⁶, per conseguire la rimozione dell'atto.

⁴⁹ È bene precisare che l'espressione "pregiudiziale amministrativa", usata nella vulgata, o, se si preferisce, "pregiudiziale di annullamento", quale che sia il più corretto significato tecnico-processuale da attribuire al termine "pregiudiziale", nella nostra vicenda non dava luogo ad una mera sospensione del giudizio incardinato di fronte all'autorità giudiziaria, bensì appunto ad una questione di giurisdizione.

⁵⁰ SU 25 giugno 1896, in GA, 1896, III, 83: "Secondo l'art. 4 della legge sul contenzioso, perché il potere giudiziario possa pronunciare la riparazione del danno derivato da un atto amministrativo, non occorre il previo annullamento dell'atto medesimo da parte della giurisdizione amministrativa la legittimità dell'atto medesimo, e il giudice ordinario debba fare una tale disamina, né con ciò invade il campo riserbato all'autorità amministrativa"; v. anche 7 febbraio 1903, ivi, 1903, III, 59.

Niente affatto diversa è nell'essenza del costruito la nota pronuncia delle SU n. 500/1999, pur riferita *mutatis mutandis* al risarcimento degli interessi legittimi.

⁵¹ SU 9 febbraio 1894, in GA, 1894, III, p. 34, in caso di licenziamento per motivi di servizio pubblico, "occorre che la competenza autorità amministrativa riconosca l'illegittimità del provvedimento, prima che possa proporsi innanzi ai Tribunali l'azione di risarcimento per danni"; 10 febbraio 1897, ivi, 1897, III, 1: "La domanda degli impiegati licenziati tendente a ottenere il pagamento di stipendii rientra nella competenza giudiziaria; ma questa non vi si può pronunciare fintanto che non sia risolta prima la questione principale sulla legittimità o meno del licenziamento"; 25 agosto 1903, ivi, 1903, III, 136: riguardo ad una ordinanza sindacale di sanità pubblica, "la domanda di risarcimento non potrebbe esser proposta se prima, in via amministrativa, non fosse stato dichiarato nullo il provvedimento".

⁵² L. Mortara, *Commentario*, cit., 251, per il quale, in linea con la giurisprudenza, la possibilità che il titolare di un diritto potesse adire l'autorità giudiziaria subiva "una temporanea interdizione o sospensione, in tutti i casi nei quali la ricerca sulla illegittimità e ingiustizia dell'atto appartenga per motivo di competenza esclusiva (...) ad una giurisdizione speciale, e non abbia peranco ottenuto esame e decisione innanzi a questa".

⁵³ SU 29 dicembre 1897, in GA, 1897, III, 100, in materia di acque pubbliche, ove la competenza "relativa alle forme è attratta dall'altra sul merito che risiede in una potestà diversa della giudiziaria", sicché "è improponibile innanzi l'autorità giudiziaria ogni azione per indennità o pagamento di prezzo, ove l'atto d'imperio non sia mai stato nei modi e termini di legge impugnato e fatto dichiarare illegittimo come lesivo del diritto privato".

⁵⁴ SU 24 giugno 1897, cit.

⁵⁵ SU 21 luglio 1898, in GA, 1898, III, 67: "La facoltà data ai cittadini di ricorrere all'autorità giudiziaria non è limitata al risarcimento dei danni, ma può esplicarsi anche allo scopo di far dichiarare l'illegittimità dell'atto, per potersene poi avvalere la competente autorità amministrativa domandare la revoca o l'annullamento".

⁵⁶ Nella disciplina legislativa del 1889, l'ottemperanza riguardava solo il giudicato del giudice civile, ma, come è noto, la IV Sezione, lo estese, in via pretoria, anche ai giudicati del giudice amministrativo: IV Sezione 9 marzo 1928 n. 181 e 182, in RDP, 1928, II 217; nonché V Sezione 26 luglio 1929 n. 448, ivi, 1929, 495.

Venne pure riconosciuta la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria per il risarcimento ove, al di là dei suddetti casi in cui operava la pregiudiziale amministrativa, l'atto fosse stato comunque rimosso in via amministrativa⁵⁷, dal che lo stesso poteva dedursi qualora fosse intervenuta una pronuncia di annullamento della IV Sezione, atteso che, se di natura giurisdizionale, le sue decisioni, fossero state anche viziate di incompetenza, erano idonee, come fu subito riconosciuto, ad acquisire la forza del giudicato, vincolante l'autorità giudiziaria⁵⁸.

Ammessa dunque la sindacabilità dell'atto d'impero da parte dell'autorità giudiziaria, non si potevano tuttavia non confermarne taluni limiti: una cosa era il vaglio del rispetto delle leggi, altra cosa quello della discrezionalità amministrativa, che rimaneva precluso ai tribunali.

Come dare ordine a questo strabismo dei vizi?

La strategia adottata, esempio principe delle complicazioni, fu appunto quello di differenziare la *causa petendi*, e dunque la distinzione tra diritti ed interessi, a seconda dei vizi lamentati.

Si afferma così che l'apertura di uno stabilimento di istruzione non è "un vero e proprio diritto" poiché le autorità scolastiche possono impedirlo per "ragioni di interesse pubblico", sicché, se non è "manomessa alcuna forma di legge", l'autorità giudiziaria non è competente.⁵⁹; o che la sospensione di un impiegato è un atto d'impero di cui non sono sindacabili i motivi, ma l'autorità giudiziaria può condurre una "esame esteriore dell'atto", della sua "legalità", sicché, "se il potere amministrativo travalica la sua cerchia, o tiene in non cale le forme di legge", ciò comporta "non la lesione di un semplice interesse", ma del "diritto di un cittadino"⁶⁰. Tutto ciò declinato ovviamente anche con riguardo alla competenza IV Sezione: così, "proposto in questi termini il ricorso", cioè sotto il profilo della legalità, se ne trae la competenza giudiziaria, mentre se si fossero contestate le "necessità" di interesse pubblico, "a questi casi sottratti all'autorità giudiziaria, e prima abbandonati alla discrezione dell'amministrazione attiva" (si dimentica invero dell'esistenza dei ricorsi graziosi) "ora ha provveduto la legge con la organizzazione della giustizia amministrativa"⁶¹; o lapidariamente si statuisce come "con questo doppio sistema di cognizione si distingua giustamente la duplice e diversa materia del contendere, e si mantenga piena osservanza della legge sul Contenzioso amministrativo e dell'altra legge 1° maggio 1890 sulla giustizia amministrativa"⁶².

Qualora si fosse ritenuto di far valere in un'unica azione entrambi i vizi non poteva quindi che derivarne, ove investita la Cassazione, la frammentazione della causa: così, deciso un ricorso alla IV Sezione dove si lamentano al contempo ragioni di "pura indole amministrativa" e questioni di "competenza"; la Cassazione afferma l'esistenza di un diritto, ma l'autorità giudiziaria conoscerà solo

⁵⁷ SU 25 settembre 1897, in GA, 1897, III, 110, ove si osserva che, se l'autorità giudiziaria è competente per un atto esistente, "tanto maggiormente lo potrà quando l'atto amministrativo generatore del danno sia stato tolto di mezzo, e maggiormente ancora quando la stessa autorità amministrativa in via gerarchica, dichiarando la nullità dell'atto, lo abbia dichiarato ingiusto e illegittimo"; in seguito, contraddittoriamente, SU 25 agosto 1903, ivi, 1903, III, 129, non attribuiva invece rilevanza, a fini risarcitori, alla pronuncia consultiva di illegittimità del Consiglio di Stato in sede straordinaria (con nota redazionale critica).

⁵⁸ SU 12 dicembre 1901, ivi, 1902, III, tranne che la pronuncia della IV Sezione si fosse fermata a ragioni di rito, come l'irricevibilità; SU 13 febbraio 1906, ivi, 1906, III, 17.

⁵⁹ SU 19 febbraio 1891, ivi, 1892, III, 54. Nella nota redazionale si osserva l'importanza della decisione con la quale "si è dichiarato che spetta esclusivamente all'autorità amministrativa il giudizio sull'opportunità"; v, anche 31 agosto 1893, ivi, 1893, III, 92; 26 maggio 1894, ivi, 1894, III, 55 a proposito della sindacabilità della legittimità e non della "giustizia intrinseca dell'atto", così che "le due leggi contemporanee si armonizzano; e si evita la ripugnanza, che sarebbe tra di loro, dove si stimasse che del diritto privato altresì potesse conoscere il Consiglio di Stato"; SU 9 agosto 1894, ivi, 72.

⁶⁰ SU 7 gennaio 1893, ivi, 1893, III, 31; SU 14 luglio 1896, ivi, 1896, III, 127.

⁶¹ SU 18 marzo 1893, ivi, 1893, III, 45; anche 12 marzo 1894, ivi, 1894, 33; 9 agosto 1894, ivi, 64.

⁶² SU 28 giugno 1893, ivi, 1893, III, 47.

del “capo della domanda” relativo alla competenza, mentre per le prime rimane confermata la cognizione della IV Sezione⁶³.

In altre parole, per aggirare la tara, e separando le controversie tramite la *causa petendi*, si fanno i tribunali giudici esclusivi della legalità dell’atto, mentre la IV Sezione il giudice esclusivo della discrezionalità⁶⁴, cercando qui di imporre quanto non si era riusciti per il ricorso grazioso, fare cioè della IV Sezione una Corte di sola equità, ma con ciò contraddicendo la legge del 1889, che invece ne faceva anche giudice delle violazioni di legge.

Della consapevolezza, almeno in parte, di queste difficoltà ne diede subito prova il Procuratore generale nel 1897, dopo appena qualche anno dalla legge Crispi.

Si critica in modo tranciante la teoria del *petitum*, in ragione del possibile conflitto di giudicati, in quanto “identica è la questione di legittimità” di cui entrambi i giudici conoscerebbero in via principale, e si fa salvo il rilievo della causa *petendi* e dunque la distinzione tra diritti e interessi, ma il solito nodo viene al pettine, poiché è stato “giustamente osservato che gli organi della giustizia amministrativa non sieno Corti di equità, ma Corpi decidenti con criteri ed a norma di legge”. Invero, rimasero anche Corti di equità, grazie all’eccesso di potere, che verrà interpretato alla maniera francese secondo la tradizione graziosa. Quello che qui importa è però che fossero “giurisdizioni”, non organi graziosi, che, come pur era avvenuto per questi ultimi, decidono anche della legalità, sicché occorre concedergli un qualche spazio. Ciò induce il Procuratore a ritenere che la legge del 1889, di contro alla vulgata, avesse in qualche misura intaccato la competenza dei tribunali. Si prospetta di abbandonare l’idea che un interesse “diventa un diritto”, ogni qual volta l’atto violi la norma di legge. Se c’è un “interesse” anche la questione di diritto della violazione di una legge sarà oggetto della competenza della IV Sezione: “Or tutte queste questioni attinenti alla legittimità dell’atto o provvedimento amministrativo, diretto a governare e regolare semplici interessi, e che sono senza dubbio vere e proprie questioni legali, oggi, non più ai Tribunali, bensì al magistrato amministrativo, sono state attribuite”⁶⁵. In questo modo, si consentiva alla IV Sezione di conoscere di tutti i vizi, ma solo in presenza di un “interesse”, senza però che si chiarisse quale dovesse essere il criterio alternativo per la distinzione tra diritti e interessi. Questa indicazione non ebbe infatti seguito nella giurisprudenza, pur non mancando qualche pronuncia in tal senso⁶⁶. Si trattava però di una indicazione significativa, non solo perché partiva dal cuore del problema, ma anche perché dava un primo segno in vista dell’unica direzione possibile, quella di procedere verso un ampliamento del ruolo della IV Sezione.

Certo è che sul piano pratico le conseguenze dello strabismo dei vizi ai fini della giurisdizione erano sconcertanti: l’interessato non poteva far valere in un’unica azione entrambi i vizi, quello di violazione di legge e quello della discrezionalità, dovendo semmai svolgere due azioni (così come nella

⁶³ SU 27 gennaio 1903, ivi, 1903, III, 65.

⁶⁴ Ancora SU 13 marzo 1905, ivi, 1905, III, 61, afferma la competenza della IV Sezione, ove la domanda “non si fonda su un diritto derivante da sanzione di legge, ma da ragioni di utilità e di buon andamento”. Al più, con ulteriore modulazione, distinguendo il mancato rispetto delle “forme amministrative”, spettante alla IV Sezione, dal mancato rispetto di “disposizioni aventi forza di legge”, di competenza giudiziaria: SU 18 agosto 1903, ivi, 1903, III, 149.

⁶⁵ *Discorso del procuratore generale Quarta*, in GA, 1897, IV, 1 ss..

⁶⁶ SU 24 giugno 1891, cit., ove si afferma che la IV Sezione “è investita del potere di conoscere della violazione di legge, ma soltanto in relazioni agl’interessi offesi”; SU 29 gennaio 1902, in GA, 1902, III, 31: “Le questioni di forma e di legalità debbono, al fine di determinare la competenza, essere riguardate come questioni attinenti ad interessi quando esse si riferiscono a provvedimenti concernenti semplici interessi; e debbano al contrario come questioni di diritto quando la materia su cui cadono gli atti della cui legalità si discute sia materia essenzialmente giuridica”. O, all’opposto, in termini di negazione della competenza giudiziaria, SU, 30 dicembre 1895, ivi, 1895, III, 91 che di fronte ad un atto d’impero nega la competenza giudiziaria non solo riguardo al fatto che “abbia bene o male avvisato”, ma anche se “si siano ovvero no osservate le norme e le disposizioni relative”; SU 28 marzo 1903, ivi, 1903, III, 78, ove si è precluso ogni giudizio sulla “validità formale ed estrinseca dei provvedimenti, in ciò che attiene, all’ordine, alla disciplina e all’andamento del servizio nei rapporti di pubblico impiego”.

teoria del *petitum*, ma con portata e presupposti tutto affatto diversi); se poi la doglianza disponibile riguardava una sola tipologia di vizi, in un caso, quello dei vizi di legalità, doveva recarsi presso i tribunali per il risarcimento del danno, mentre gli era preclusa la via dell'annullamento di fronte alla IV Sezione, in altro caso, quello dei vizi della discrezionalità, doveva recarsi presso la IV Sezione, ma gli era preclusa l'azione risarcitoria di fronte ai tribunali.

La tradizionale difficoltà a riconoscere un risarcimento dei danni derivanti da un atto amministrativo, non era soltanto di diritto sostanziale, ma nasceva anche dal fatto che ai tribunali era impedito il sindacato di discrezionalità. Non si contano le liti in cui, in presenza di un'azione rivolta "direttamente" ai tribunali, non potesse che derivarne una declaratoria di improponibilità della domanda, poiché l'interessato di fronte ad un atto discrezionale non aveva da far valere violazioni di legge⁶⁷. Né passò mai l'idea che i tribunali, ammesso e concesso che ne avessero le corde, essendo astretti dai principi privatistici del libero arbitrio, potessero sindacare la discrezionalità⁶⁸.

Ciò fa comprendere perché la giurisprudenza finì ben presto per estendere ulteriormente l'ambito della pregiudiziale amministrativa. In luogo di dichiarare *sic et simpliciter* l'improponibilità della domanda, si ebbe così a statuire che "chi si creda leso da un atto discrezionale dell'Amministrazione non può proporre azione per risarcimento dei danni, se prima non abbia provocato una dichiarazione d'illegittimità di tale atto da parte della competente autorità giurisdizionale amministrativa"⁶⁹, fermo sempre restando che invece "l'autorità giudiziaria può esaminare se la p.a., nell'esplorazione dei suoi poteri discrezionali, li abbia ecceduti, tranne quei casi particolari, in cui, per un'apposita norma legislativa, si debba attendere il giudizio di legittimità deferito ad una giurisdizione speciale"⁷⁰. Non a caso, qualche anno dopo, il sostituto procuratore generale De Feo evidenziava come la giurisprudenza della Cassazione ammettesse la pregiudiziale amministrativa non solo nell'ambito delle consolidate eccezioni preesistenti, ma anche quando "la questione da risolvere in via preliminare" al risarcimento "implichi l'esame del buono o cattivo uso fatto del potere discrezionale"⁷¹.

La pregiudiziale amministrativa, lungi dunque dal comportare una *deminutio* della tutela risarcitoria, ne fu momento di importante ampliamento, consentendo al titolare di un diritto, che volesse lamentarsi dei vizi della discrezionalità, di potere, in seconda battuta, ottenere il risarcimento.

Un'altra questione delicata era quella della pregiudiziale civile.

Originariamente si precludeva che la IV Sezione potesse valutare siffatta pregiudiziale, nel qual caso si poneva di per ciò stesso una questione di giurisdizione⁷².

Sul punto, specie dopo la legge del 1907, che aveva riconosciuto al Consiglio di Stato la cd. "competenza sulla competenza", si consumò un reiterato conflitto tra la Cassazione e il Consiglio di Stato. Nel 1912, Ludovico Mortara, nella qualità di Procuratore generale, prese posizione favorevole al

⁶⁷ Ad es. ancora SU 17 aprile 1920, in GA, 1920, III, 57, l'autorità giudiziaria può conoscere della legittimità "soltanto per eccesso di potere o per incompetenza dell'organo che ha emanato il provvedimento, o per inosservanza delle forme e delle regole stabilite dalla legge", non se l'amministrazione "abbia fatto cattivo uso del suo potere discrezionale, ad oggetto di stabilirne la colpa".

⁶⁸ Ancora SU 22 maggio 1926, in RDP, 1926, II, 275 parla del "principio della insindacabilità giudiziaria degli atti discrezionali della pubblica amministrazione" da parte dell'autorità giudiziaria.

⁶⁹ SU 26 febbraio 1910, in GA, 1910, III, 47.

⁷⁰ SU 3 maggio 1910, ivi, 50.

⁷¹ De Feo, *Discorso*, 9 novembre 1915, in GA, 1916, IV, 1 ss.

⁷² SU 8 gennaio 1895, in GA, 1895, III, 1: "Se un ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato si fonda sopra un primo motivo di ordine civile e patrimoniale e in altri di ordine amministrativo, la cognizione di questi ultimi spetta esclusivamente al Consiglio di Stato, ma sull'altro motivo primo però in ordine di esposizione e pregiudiziale, che provoca un'indagine di ordine civile, deve anzitutto pronunciare l'autorità giudiziaria, potendosi dal Consiglio di Stato discendere all'esame dei susseguenti, se quello venisse escluso o respinto dall'autorità competente. Quando ciò non si sia fatto, le Sezioni unite devono ritenere ferma la decisione della IV Sezione relativamente agli altri motivi, dichiarando di competenza giudiziaria il primo motivo di cui sopra"

giudice amministrativo, auspicando o un mutamento interpretativo o più risolutivamente un intervento legislativo⁷³. Ed infatti, di lì a poco, con la Presidenza Mortara, iniziarono a cambiare le cose, affermandosi in giurisprudenza il principio opposto a quello dell'orientamento tradizionale e dunque la possibilità che il Consiglio di stato potesse conoscere e risolvere questioni preliminari o incidentali di diritto civile⁷⁴: Il problema, nel senso propugnato da Mortara, fu definitivamente risolto per via normativa nel 1923 e con una disciplina che si è riprodotta tralaticciamente sino all'odierno codice.

Ancora una volta il sistema si muoveva concretamente in favore della giustizia amministrativa.

Vi erano anche due ulteriori mine vaganti, tutt'oggi ancora vive.

Con l'abbandono della dicotomia tra atti d'impero e di gestione, specie nell'era Mortara⁷⁵, si diede maggior enfasi a quella tra atto discrezionale e vincolato, ma ciò è divenuto fonte di travisamenti.

La distinzione tra atti d'impero e atti di gestione non può a ben vedere nella sostanza dissiparsi, quale che sia il *nomen* utilizzato ("potere" amministrativo, atto "autoritativo", etc.), a meno di rinunciare inammissibilmente, e comunque in contrasto con la storia del nostro diritto positivo, a quella tra atti di diritto pubblico e atti di diritto privato che la prima implicitamente contiene⁷⁶.

E ciò è vero anche ai fini del riparto. Se, in omaggio alla legge del 1865, l'atto di impero non poteva più avere per i tribunali l'assoluto valore preclusivo del passato, ed è questa probabilmente la ragione che indusse al suddetto abbandono, la dicotomia manteneva ancora in parte una sua rilevanza.

Nel caso degli atti di gestione, cioè di diritto privato, la qualificazione è già assorbente a favore dei tribunali, senza bisogno di ulteriori distinzioni: se sussiste un diritto, sarà un diritto privatistico, derivante, ad es., da un mero contratto stipulato *iure privatorum* con l'amministrazione⁷⁷. Sarebbe del resto alquanto incongruo discettare del carattere o meno discrezionale di un atto di diritto privato o del suo correlarsi ad un diritto o ad un interesse. Il problema di introdurre specificazioni di secondo grado si pone solo per l'atto d'impero, cioè di diritto pubblico, qualificato come tale⁷⁸. Una volta venuta meno quell'assoluta preclusione, entrano in campo, al fine del riparto tra tribunali e giudice amministrativo, quegli altri criteri, tra ciò che può sindacare l'uno o l'altro giudice, tra vincolo e discrezionalità, tra diritti

⁷³ Discorso, 4 gennaio 1912, in GA, 1912, IV, 1 ss.

⁷⁴ SU 9 gennaio 1915, in GA, 1915, III, 11; 25 giugno 1915, ivi, 1916, III, 6 (23 maggio 1918, ivi, 1918, III, 32, tranne che di queste questioni la IV Sezione sia stata chiamata a giudicare "in via principale" e non in relazione ad un ricorso diretto all'annullamento di atto amministrativo; 25 gennaio 1919, ivi, 1919, III, 30; 21 febbraio 1920, ivi, 1920, III, 41; 8 marzo 1920, ivi, 49.

⁷⁵ Ad es. SU 16 novembre 1925, in RDP, 1926, II, 215: "Caduta ormai nella moderna dottrina pubblicista la vieta distinzione tra atti di impero e atti di gestione della Pubblica Amministrazione, è caduta del pari la distinzione tra l'ammissibilità delle azioni possessorie contro l'atto amministrativo di gestione e la loro inammissibilità contro l'atto d'impero. La proponibilità dell'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione sia petitoria che possessoria, ha riferimento ad altra distinzione degli atti amministrativi, essendovi proponibilità della azione contro gli atti non discrezionali, improponibilità contro gli atti discrezionali".

⁷⁶ Ancor oggi se ne ha infatti ancora traccia. Così SU n. 21958/2021, a proposito della revoca di un'autorizzazione, si parla di "atti compiuti iure imperii" che sono "espressione di un potere pubblicistico autoritativo".

⁷⁷ SU 31 luglio 1894, in GA, 1894, III, 73: "La competenza dell'autorità giudiziaria, in rapporto al diritto del privato che si sente leso, è circoscritta alla sola illegalità dell'atto amministrativo, ma non può invadere il potere politico od amministrativo versando nel merito e nella sostanza dell'atto che ha uno scopo di pubblico interesse. Invece negli atti della pubblica amministrazione compiuti *iure gestionis*, essa è assimilata a qualunque persona privata che agisca nel suo interesse patrimoniale e quindi la competenza a conoscere dei rapporti giuridici derivanti da questi atti si appartiene esclusivamente all'autorità giudiziaria". O ancora SU 12 febbraio 1895, ivi, 1895, III, 8: "Se per giudicare della competenza dell'autorità giudiziaria a confronto di quella amministrativa deve avere riguardo non solo all'oggetto della domanda, ma anche della *causa petendi*, tuttavia se l'azione si fonda su rapporti contrattuali, dei quali si chiede l'esecuzione, si entra nel dominio del diritto civile quale è la materia contrattuale, riservata per regola alla giurisdizione ordinaria".

⁷⁸ SU 1 aprile 1897, ivi, III, 36: "All'autorità giudiziaria chiamata dalla legge a conoscere se l'atto dell'autorità amministrativa abbia leso il diritto privato s'impongono due esami pregiudiziali, cioè se l'atto debba definirsi di gestione ovvero emanato per diritto d'imperio, e se l'atto medesimo sia stato reso col concorso delle forme volute dalla legge".

e interessi, ma nell'ambito di rapporti pubblicistici, sul presupposto cioè che si tratti di atti di diritto pubblico. Né bisogna cadere nell'equivoco del fatto che spesso l'atto d'impero presentasse i tratti caratterizzanti della discrezionalità e che proprio questo venisse di solito in evidenza ai fini del riparto, come se si trattasse di un suo attributo di primo e non di secondo grado.

Ed invece, da un lato, incomincia a farsi strada l'idea che il "potere" amministrativo sia solo quello discrezionale, quasi a negare implicitamente che non possano esistere atti di diritto pubblico vincolati, ma con una intrinseca contraddizione sistematica, poiché è proprio sul distinguo tra vincolo e discrezionalità che si andava costruendo il riparto nelle controversie pubblicistiche, d'altro lato, e in conseguenza del primo assunto, si apre al di fuori del potere "discrezionale" una zona grigia priva di cittadinanza, dove in alternativa si praticano confusivamente qualificazioni di diritto pubblico o diritto privato, se l'atto, in quanto vincolato, rimanga di diritto pubblico o diventi di diritto privato, se il diritto soggettivo, che tale si qualifica perché si confronta con un atto vincolato, sia un diritto che dialoga con l'amministrazione nell'ambito di un rapporto pubblicistico o privatistico, o, nelle figure miste, in un segmento dell'uno o dell'altro.

Il completamento delle complicazioni si è poi consumato con l'avvento della giurisdizione esclusiva, e ciò anzitutto sul piano sistematico, poiché essa, caratterizzandosi per l'estensione della giurisdizione amministrativa ai diritti, si atteggia pur sempre a eccezione che conferma la regola generale del riparto.

Si è certo trattato di un importante passaggio in quella progressiva spinta a favore della giustizia amministrativa, poiché in queste materie il giudice amministrativo acquisiva formalmente ed *in toto* il monopolio del controllo degli atti di diritto pubblico, come già avveniva nei casi di giurisdizione amministrativa speciale, e parimenti vi si affermava la pregiudiziale amministrativa, rimanendo, in seconda battuta, di competenza giudiziaria l'eventuale risarcimento dei danni (stante la nota clausola dei "diritti patrimoniali consequenziali"). Questo fu un risultato sicuro. La Cassazione interpretò infatti la figura nella logica della deroga al criterio generale di riparto, e cioè nel solo senso della estensione del controllo di legittimità degli atti da parte del giudice amministrativo anche al caso dei diritti soggettivi, ma sempre che degli atti amministrativi vi fossero⁷⁹, non certo per questioni civilistiche, come era pure considerata quella dei diritti patrimoniali consequenziali, non a caso espressamente esclusa dal legislatore⁸⁰.

Proprio questa ultima condizione fa tuttavia comprendere che, trattandosi di rapporti misti, come nel caso emblematico del pubblico impiego, l'ulteriore espansione della portata di questa cognizione si consumò attorno alla qualificazione pubblicistica o privatistica degli atti. In realtà, la norma processuale finì per tradursi in una premessa per addivenire, sul diverso piano sostanziale, ad una operazione di riqualificazione pubblicistica di frammenti del rapporto sin lì considerati di natura privatistica, come mostra l'invenzione dell'atto amministrativo paritetico, dove, ancor prima del

⁷⁹ Ad es. SU 19 giugno 1926, in *RDP*, 1926, II, 811: il g.a. "ha competenza esclusiva unicamente allorché, anche se trattasi di diritti subiettivi, discuta della legittimità od illegittimità di atti amministrativi", diversamente "rimane ferma la competenza dei giudici ordinari. Né al fatto della contestazione del diritto alla indennità da parte della Amministrazione può ravvisarsi un atto amministrativo, il quale implichi la esclusiva competenza del Consiglio di stato giurisdizionale nella controversia anzidetta, dovendosi per atto amministrativo ai fini anzidetti, intendere quello che incide nel rapporto di impiego modificandolo e apportando, di conseguenza, degli effetti patrimoniali in danno dell'impiegato".

⁸⁰ Analogamente si era in precedenza pure statuito nella giurisdizione di merito, che sembra anche suonare come una giurisdizione esclusiva *ante litteram*. Così, in materia di istituti di pubblica beneficenza, SU 13 agosto 1910, in *GA*, 1910, III, 66 afferma che il Consiglio di Stato "nell'espletamento della sua giurisdizione di merito può comprendere l'esame di diritti subiettivi, ma solo in quanto questi abbiano stretta ed inscindibile attinenza con l'oggetto del provvedimento impugnato" non invece "questioni di diritto civile". Tuttavia, in altra occasione, in materia di spese obbligatorie per la sanità pubblica, SU 15 marzo 1919, ivi, 1920, III, 11: "nella soggetta materia la competenza della IV Sezione è piena ed esclusiva su tutti i punti della controversia e quindi anche sulle questioni di natura civile o patrimoniale".

paritetico, che servì a modulare il regime del termine di decadenza per l'impugnazione, è l'aggettivazione di "amministrativo" ad assumere primario rilievo.

Non sorprende che al contempo ciò sia divenuto, e ancor oggi spesso lo è, terreno fertile per le mine vaganti cui si faceva sopra cenno. Sembra infatti che, a volte, il giudice amministrativo che conosce dei diritti soggettivi, il che dovrebbe soltanto significare che conosce anche di tali posizioni soggettive in un rapporto di diritto pubblico, lo si faccia atteggiare a giudice di diritti privatistici, creando così una grande confusione, sino poi ad addivenire alla estrema idea, opportunamente respinta dal giudice delle leggi, che giurisdizione esclusiva significhi giudice di tutte le controversie della materia, poco importando se involgano questioni pubblicistiche o questioni privatistiche (che, ben inteso, rimangano qualificate come tali). Quella del riparto per blocchi di materie è in termini generali un'idea che suscita una viva ripugnanza, poiché, per quanto potrebbe sembrare intesa a favorire il giudice amministrativo, essa sarebbe invero l'anticamera della sua despecializzazione, della perdita della sua ragione costitutiva: l'essere il giudice del diritto pubblico.

Tutto quanto si è rappresentato è già sufficiente a mostrare come, sul piano astratto del composto dei dati normativi, il nostro sistema sia, per ripetere quanto espresso in altra occasione, un "modello inesistente"⁸¹, irrealizzabile e infatti non realizzato, in quanto affetto dallo strutturale strabismo della coesistenza di due giudici del diritto pubblico, e che, se preso sul serio, può essere solo fonte di soverchianti complicazioni pratiche e dottrinarie.

La ragione non è difficile da comprendere. La scelta, già in sé sciagurata, della giurisdizione unica è comunque praticabile soltanto ove si rinunci all'esistenza di un autonomo sistema di diritto pubblico. Ma, senza bisogno di attendere la legge Crispi, questo necessario corollario fu subito disatteso dallo stesso legislatore del 1865, sia perché alimentò l'idea della persistenza di un universo distinto, quello degli atti di diritto pubblico, divenuti oggetto della competenza giudiziaria, sia soprattutto perché confermò la vigenza del ricorso grazioso, anzi ne fece espressamente strumento di contestazione della "legittimità" dei provvedimenti, con ciò, nonostante l'abolizione del contenzioso amministrativo in senso stretto, lasciando in vita, sul piano rimediale, un ganglio fondamentale di quel sistema di diritto pubblico che già si era andato formando nell'esperienza piemontese sotto l'influenza dei cugini d'oltralpe. Il "modello inesistente" era dunque già iscritto nelle riforme del 1865.

È inevitabile allora chiedersi come il sistema abbia potuto funzionare in siffatto caos di categorie, distinguo e complicazioni.

Il vizio di origine era certo insanabile, poiché in nessuna direzione si poteva addivenire ad una chiusura del cerchio: affermare *sic et simpliciter* il monopolio del Consiglio di stato sul controllo pubblicistico avrebbe significato contraddire la legge del 1865, tanto è vero, che dopo qualche anno dalla legge Crispi, di fronte alle complicazioni determinatesi, non mancò una proposta di riforma in tal senso, che avrebbe risolto *in apicibus* la tara e della quale dà conto criticamente il Procuratore generale Pascale, lamentando che con ciò "la legge del 1865 sarebbe annullata"⁸²; così come, al contrario, insistere pervicacemente sul ruolo dei tribunali nel sindacato pubblicistico avrebbe significato non solo contraddire la legge Crispi, ma anche, e in modo ancor più stridente, l'esistenza stessa del Consiglio di Stato nella sua veste di giudice della legalità amministrativa.

Nel dilemma dei due corni il pendolo non poteva però che oscillare a favore del giudice amministrativo sia per il peso dell'istituzione incardinata, sia soprattutto perché apparve sempre più chiaro il rilievo insostituibile della tutela prestata. Il punto diveniva allora quello di garantire il più possibile al giudice amministrativo il suo ambito naturale di giurisdizione sulla scorta dei modelli dualistici cugini, pur senza mai potere arrivare ad un approdo lineare, stante la vigenza delle due leggi,

⁸¹ M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione, Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

⁸² *Discorso del Procuratore Generale Senatore Emilio Pascale*, 3 gennaio 1898, cit., 1 ss., il quale al riguardo fa l'esempio degli atti amministrativi precedenti al contratto, sicché l'autorità giudiziaria dovrebbe "limitarsi a trarre la conseguenza dalle premesse stabilite dal giudice amministrativo"

del 1865 e del 1889. Tutte le complicazioni rimasero infatti astrattamente sempre in campo, ma ciò che cambiò fu l'attitudine concreta: la Cassazione riconobbe il ruolo fondamentale della giustizia amministrativa e finì progressivamente per informare il suo operato non tanto all'espresso disconoscimento dei pur incerti costrutti che aveva elaborato alla luce della legge del 1865, bensì ad un sostanziale *self restraint*.

Il sistema raggiunse così un equilibrio pratico soddisfacente.

In primo luogo, si ridusse ai minimi termini la ricorrenza di un diritto soggettivo di fronte al provvedimento e dunque il sindacato di diritto pubblico da parte del giudice ordinario.

Ciò avvenne soprattutto a partire dal passaggio nel quale si abbandonò la teorica del distinguo tra i vizi, in relazione agli elementi discrezionali o vincolati dell'atto, in favore della teorica della fattispecie discrezionale. Non occorre cioè più discernere a seconda che dell'atto si contestasse una violazione di legge (diritto) o la discrezionalità (interesse), essendo sufficiente che l'atto fosse astrattamente discrezionale per precludere il sindacato giudiziario. Si pervenne quindi, a chiusura di questa evoluzione alla dottrina giurisprudenziale della "carenza di potere" (in astratto), di cui alla famosa pronuncia delle Sezioni unite del 1949 (4 luglio 1949 n. 1657), sicché, nel caso di inesistenza del potere, sussisteva il diritto, e, nel caso della sua esistenza, il "cattivo uso" del potere dava luogo, sulla scorta della risalente teorica ranellettiana, ad un interesse legittimo *ab origine* (l'interesse occasionalmente protetto) o frutto dell'affievolimento di un preesistente diritto. È importante tuttavia precisare che, in tale pronuncia, si parlava pur sempre della carenza di un potere "discrezionale". Anche qui riemergevano le solite ambiguità sulla nozione di "potere" come potere "discrezionale", mentre il risultato di questa operazione, al di fuori di casi estremi in cui la norma non concedesse un qualsivoglia potere all'amministrazione, discrezionale o meno, stava proprio nel lasciare al giudice ordinario le sole ipotesi in cui il "potere" fosse, e interamente, "vincolato".

Nel prosieguo anche quest'ultimo e residuale anfratto venne in buona parte rosicchiato, sulla base del principio che in presenza di un atto vincolato occorresse ulteriormente distinguere a seconda della finalità perseguita dalla norma che si pretendeva violata, sulla falsariga della distinzione tra norme di azione e norme di relazione⁸³. In tal modo il lumicino della giurisdizione ordinario si assottigliava ulteriormente alla sola ipotesi dell'atto interamente vincolato da norme che involgessero la considerazione dell'interesse del privato.

In definitiva, l'intervento del giudice ordinario nelle controversie pubblicistiche si riduceva a questo: il caso della inesistenza di un "potere" di diritto pubblico e, ove sussistente, solo quando "interamente vincolato" e sempre che il vincolo nascesse da norme di relazione.

Non a caso il potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario divenne sul piano pratico un'araba fenice e poté riemergere soltanto in un ambito del tutto diverso e, a

⁸³ Così ancora, ad es., SU 22 novembre 1966, n. 2785, in *Foro it.*, 1967, 1577: "Per risolvere la questione di giurisdizione, proposta con il motivo di ricorso, è necessario richiamare la costante giurisprudenza di questa Corte suprema" (ad es. SU n. 2011/1965) "la quale ha affermato, al fine di distinguere la giurisprudenza ordinaria da quella amministrativa, che si ha diritto soggettivo del privato nei confronti della pubblica amministrazione, quando l'amministrazione stessa è vincolata ad un determinato obbligo, impostole non in funzione dei pubblici fini perseguiti, ma nell'interesse diretto del privato, a tutela diretta ed immediata della posizione giuridica di costui, e pertanto non sopprimibile, né limitabile"; SU 11 aprile 1981, n. 2113, ivi, 1982, 785: "Non vi è dubbio alcuno che mentre il diritto soggettivo affievolisce ad interesse legittimo ove alla pubblica amministrazione sia conferito dall'ordinamento un potere discrezionale che l'autorizza ad incidere sulla posizione soggettiva del privato, ove invece si verta in materia in cui l'attività amministrativa è vincolata l'interprete deve stabilire caso per caso, al fine di risolvere il problema di giurisdizione, la natura e la finalità delle norme che si assumono violate dalla pubblica amministrazione; con la conseguenza che la controversia sarà relativa ad un diritto soggettivo se le norme sono rivolte a disciplinare rapporti tra privati e la pubblica amministrazione, dai quali scaturiscono reciproci diritti ed obblighi, mentre invece la controversia apparterrà alla giurisdizione del giudice amministrativo se la contestazione riguarda norme poste per assicurare la conformità dell'azione dell'amministrazione al pubblico interesse".

sua volta, qualitativamente e quantitativamente molto limitato, ovvero sia, come ancor oggi afferma la giurisprudenza, nel concorrere di due condizioni, che si tratti di “giudizi tra privati” e che “l’atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico, e non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio” (SU n. 9543/2021).

Si comprende bene come in tal modo il giudice amministrativo avesse acquisito un quasi-monopolio delle controversie di diritto pubblico, “quasi” poiché bisognava sempre lasciare, pur ridotto a men che l’osso, un qualcosa alla vigenza della legge de 1865, se non in concreto un intero monopolio, atteso che il giudice amministrativo non si metteva certo a valorizzare, in senso preclusivo della sua giurisdizione, i sottili distinguo tra fattispecie discrezionale e vincolata o quelli ancor più incerti della finalità della norma rispetto agli atti vincolati, continuando, come da sempre, ad andare normalmente dritto per la sua strada ogni qual volta veniva adito per l’annullamento di un atto amministrativo, salvo a subire ogni tanto, qua e là, qualche bacchettata da parte della Cassazione.

Non mancò in seguito qualche novità, come nel caso dei diritti indegradabili o della carenza di potere in concreto, ma si trattò di scaramucce di confine che non intaccavano l’assetto che in concreto si era ormai dato al sistema.

In secondo luogo, si ebbe parallelamente una ulteriore e decisiva espansione della pregiudiziale amministrativa, che, nata come eccezione, divenne ormai la regola, favorendo, come abbiamo già visto, la possibilità del risarcimento. A tal fine, la giurisprudenza poté facilmente avvalersi dello schema ranellettiano dell’affievolimento e poi della riespansione del diritto a seguito dell’annullamento dell’atto, sicché, il giudice ordinario, se non più giudice del controllo pubblicistico dell’atto, rimase pur sempre, in seconda battuta, giudice del risarcimento del danno derivante da rapporti pubblicistici.

La generalizzazione della pregiudiziale amministrativa fu una virtuosa semplificazione e non solo per la giustizia amministrativa. La Cassazione era così finalmente del tutto libera di modulare e sviluppare la tutela risarcitoria, senza più avere l’inciampo del confronto con l’atto amministrativo, scomparso all’orizzonte, grazie al previo annullamento da parte del giudice amministrativo.

In definitiva, questa è stata per lungo tempo la situazione del nostro ordinamento: un assetto formalmente scombinato del criterio di riparto e una realtà che sostanzialmente, grazie al *self restraint* della Cassazione, si avvicinava ad un modello simile a quello dei sistemi dualistici, con buona pace della legge del 1865.

3.2. La competenza delle Sezioni Unite come giudice dei conflitti

La seconda tara è la competenza attribuita nel 1877 Sezioni Unite quale giudice dei conflitti in luogo del Consiglio di Stato.

Invero, già subito dopo la legge del 1865, non mancarono autorevoli posizioni contrarie. Così si evidenziava che “la decisione del conflitto non può essere demandata al solo Consiglio di Stato, perché esso appartiene all’ordine amministrativo, e ripugna ad ogni idea di giustizia che lo stesso ordine elevi e giudichi i conflitti”, ma lo stesso sarebbe valso nel caso opposto, come avvenuto nel sistema belga, poiché una cosa sono i “regolamenti di competenza”, interni all’ordine giudiziario, altra cosa sono i conflitti tra “amministrazione e giustizia”, ove la Cassazione “appartenendo all’ordine d’uno de’ poteri, che sono a lotta ne’ conflitti di attribuzioni, non è un’autorità neutrale, indifferente, imparziale”, sicché occorreva una “terza forza, come nel modello adottato in Francia nel 1848, ossia “un tribunale speciale de’ conflitti” che “si componga desso di un numero di giudici, per metà eletti in seno alla Corte di cassazione, per metà in seno al Consiglio di Stato”, ossia, “un tribunale, né puro giudiziario, né puro amministrativo, sì un tribunale misto, che le due forze rivali nel conflitto senza dubbio rispetteranno”⁸⁴.

⁸⁴ G. De Gioannis Gianquinto, *Progetto di riforma organica del Tribunale de’ conflitti d’attribuzioni*, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1868, rivista, p. 12 ss..

Le cose andarono diversamente nella logica della legge del 1865, ma il quadro cambiò radicalmente con la legge del 1889 e non era neanche chiaro quale dovesse essere la portata del sindacato delle Sezioni Unite sulla IV Sezione.

Si ebbe subito a ritenere che alla giurisdizione delle Sezioni Unite, ritenuta “eccezionale”, non spettasse definire se le pronunce della IV Sezione “emesse entro la sfera delle rispettive loro attribuzioni ... abbiano bene o male giudicato, bene o male interpretato la legge”⁸⁵. E in questo la giurisprudenza fu sempre costante nel non dare rilievo, ai fini dell’eccesso di potere, a violazioni di legge o più in generale ad *errores in iudicando* o *in procedendo*⁸⁶, tranne il caso dell’illegittima composizione dell’organo giudicante⁸⁷, né, parimenti, la Cassazione, nel risolvere il riparto tra i due giudici, poteva “emettere alcuna pronuncia sul merito della controversia”⁸⁸. Vale la pena tra altre di essere evidenziata una decisione che, con riguardo ad un insindacabile *error in procedendo*, argomenta che “il non prendersi atto di una rinuncia, il non dichiarare cessata la materia del contendere, il non aver pronunciato sulla stessa, potrà costituire una mancanza di pronuncia od anche una denegata giustizia, ma giammai un eccesso di potere”⁸⁹.

Consolidato l’assunto che potessero venire il rilievo, come si direbbe oggi, non i limiti interni, bensì i limiti esterni della giurisdizione speciale, anche in quest’ultimo ambito il giudice dei conflitti prese le mosse da una visione funzionalmente ristretta del suo sindacato. La *ratio* è ben esplicitata nel 1896 dal Procuratore generale Auriti: la Cassazione deve segnare “i confini rispettivi di attribuzione di tutte le autorità, anche in rapporto alle giurisdizioni speciali, ma unicamente”, ed è questo il punto focale, “per assicurare l’integrità della competenza giudiziaria”⁹⁰. In altre parole, tale competenza era intesa soltanto in una chiave difensiva della giurisdizione del giudice ordinario.

Da ciò derivavano due importanti preclusioni.

In primo luogo, se, ai sensi della legge del 1877, era sindacabile il riparto tra giurisdizioni speciali e giurisdizione ordinaria, non lo era quello tra giurisdizioni speciali, poiché appunto (ad es. nel caso si trattasse del riparto tra IV Sezione e Corte dei Conti) ciò non investiva la giurisdizione del giudice ordinario.

In secondo luogo, se il sindacato sul vero e proprio conflitto di poteri era espressamente previsto, sempre ai sensi della legge del 1877, riguardo ai rapporti tra giudice ordinario e amministrazione, lo stesso veniva escluso per tutti gli altri conflitti che non coinvolgessero l’autorità giudiziaria, perché solo

⁸⁵ SU 24 giugno 1897 cit.

⁸⁶ Così per le violazioni di legge (SU 30 marzo 1901, in GA, III, 137; 14 febbraio 1906, ivi, 1906, III, 1; 5 marzo 1910, ivi, 1910, III, 64; 5 gennaio 1920, ivi, 1920, III, 16, 11 febbraio 1929, in RDP, 1929, II, 171) o riguardo più in generale alla sua interpretazione (8 luglio 1918, in GA, 1918, III, 51; 3 aprile 1919, ivi, 1919, III, 52,); “il mal giudicato e le violazioni di legge”(19 aprile 1907, ivi, 1907, III, 85); “errore di fatto” (15 febbraio 1916, ivi, 1916, III, 10); l’inammissibilità del ricorso (10 marzo 1908, ivi, 1908, III, 50); per essersi illegalmente deciso in Camera di Consiglio, senza la previa discussione della causa in pubblica udienza (28 maggio 1909, ivi, 1909, III, 71); non aver rilevato la perenzione (30 maggio 1921, ivi, 1921, III, 131); rifiuto di perizia (18 febbraio 1924, in *Giur it.*, 860; di recente analogamente per una mancata ammissione di prove SU n. 18559/2024); notifica al controinteressato (9 giugno 1928, ivi, 1929, II, 22); tardività del ricorso (23 luglio 1930, n. 2812, ivi, 1930, II, 576).

⁸⁷ In un caso, riguardante una Commissione arbitrale, si ritenne infatti che la “difettosa costituzione”, per l’assenza di alcuni componenti, “importa mancanza di giurisdizione” (28 aprile 1925, in RDP, 1925, II, 285), ipotesi che è rimasta sempre vigente nella giurisprudenza: “l’illegittima composizione dell’organo giurisdizionale, la quale può consentire il sindacato della sentenza per ragioni di giurisdizione solo quando il vizio di costituzione sia di particolare gravità, come nei casi di alterazione strutturale dell’organo giudicante, per vizi di numero o di qualità dei suoi membri, che ne precludono l’identificazione con quello delineato dalla legge” (così, ad es., di recente, SU n. 8569/2021).

⁸⁸ SU 9 gennaio 1908, in GA, 1908, III, 41.

⁸⁹ SU 29 marzo 1905, ivi, 1905, III, 94.

⁹⁰ *Discorso del Procuratore Generale Senatore Auriti*, 3 gennaio 1896, in GA, 1895, IV, 1 s.

attinenti ai rapporti tra autorità amministrative⁹¹ o, per quello che qui importa, ai rapporti tra giurisdizioni speciali e autorità amministrative⁹², o ancora, in ipotesi, a quelli tra giurisdizioni speciali e legislatore. Per quanto, vi era stato un precedente, evidentemente rimasto isolato, nel quale la Cassazione aveva ritenuto di poter sindacare, e andando di diverso avviso, la qualificazione che la IV Sezione aveva dato della natura amministrativa e non politica di un atto governativo⁹³.

Non a caso, sempre nel citato discorso del 1896, il Procuratore generale Auriti, sottolineando al riguardo l'esistenza di una "grave lacuna", suggeriva per questi "altri rapporti" un tribunale dei conflitti, costituito col concorso di elementi dell'ordine giudiziario e dell'amministrativo" che "risponderebbe meglio alla natura dei problemi da risolvere, come è stato già riconosciuto in altre legislazioni europee", e "lo stesso deve dirsi se sorga conflitto tra la IV Sezione del Consiglio di Stato e la Corte de' Conti, proponendo, in definitiva, "la creazione per legge di altro organo speciale da costituire appositamente con membri tratti dalla Corte di Cassazione di Roma, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti"⁹⁴.

Ed infatti fu presentata una già citata proposta di riforma che, oltre, come abbiamo visto, a riservare al Consiglio di Stato il controllo di legittimità degli atti amministrativi, prevedeva l'istituzione di un Tribunale misto dei conflitti, proposta contro la quale si espresse tuttavia criticamente il Procuratore generale Pascale, non solo, come si è già detto, sul primo punto, ma, anche sul secondo, lamentando che si dimenticherebbe così il modello delle "istituzioni del Belgio, a cui s'ispirò la nostra riforma del 1865"⁹⁵.

La riforma non fu approvata e ciò può far comprendere come, nel persistere della "lacuna", la Cassazione cominciò ad accarezzare l'idea di espandere i confini del suo sindacato, pur progressivamente, con un percorso invero assai tormentato e non privo di ondeggiamenti.

Dopo questo passaggio iniziano infatti ad emergere pronunce, tra il 1899 e il 1901, che estendono il sindacato a "quando una giurisdizione speciale abbia statuito su materia deferita ad altra autorità giurisdizionale, o sopra un oggetto sottratto a qualunque giurisdizione"⁹⁶ o al fatto che tali giurisdizioni svolgano le loro "potestà nella sfera delle attribuzioni dalla legge a queste rispettivamente assegnate", sicché l'eccesso di potere si avvera quante volte da una di tali giurisdizioni speciali "viene esercitata una potestà riservata ad altri poteri, od all'autorità giudiziaria, ovvero si crea da esse addirittura una disposizione di legge"⁹⁷.

⁹¹ SU 26 maggio 1896, in GA, 1896, III, 99, che precludono al sindacato della Corte i casi in cui "non si accusa già un'autorità amministrativa di avere usurpato le attribuzioni dell'autorità giudiziaria, sibbene quelle di altra autorità amministrativa, perché non è chiamata a risolvere conflitti fra autorità diverse dall'autorità giudiziaria".

⁹² SU. 15 dicembre 1897, ivi, 1897, 97: "appartiene alla Cassazione di Roma giudicare dei conflitti e delle questioni di competenza che sorgono tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria, ma non già dei conflitti e delle questioni di competenza che abbiano luogo tra un'autorità o giurisdizione amministrativa da una parte e il Governo o il potere esecutivo dall'altra".

Nella nota redazione si rappresenta l'importanza della pronuncia, ma anche la "lacuna" che ne deriva, poiché alcuna Autorità superiore risulta così deputata a risolvere questo tipo di conflitti.

⁹³ Caso *Laurens*, SU 24 giugno 1891, cit..

⁹⁴ *Discorso del Procuratore Generale Senatore Auriti*, 3 gennaio 1896, cit.

⁹⁵ *Discorso del Procuratore Generale Senatore Emilio Pascale*, 3 gennaio 1898, cit.

⁹⁶ SU 24 febbraio 1899, in GA, 1899, III, 62; 13 agosto 1900, ivi, 1900, III, 97.

⁹⁷ SU 30 marzo 1901, ivi, 1901, III, 137. Per quanto, riguardo in particolare all'invasione della sfera legislativa, nel passato antecedente alla competenza attribuita alle Sezioni unite nel 1877, non fossero mancate che la mettevano in evidenza nei riguardi della stessa autorità giudiziaria: "l'autorità giudiziaria trascende il proprio mandato e commette eccesso di potere qualora si faccia a giudicare della bontà o della giustizia della legge che deve limitarsi ad applicare" (Corte d'appello di Brescia, 28 giugno 1869, in *Legge*, IX, I, 1124), o quando il giudice "oltrepassa i confini da lui assegnati dalla legge, od assume le funzioni di legislatore, creando disposizioni che non esistono" (Cassazione romana, 18 marzo 1876, in *Legge*, XVII, I, 22). Queste due ultime pronunce sono evocate G. Mazzeri, *L'eccesso di potere secondo l'art. 24 della legge 2 giugno 1889 del Consiglio di Stato, e dell'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877 sui conflitti*, in GA, IV, 32.

E poi un ritorno indietro, tra il 1902 e il 1905, sicché il sindacato è precluso riguardo ai “rapporti di giurisdizioni speciali tra loro, o tra queste e l’amministrazione attiva”⁹⁸. E specie, per la limpidezza della statuizione, è precluso contro una decisione della IV Sezione riguardo alle doglianze ministeriali di “usurpazione delle facoltà riservate al governo in atti e determinazioni e che dipendono da criteri esclusivamente amministrativi e perciò sottratti al sindacato di una qualsiasi autorità contenziosa”. La Cassazione conferma che le decisioni delle giurisdizioni speciali sono sindacabili solo se si traducano in un “difetto relativo” di giurisdizione che invade “il campo delle cognizioni devolute all’autorità giudiziaria”, non invece se si traducano in un “difetto assoluto di giurisdizione, toccando la “sfera in cui si esplica sotto la propria responsabilità l’azione politica ed amministrativa del governo”⁹⁹.

È dal 1906 che si consuma un *revirement* definitivo: già in quell’anno si considera più ampiamente la questione del riparto di giurisdizione, consentendo il sindacato non solo quando si “invade il campo del giudice ordinario”, ma anche quando si invade quello “di un altro organo giurisdizionale”, dunque compresi i rapporti tra giurisdizioni speciali¹⁰⁰. Uno scatto decisivo sul versante dell’eccesso di potere sarà poi probabilmente dovuto al fatto la legge 7 marzo 1907, n. 62 sul Consiglio di Stato introdusse la dizione “assoluto difetto di giurisdizione”, in luogo di quella “incompetenza o eccesso di potere” della legge del 1877. Per quanto ciò sia sembrato implicitamente incidere da subito come criterio interpretativo della legge del 1877 rispetto alle altre giurisdizioni speciali, sicché, per la Commissione arbitrale sulla emigrazione, si statuì che il sindacato tocca “ciò che non sarebbe permesso di fare a nessun altro giudice, giudicando sopra materie deferite ad un ordine diverso o sottratte a qualsiasi giurisdizione”¹⁰¹, fondamentale è una pronuncia del 1912 che si fa finalmente carico delle incertezze giurisprudenziali: “È prevalsa, è vero, per lungo tempo la massima che si possa ricorrere contro sentenze delle speciali giurisdizioni, solo per eccesso di potere od incompetenza che violi i termini della competenza giudiziaria”; “successivamente però sono stati sulla esattezza di codesta opinione sollevati forti dubbi”, in ragione del “grave inconveniente, che rimangano senza rimedio e senza potestà regolatrice le contese ed i conflitti, che sorgono tra le speciali giurisdizioni medesime, e tra esse e gli altri poteri dello Stato”, sicché va ritenuto che la legge del 1877 ha rilievo non solo quando “ne venga toccata ed offesa la funzione dell’autorità giudiziaria”, ma anche quando quest’ultima “ne rimanga perfettamente ed interamente libera ed estranea”; e in tal senso “v’ha da osservare di più” per il Consiglio di Stato alla luce della formulazione della legge del 1907, sicché, contro le sentenze delle sue sezioni, ciò che importa è “che la materia su cui han giudicato sia in modo assoluto sottratta alla loro rispettiva giurisdizione, e punto nulla rilevi che rientri invece nella competenza dell’autorità giudiziaria o di altra diversa autorità di qualunque ordine essa sia”¹⁰². L’allargamento del sindacato si affermò pure, non meno in modo tormentato, nel caso di “arretramento”, cioè di una giurisdizione speciale che declinasse la propria giurisdizione. Nel 1915 si ammise il ricorso in cassazione¹⁰³, non invece durante la presidenza di Ludovico Mortara (dal 25

⁹⁸ SU 22 maggio 1902, ivi, 1902, III, 104; 29 marzo 1905, ivi, 1905, III, 94.

⁹⁹ SU 30 dicembre 1905, ivi, 1906, III, 21 ss.. Ancora una volta nella nota redazionale si lamenta che in tal modo tali questioni rimarrebbero “senza rimedio”.

¹⁰⁰ SU 23 luglio 1906, ivi, 99.

¹⁰¹ SU 19 aprile 1907, ivi, 1907, III, 85.

¹⁰² SU 18 aprile 1912, ivi, 1912, III, 33. Orientamento confermato anche per la Corte dei conti, quindi in applicazione della legge del 1877, da SU 11 gennaio 1913, ivi, 193, III, 1 (l’eccesso di potere si ha “quando l’autorità esercita il suo potere sopra materie che non rientrano nella sua giurisdizione”), e, in generale, da SU 26 giugno 1915, ivi, 1915, III, 66 (“non solo quando siasi usurpata la competenza dell’autorità giudiziaria, ma anche quando si siano usurpati i poteri e le attribuzioni di altra giurisdizione speciale o di altro organo costituzionale”),

¹⁰³ SU 27 marzo 1915, ivi, 1915, III, 1.

settembre 1915 al 12 novembre 1923), per poi tornare definitivamente al primo orientamento¹⁰⁴, così come, nel 1925, il sindacato verrà anche esteso ai conflitti “virtuali”¹⁰⁵.

Tornando alle questioni principali, se era ormai acquisita l'ampiezza del sindacato sull'eccesso di potere, non si era data ancora prova di un suo effettivo approfondimento, specie sul versante delicato dei rapporti tra Consiglio di Stato e autorità amministrativa, né ciò, nonostante l'astratta conferma di quell'ampiezza¹⁰⁶, sarebbe stato praticabile nell'era di Mortara. L'illustre giurista era un sostenitore della giustizia amministrativa¹⁰⁷ e dunque non certo incline ad un interventismo della Cassazione sul giudice amministrativo, sia riguardo al riparto, grazie anche al suo indirizzo favorevole alla teoria del *petitum*¹⁰⁸, che riuscì ad imporre per un breve periodo e che, come sappiamo, finiva concretamente per favorire il giudice amministrativo, sia riguardo al sindacato sull'eccesso di potere, specie ove questo potesse essere inappropriatamente inteso nel senso di comprendere le pronunce del giudice amministrativo che dichiaravano l'eccesso di potere dell'atto amministrativo per vizi della discrezionalità, da ritenersi invece come una prerogativa propria ed esclusiva del Consiglio di Stato¹⁰⁹.

¹⁰⁴ SU 21 gennaio 1925, in *RDP*, 1925, II, 198. Sulla questione v. G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione come giudice di competenza*, 1928, in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, 1930, I, 341.

¹⁰⁵ SU 20 febbraio 1925, in *RDP*, 1925, II, 191.

¹⁰⁶ SU 3 aprile 1919, in *GA*, 1919, III, 52, riguardo le Commissioni arbitrali sui contratti agrari, conferma il rilievo di controversia “del tutto sottratta a sindacato giurisdizionale”; SU 5 gennaio 1920, *ivi*, 1920, 16, su una pronuncia del Consiglio di Stato, rigetta, ma in generale conferma il rilievo di “materie deferite ad altro organo giurisdizionale, o del tutto sottratte a sindacato giurisdizionale”.

Anche in seguito, SU 9 marzo 1925, in *RDP*, 1925, II, 192: “su materia ad esso completamente sottratto o, se più vuoi, nell'aver esercitato un potere ad esso dalla legge non conferito”; 7 luglio 1925, *ivi*, 1926, II, 87: “il vizio di incompetenza è l'esorbitanza di un organo di giurisdizione nella sfera giurisdizionale riservata ad altro organo, mentre si ha eccesso di potere allorché, pur rimanendo l'organo giurisdizionale nella sfera della propria competenza, fa uso di poteri ad esso dalla legge non conferiti.”; SU 11 aprile 1927 *ivi*, 1927, II, 262 “Si ha eccesso di potere da parte di un giudice speciale non già quando egli giudica in materia demandate alla competenza di altro giudice, nel che si ha incompetenza in senso stretto, e neppure quando egli giudica su materia sottratta ad ogni giurisdizione, nel che si ha incompetenza in senso assoluto, - ma allorché pur giudicando su materia demandata alla propria giurisdizione egli non esplica il proprio potere giurisdizionale nei limiti segnati dalla legge, ma esorbita da essi, applicando le disposizioni di legge a casi e a persone da esse non contemplate”; 19 dicembre 1934 in *Giur. it.*, 1935, I, 140, che utilizza la dizione dell'art. 524 c.p.p.: esercizio “di una potestà riservata ad organi legislativi o amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri”.

¹⁰⁷ Basti evocare L. Mortara, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, 245, ove si evidenzia che il proposito della “vagheggiata unità organica” della giurisdizione era “destinato a fallire ... in grazia dello svolgimento progressivo della tutela dei diritti individuali nello Stato libero” ed in particolare per la “necessità di frenare gli arbitri e di controllare l'esercizio della podestà discrezionale della funzione governativa”, sicché “tale” è “l'idea animatrice del novello istituto della giustizia amministrativa”, che costituisce “una delle più significanti conquiste del diritto pubblico moderno”. *Funditus*, si rinvia a M. Mazzamuto, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, nonché in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 1921.

¹⁰⁸ SU 30 novembre 1922, *ivi*, 1922, III, 154. Nella nota redazionale si commenta: “Secondo la teorica del *petitum* accolta dal Supremo Collegio, la competenza della IV Sez. sussisterebbe in ogni caso ed anche quando la illegittimità dell'atto concreta la lesione di un diritto subiettivo”. Ancora SU 24 agosto 1925, in *RDP*, 1926, II, 84: “È ormai pacifico in dottrina e giurisprudenza che se l'atto amministrativo lede diritti subiettivi, esso dà adito alla azione giudiziaria ordinaria di rivalsa del danno, ancorché il medesimo atto possa dare adito altresì ad un giudizio di annullamento dinanzi agli organi di giustizia amministrativa”.

¹⁰⁹ Anche in seguito, L. Mortara, *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, 495, ricorderà le “osservazioni più volte fatte” e asseverare, ancora una volta, “la nostra insistenza nel desiderio di un migliore indirizzo della giurisprudenza delle sezioni unite sulla materia dell'eccesso di potere e sulla giurisdizione che esercita intono ad essa il consiglio di Stato in sede di legittimità. Non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla corte di cassazione in sezioni unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziato da assoluto difetto di giurisdizione. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia dentro i limiti della propria giurisdizione, ma pronuncia con un potere

Il nodo verrà al pettine col cambio di guardia della presidenza D'Amelio. Per la prima volta nel 1924, la Cassazione ammette il ricorso in relazione all'eccesso di potere dell'atto amministrativo, pur nel merito rigettandolo, perché il Consiglio di Stato ne avrebbe fatto, nel caso di specie, un buon uso. Nella nota redazionale, si sottolinea la novità, ponendo, non senza intuito, il seguente interrogativo: "È forse indizio di una tendenza nuova a rendere più penetrante il sindacato delle sezioni unite sulle decisioni degli organi di giustizia amministrativa? Secondo la tradizione più che trentennale si sarebbe detto semplicemente che essendo competente la IV Sezione ad annullare un atto amministrativo per eccesso di potere, il buono o cattivo uso di questa funzione sfugge al sindacato della corte di cassazione"¹¹⁰. Qualche giorno prima, vi era invero già stata una significativa pronunzia, sfuggita all'annotatore, dove si affermava che "la valutazione della capacità morale degli aspiranti ad un pubblico ufficio è esclusivamente riservata alla pubblica amministrazione", sicché "coll'arrogarsi un sindacato sul provvedimento amministrativo che in base a tale giudizio fu preso, il consiglio di Stato invase il campo riservato alla funzione amministrativa, e perciò la sua decisione è viziata da vero eccesso di potere"¹¹¹. Il dado era tratto: "incorre perciò in eccesso di potere il Consiglio di Stato giurisdizionale il quale, disconoscendo il detto potere discrezionale dell'Amministrazione, annulla l'atto con cui il Ministro della Giustizia abbia negato la nomina ad alcuno dei candidati compresi nelle designazioni"¹¹²; lo stesso ordine di questioni poteva sorgere anche nei casi di giurisdizione esclusiva, trattandosi pur sempre di giurisdizione di legittimità e non di merito"¹¹³. Il *casus belli* scoppierà con due coeve pronunce del 1928, nelle quali, accogliendo i ricorsi, si afferma, in un caso, che il controllo della Cassazione è esercitabile "anche quando, pur potendo da parte del Consiglio di Stato venire esercitato un sindacato di legittimità, esso abbia invece esercitato un sindacato di merito, invadendo così il campo proprio dell'attività amministrativa" e procedendo alla "valutazione di elementi, la quale era riservata al potere discrezionale del Ministero", in altro caso, "il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato che abbia ritenuto come viziato di eccesso di potere" un atto amministrativo "anche sotto la forma di semplice sviamento, per un errore nell'apprezzamento e nella valutazione dei documenti". Le pronunce verranno infatti subito annotate con una viva reazione critica della giuspubblicistica liberale, in difesa del sindacato sulla discrezionalità esercitato dal giudice amministrativo¹¹⁴.

Ma dietro l'angolo si offrì subito alla Cassazione la soluzione del *self restraint* ed è quanto riuscì ad ottenere il genio di Santi Romano, fresco di nomina alla presidenza del Consiglio di Stato (1° gennaio 1929). Nei famosi "contatti" col Presidente d'Amelio, un autentico capolavoro di saggezza giuridica ed istituzionale, Romano è consapevole di non poter ottenere la pura e semplice eliminazione di tale capitolo dal difetto assoluto di giurisdizione, tanto che rimane "a parte l'esame dei principii che hanno indotto la Corte di Cassazione ad affermare e interpretare in questo senso la sua competenza", bensì appunto un *self restraint*, ed infatti, al contempo, si afferma che le incriminate pronunzie del 1928 "non possono essere considerate che quali decisioni puramente di specie, le quali non consentirebbero di ravvisare nelle Sezioni Unite un qualsiasi accenno a tendenza limitatrice del vasto campo del controllo di legittimità del Consiglio di Stato"¹¹⁵. Non è improbabile che fu subito conseguenza di questo

giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa".

¹¹⁰ SU 21 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 958.

¹¹¹ SU 10 ottobre 1924, *ivi*, 1016.

¹¹² SU 15 marzo 1926 in *RDP*, 1926, II, 216

¹¹³ SU 3 dicembre 1929, n. 3559, *cit.*

¹¹⁴ SU 21 e 25 gennaio 1928, annotate da O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, 70 ss.

¹¹⁵ M. D'Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *RDP*, 1929, I, 181 ss.. Si consenta al riguardo un rimando a M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.

arrangiamento una pronuncia, in materia di eccesso di potere per travisamento del fatto, che, pur ritenendo il ricorso ammissibile, lo rigettava nel merito¹¹⁶.

Il sistema rientrò così in un assetto concreto soddisfacente anche sotto questo profilo, oltre a quello relativo al riparto, ed ebbe a durare per lungo tempo.

L'unico e isolato risveglio, alla fine degli anni settanta del XX sec., fu riguardo all'idea che la Cassazione potesse sindacare non solo, come è ovvio, ai fini del riparto, se sussistesse un diritto o un interesse legittimo, ma altresì se sussistesse un interesse legittimo o un interesse semplice, nel quale ultimo caso si sarebbe consumato un eccesso di potere, suscitando ancora una volta la forte reazione della giuspubblicistica (da Vincenzo Caianiello a Guglielmo Roehrssen). La problematica sfociò nella caducazione per "difetto assoluto di giurisdizione"¹¹⁷ di una famosa apertura del Consiglio di Stato alla legittimazione delle associazioni rappresentative di interessi diffusi¹¹⁸. Poi il punto fu risolto dal legislatore e nel prosieguo la Cassazione, anche per questa nuova casella attivata, rientrò sostanzialmente nel *self restraint*. Certo si trattava di un punto non meno delicato del controllo sulla discrezionalità, poiché la larghezza della selezione equitativa degli interessi ai fini della legittimazione al ricorso costituiva, come nel primo caso, uno dei tratti più preziosi della tradizione graziosa e caratterizzanti la tutela della giustizia amministrativa, sicché mal avrebbe qui operato un sindacato della Cassazione, informato ai diversi principi civilistici, dove la sfera degli interessi giuridicamente rilevanti è inevitabilmente più stretta. La giurisdizione amministrativa infatti non è mai stata una giurisdizione di tipo obiettivo, come spesso malamente rappresentato da una parte della dottrina, ma una giurisdizione di tipo subiettivo, pur, appunto, a maglie più larghe rispetto all'ordito privatistico.

Infine, vi è pur sempre da rimarcare che, per quanto lodevole e decisiva sia stata l'attitudine di *self restraint* della Cassazione, e sul versante del riparto e su quello dell'eccesso di potere, la tara strutturale della competenza delle Sezioni unite rimanga astrattamente in campo, pronta in ipotesi a rimescolare di nuovo le carte, facendoci ripiombare nell'abisso delle risalenti complicazioni del riparto, del fantasma della legge del 1865 e di un giudice ordinario che vuole farsi giudice del diritto pubblico a detrimento del giudice amministrativo, o, a riesperire il controllo sull'eccesso di potere, nell'abisso di un giudice della giurisdizione che tenda a farsi giudice supremo di terzo grado, come se giudici superiori non lo fossero anche il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti.

Ed è quanto purtroppo si è ravvivato, con un cattivo risveglio, in questi ultimi decenni, a conferma della inappropriatezza della competenza delle Sezioni unite nel contesto di un pluralismo giurisdizionale. In ciò, nel sottofondo, hanno di certo pesato, purtroppo anche a partire dalla stessa dottrina giuspubblicistica, il periodico riemergere dei sostenitori della giurisdizione unica e decenni di moda filo-privatistica, inaugurata da Massimo Severo Giannini, sinché, a forza del ripetersi e del diffondersi delle relative litanie, la Cassazione, malauguratamente non meno colta, come la dottrina, dalla dimenticanza del passato, ne ha finito per (ri)prendere sul serio le travisanti ideologie giuridiche.

4. Le recenti intemperie espansionistiche della Cassazione ed il risorgere dei fantasmi del passato

Nei primi decenni del secolo ventesimo si era ormai acquisita nell'opinione prevalente anche al di fuori della cerchia dei giuspubblicisti, l'importanza della giustizia amministrativa per il sistema di tutela e il concordato tra Romano e D'Amelio non fece che suggellare questo indirizzo, sia sul versante del riparto di giurisdizione, sia su quello per certi versi più delicato del controllo della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo.

¹¹⁶ SU 25 gennaio 1930 in *RDP*, 1930 II, 133.

¹¹⁷ SU 8 maggio 1979, n. 2207, in *Cons. st.*, 1978, III, 379.

¹¹⁸ Si veda, M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*.

Nel corso del secolo precedente, come si è visto, non sono ravvisabili punti di contrasto tali da mettere in discussione l'ormai consolidato assetto dualistico del sistema, che si tratti della carenza di potere in concreto o dei diritti indegradabili o, sul versante dell'eccesso di potere giurisdizionale, della legittimazione degli interessi diffusi.

L'equilibrio fu rotto soltanto sul finire del XX sec. con gli interventi legislativi sul riparto: dalla privatizzazione del pubblico impiego ad una nuova estensione delle materie di giurisdizione esclusiva e soprattutto al conferimento al giudice amministrativo di poteri risarcitori, che andava ad intaccare quella che per la Cassazione costituiva una naturale e intangibile competenza del giudice ordinario. Da quel momento è scoppiata una guerra tra le giurisdizioni superiori che, nel succedersi di diverse fasi e questioni, ha ancor oggi punti di contesa. Tutto ciò in un quadro divenuto ancor più complesso in ragione del concorso arbitrale del giudice delle leggi cui è rimessa l'interpretazione delle norme costituzionali sulla giurisdizione: non è più un gioco a due, tra giudice speciale e Cassazione, ma un gioco a tre.

Si tratta di vicende già ampiamente studiate e che non hanno bisogno qui di una previa ricognizione, se non per sottolineare l'evidente salto di qualità che è registrabile in questi ultimi decenni nella giurisprudenza della Cassazione.

A tal fine, non si intende dare un'analisi completa di dettaglio, come si è tentato in parte di fare con la giurisprudenza del passato, bensì evidenziare, con riferimenti di sintesi, quelli che ci sembrano i principali punti di attacco del giudice della giurisdizione nei confronti del giudice amministrativo, sia sul versante del riparto (atto vincolato, appalti e concessioni, responsabilità da comportamento), sia sul versante dell'eccesso di potere giurisdizionale (interpretazione "evolutiva" dei motivi di giurisdizione). Non è ovviamente estranea da queste vicende la Corte dei conti, ma andremo fuori dall'economia del presente scritto.

È nel mezzo di queste intemperie che si colloca anche l'avvento del codice del processo amministrativo, che, se non per taluni aspetti (come, ad es., nel caso dell'azione risarcitoria autonoma o del sindacato sul contratto), non si può dire però che abbia potuto svolgere un ruolo di definitiva e completa composizione delle questioni di giurisdizione. Non si tratta soltanto del fatto che determinate clausole (ad es., quando si abbia un "potere" o quando una fattispecie sia o meno da collegare "mediatamente" al potere) rimandino ovviamente all'interpretazione giurisprudenziale. Si ha infatti anche la netta percezione che il giudice della giurisdizione proceda spesso *motu proprio* secondo percorsi autonomamente riconducibili alla propria tradizione, a volte ignorando o volendo ignorare le previsioni codicistiche (come nel caso dell'atto vincolato o dell'azione di nullità), sicché un non avvertito giurista affetto da positivismo legislativo sarebbe facilmente esposto all'inganno di poter fare sicuro affidamento sulle norme scritte.

5. Il riparto di giurisdizione

5.1. L'atto vincolato

Si è già visto che distinguere nell'atto amministrativo gli elementi discrezionali da quelli vincolati costituì uno strumento fondamentale attraverso il quale l'autorità giudiziaria, a cavallo tra XIX e XX sec., provò ad affermare il proprio sindacato di legalità sugli atti di diritto pubblico nella logica della legge del 1865 sin lì sostanzialmente disapplicata e che questo sindacato si andò poi sempre più riducendo sino all'atto interamente vincolato ed infine all'atto interamente vincolato da norme poste anche nell'interesse del privato.

Non meraviglia così che la categoria dell'atto vincolato vivamente risorga nel momento in cui il giudice ordinario intenda nuovamente recuperare spazi di giurisdizione nelle controversie pubblicistiche. Né la Cassazione ritiene di dover prendere in considerazione il fatto che, come si è già evidenziato, il codice del processo amministrativo configuri espressamente la giurisdizione del giudice

amministrativo sugli atti vincolati. Lascia così alquanto interdetti che il giudice delle leggi, pur ai limitati fini del giudizio di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità, abbia sbrigativamente ritenuto "evidente", obliterando propri precedenti di segno contrario (C. cost. n. 127/1998) e muovendosi sulla sola scorta del recente orientamento del giudice della giurisdizione, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in presenza di un atto vincolato (C. cost. n. 16/2023)¹¹⁹.

La storia si ripete ed una storia che evidentemente in molti hanno dimenticato, sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza. Scorrendo gli odierni repertori si ritrova infatti quell'antico spirito di puntigliosità nel vivisezionare le fattispecie alla ricerca di quei caratteri che consentano di sottoporre l'atto amministrativo alla giurisdizione ordinaria.

È questo l'aspetto più importante del nuovo attivismo della Cassazione, non a caso vivamente contrastato dalla giurisprudenza amministrativa¹²⁰.

L'atto vincolato, comprensivo a volte di profili di discrezionalità tecnica¹²¹, è infatti una categoria che può attraversare l'intero sistema, potendosi insinuare in qualsivoglia anfratto: si tratta cioè di una categoria generale *bonne à tout faire*.

Facciamo subito, tra i molti che si potrebbero fare, due rapidi esempi.

Poco importa che il giudice delle leggi abbia ritenuto che il giudice amministrativo possa conoscere dei diritti indegradabili, poiché questa figura è comunque recuperabile sotto il *genus* degli atti vincolati. Come le due cose siano sovrapponibili è facilmente ravvisabile nel caso delle diatribe di giurisdizione sui diritti dei diversamente abili¹²² o, sempre ad es., rispetto all'indegradabile diritto alla salute dei richiedenti asilo, ove si considera il servizio di accoglienza, nella sua gestione, "circoscritto e vincolato" (SU n. 4873/2022). Discorso simile può farsi quando si ricorra al paradigma del *core* dei diritti, sicché di fronte al "nucleo minimo essenziale" dei diritti alla salute e di proprietà, in caso di immissioni intollerabili, "l'azione della pubblica amministrazione è vincolata" (SU n. 13178/2024).

Non a caso, tanto si ragiona adesso di potere amministrativo vincolato, e non di più di carenza di potere, che, in sintonia con la giurisprudenza costituzionale, si ritiene sussistente, di fronte ai diritti inviolabili, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi di giurisdizione esclusiva, salvo pur sempre che la lesione non derivi non da un provvedimento, ma da "una mera attività materiale" (SU n. 9837/2023).

Un altro esempio significativo, per andare a questioni più nuove, è quello dell'inerzia dell'amministrazione, ove insistono la giurisdizione di legittimità per le "omissioni" ed in particolare per il silenzio-inadempimento e la giurisdizione esclusiva riguardo al risarcimento per l'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento. Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento presuppone la sussistenza della giurisdizione sulla posizione soggettiva retrostante (CdS III n. 4089/2020; SU n. 32688/2021), sicché, oltre i casi in cui si tratti di fattispecie privatistiche, l'atto vincolato, ove anche qui valorizzato, potrà avere carattere preclusivo, tranne che vi sia giurisdizione esclusiva. La Cassazione ne ha fatto chiaro uso per la tutela risarcitoria, sicché, se a volte si afferma la giurisdizione amministrativa per la relativa azione, anche introducibile in via autonoma, limitandosi genericamente a vagliare l'esistenza di un "potere" (SU n. 30175/2023) e il ritardo nell'esercizio di tale potere (SU n. 4298/2022), altre volte, si effettua un distinguo, spettando al giudice ordinario l'omissione di attività provvedimentale "vincolata" (SU n. 3486/2023, n. 7737/2023; n. 3755/2024) e confinando

¹¹⁹ Sul punto CGARS n. 273/2023, scusandosi per la coincidenza tra chi scrive e l'estensore della citata pronuncia, ma così come il legislatore scompare dietro l'oggettivizzazione della legge emanata, parimenti scompare l'estensore di una sentenza.

¹²⁰ Da ult. CdS IV n. 6809/2025, anche con riferimento agli indici normativi codicistici.

¹²¹ Ad es. SU n. 15370/2022 parla di "discrezionalità tecnica vincolata" e SU n. 1390/2022 di "mera discrezionalità tecnica".

¹²² Si consente un rimando a M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, già in *giustizia-amministrativa.it*, 2020, nonché in M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022.

specularmente la giurisdizione del giudice amministrativo all'evenienza in cui l'omissione riguardi invece poteri "discrezionali" (SU n. 34555/2022). In sostanza, la giurisdizione esclusiva in materia di risarcimento per l'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, nel caso che vi sia anche giurisdizione esclusiva sulla posizione soggettiva retrostante, finirebbe così per essere del tutto inutile, non estendendosi all'atto vincolato. Questa problematica andrà ad intrecciarsi ulteriormente, come vedremo, col tema della responsabilità da comportamento.

Si tratta dunque di una dicotomia che ha una significativa potenzialità in vista di un progressivo ampliamento della giurisdizione a favore del giudice ordinario. I repertori offrono ormai nella varietà qualitativa e nella quantità un universo significativo di casi¹²³. Ma si pensi anche ai numerosi atti amministrativi, già qualificati come atti vincolati, che sono normalmente soggetti alla giurisdizione amministrativa. Nella dottrina era sempre sembrato che gli atti vincolati fossero poca cosa ed invece sono spuntati fuori come i funghi, come mostrerebbe una ricognizione delle molteplici fattispecie provvedimentali nelle quali lo stesso giudice amministrativo ricorre a questa qualificazione per fare scattare la clausola dei vizi formali che impediscono l'annullamento degli atti. Tutti casi potenzialmente transitabili alla giurisdizione ordinaria, fermo restando l'ostacolo derivante dalle materie di giurisdizione esclusiva, almeno in teoria poiché a volte l'atto vincolato viene confusivamente colorato da una valenza privatistica, con il che si resterebbe pur sempre al di fuori delle controversie sussumibili nella giurisdizione esclusiva.

Quello che però si vuole soprattutto evidenziare è che siamo così ricaduti nel vortice delle complicazioni del passato e che ciò potrà soltanto portare ad un inutile scombussolamento di quel difficile equilibrio pratico raggiunto nel secolo scorso.

Si sono persino rinverdiati precedenti dei primi anni novanta del XX sec., anomali e isolati residui della più antica giurisprudenza, che portano a riesumare il modello dello strabismo dei vizi, cioè, come si è già visto, l'esempio principe delle complicazioni. Si è così ritenuto, in materia di acquisto della cittadinanza, che la giurisdizione spetti al giudice ordinario ogni qualvolta il diniego sia giustificato dalla mancanza dei requisiti oggettivi prescritti dalla legge, mentre sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, allorquando la cittadinanza venga invece rifiutata per l'esistenza di motivi inerenti alla pubblica sicurezza (SU n. 25398/2024).

Non meno nel moltiplicarsi dei casi si ritrova quella confusiva attitudine tra diritto pubblico e diritto privato.

Quando vi è una tranciante qualificazione privatistica, condivisibile o meno, è ovvio che ciò sia di per sé assorbente, ad es. riguardo agli atti di gestione del rapporto di lavoro nel pubblico impiegato privatizzato con l'eccezione delle sole procedure concorsuali (da ult. SU n. 18653/2024), all'incarico ad un professionista, considerato "espressione non di una potestà amministrativa, bensì di semplice autonomia privata" (SU n. 9134/2022), o quando si ricorre alla risalente clausola delle questioni "a contenuto meramente patrimoniale", ritenute di per sé intrinsecamente privatistiche (SU n. 17054/2024, n. 13311/2023 e n. 2064/2022; n. 5386/2022), poiché non ha alcun senso di fronte ad un atto di diritto privato porsi il problema se l'atto sia discrezionale o vincolato¹²⁴, che è un distinguo proprio degli atti di diritto pubblico.

¹²³ Ad es., oltre alla giurisprudenza già tempo consolidata in materia di concessione di finanziamenti (da ult. SU n. 22862/2024, n. 15404/2024, SU n. 1946/2024): SU n. 621/2021, n. 34502/2024 in materia di edilizia residenziale pubblica; n. 3735/2024, in materia di iscrizione agli elenchi del personale d'imbarco; n. 28429/2022, in materia di sospensione dell'esercizio di professione sanitaria; n. 28428/2021, in materia di decadenza dalla carica di componente elettivo del GPTG; n. 13990/2022, in materia di liquidazione del compenso del funzionario onorario; n. 8188/2022, in materia di rilascio della patente di guida; e così via.

¹²⁴ Così, ad es., SU n. 28467/2022, che ravvisa "un atto privatistico tipicamente gestionale del rapporto di lavoro, senza che assuma alcun rilievo la discrezionalità che, in detto ambito, compete, al dirigente scolastico"; SU n. 34751/2024, a proposito dell'indennità dovuta dalla p.a. dopo la scadenza del contratto di locazione, che va

Diversamente non è spesso chiaro se ravvisato il vincolo o l'obbligo, con correlativa sussistenza di un diritto soggettivo, si mantenga una qualificazione pubblicistica dell'atto o invece si dia luogo ad una qualificazione privatistica, ovvero, e qui si manifestano le maggiori complicazioni, se, anche quando il titolo a monte è senza dubbio pubblicistico, oltre al certosino spezzettamento della fattispecie, i vincoli che ne derivano diano luogo pur sempre al obblighi diritto pubblico o invece a obblighi di natura civilistica.

Parimenti si ritrovano i soliti equivoci sull'identificazione tra "potere" pubblicistico e potere "discrezionale", mentre l'alternativa tra atto discrezionale e atto vincolato, quali che siano le conseguenze che se ne vogliano trarre ai fini del riparto, presuppone in entrambi casi una qualificazione pubblicistica, è cioè per definizione una distinzione interna al "potere". L'intrinseco vizio della confusione dei piani diventa poi ancor più appariscente nei casi di giurisdizione esclusiva, ove, stando sempre allo schema del rilievo della distinzione tra vincolo e discrezionalità, è proprio nel provvedimento vincolato che si determina una estensione della cognizione ai diritti.

Un'altra figura che si presta a questo tipo di equivoci è il cd. atto o rapporto "paritetico" di cui spesso non si comprende se sia ancora l'originario atto "amministrativo" paritetico o invece un atto "paritetico" di natura privatistica¹²⁵.

5.2. La giurisdizione esclusiva. Contratti e concessioni.

Quando fu introdotta la giurisdizione esclusiva la Cassazione cercò subito di delimitarne la portata sul presupposto che l'estensione della cognizione ai diritti soggettivi esigesse pur sempre l'impugnazione di un atto amministrativo. Si trattava ovviamente del logico corollario del criterio generale del riparto, secondo il quale, a mente della legge del 1865, era configurabile un diritto di fronte ad un provvedimento. Con l'evolversi del sistema anche qui si consumò un certo *self restraint* e la giurisdizione esclusiva guadagnò progressivamente terreno in ordine alle controversie che, in ciascuna materia, vi potevano essere ricomprese, ad es., riguardo agli immediati riflessi patrimoniali dell'annullamento di atti illegittimi, a parte sempre il risarcimento del danno, o all'invenzione dell'atto "amministrativo" paritetico.

Ma nella guerra di giurisdizione di fine XX sec. la giurisdizione esclusiva fu coinvolta in pieno, per via legislativa, anzi fu proprio lì che, in prima battuta, si incardinò la tutela risarcitoria del giudice amministrativo, sino poi ad arrivare all'estrema proposizione del riparto per blocchi di materie. Non sorprende dunque che nella Cassazione venne a risvegliarsi l'esigenza di ricominciare a tessere le fila di una sua limitazione. Come è noto, fu il giudice delle leggi, nel 2004, a fissare sia un limite esterno alla scelta legislativa della materia, essendo necessario che vi fosse ravvisabile un nucleo di "potere" amministrativo, sia un limite interno, nel senso che tale giurisdizione non significasse il conferimento di "tutte" le controversie al giudice amministrativo.

È così che il riferimento all'esistenza del "potere" da limite esterno viene ribaltato dalla Cassazione a limite interno per distinguere tra le controversie: "perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione" (SU n. 8236/2020). Si tratta, con tutta evidenza, di un ritorno alle origini, sebbene con una modulazione diversa, poiché la

ricondata alle clausole dell'originario rapporto, "senza possibilità di esercizio di un potere amministrativo (discrezionale o vincolato)".

¹²⁵ Anche nella giurisprudenza amministrativa si rintracciano i segni di questa ambiguità: così ad es., di recente, CdS III n. 4823/2025 parla di un "contesto giuridico di matrice paritetica (anche se non rigorosamente privatistica)". Sembrano menzionarlo in termini privatistici, SU n. 21971/2021, n. 16763/2022, n. 5972/2023, n. 22486/2024.

giurisdizione esclusiva non riguarda soltanto gli atti amministrativi, ma anche i comportamenti “mediatamente” collegati al potere.

La prospettiva del riparto per blocchi di materie, come si è detto, non è accettabile perché porterebbe alla despecializzazione del giudice amministrativo, ma altra cosa, e pure censurabile, è all’opposto abbandonare il *self restraint* del passato e farci rimpiombare anche qui, come se non bastasse il riparto generale, nelle innumerevoli complicazioni del continuo ritaglio delle fattispecie.

Non è possibile dare contezza analitica di questa tendenza, anche perché il discorso presenta particolarità legate alle singole materie.

Vi sono però due casi che meritano particolare attenzione: i contratti e le concessioni¹²⁶.

Il tema dei contratti è un classico dell’intreccio tra diritto pubblico e diritto privato.

Non si vogliono qui considerare le interferenze pubblicistiche nella fase dell’esecuzione, anche perché il nuovo codice degli appalti sembra aver fatto al riguardo una certa ripulitura rispetto al codice precedente, bensì, al contrario, le possibili interferenze del giudice ordinario nella fase pubblicistica, ed in particolare nella fase che intercorre tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto.

Inizialmente la Cassazione riteneva che questo segmento rientrasse nella giurisdizione esclusiva sulle procedure di scelta del contraente, ma a cominciare da una pronuncia del 2018, si è invece affermato che esso rientri nel riparto ordinario, venendo però in gioco non tanto la distinzione tra diritti e interessi all’interno di una fattispecie pubblicistica, bensì l’argomento più assorbente che si tratti di una fase privatistica *ante contractum* “soggetta alle regole del diritto comune,” salvo l’eventuale esercizio di poteri pubblicistici di autotutela che riporterebbero alla procedura di scelta del contraente e alla giurisdizione esclusiva (SU n. 24411/2018).

In altre parole, si sposta la tradizionale linea divisoria della struttura bifasica della vicenda contrattuale, ossia la stipula del contratto, anticipando la fase privatistica, ivi comprese ovviamente le questioni di responsabilità da comportamento (SU n. 15383/2024). Sembra cioè che si voglia estendere ai contratti pubblici il modello del pubblico impiego contrattualizzato.

È un’operazione di sicuro rilievo, data l’importanza della materia. Deve tuttavia evidenziarsi che al riguardo il nuovo codice dei contratti sembra invece rimanere fermo all’assetto tradizionale, se all’art. 18, c.5, prevede che in caso di inerzia nella stipula del contratto “l’aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento”, con il che, atteso il carattere tecnico di diritto positivo della figura evocata, si sta inequivocabilmente evocando la giurisdizione del giudice amministrativo.

La questione della sussistenza o meno della giurisdizione esclusiva nell’anfratto intercorrente tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto presenta oggi un ulteriore e nuovo rilievo riguardo alla responsabilità da comportamento, alla luce, come vedremo, dell’ultimo orientamento della Cassazione che ha ritenuto di conferire al giudice amministrativo il sindacato su tale responsabilità, ma solo, appunto, nei casi di giurisdizione esclusiva.

Più appariscente è il caso delle concessioni.

Anche qui ha preso corpo il rosicchiamento delle controversie. Basti al riguardo evocare l’idea che, al di là della lettera della legge, occorra superare la “tradizionale interpretazione riduttiva” della clausola “indennità, canoni e altri corrispettivi”, in vista, anche qui, di una più comprensiva riconduzione alla giurisdizione del giudice ordinario del momento dell’esecuzione, come per le “questioni inerenti ai profili di adempimento e inadempimento della concessione e alle conseguenze risarcitorie, vertendosi nell’ambito di un rapporto paritetico tra le parti” (SU n. 18267/2019, n. 20867/2020, n. 21971/2021 e n. 18374/2023). In altre parole, si riconduce l’esecuzione ad una logica privatistica, come già era, al di fuori della giurisdizione esclusiva, per la concessione di lavori, o anche per la concessione di finanziamenti, ove il mancato rispetto da parte del beneficiario delle prescrizioni provvedimentali è stato considerato “un inadempimento contrattuale” (SU n. 11720/2010) e la

¹²⁶ Per i profili qui trattati si consenta già un rimando a M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell’economia*, 2022, 11 ss.

conseguente revoca decadenziale del finanziamento come un “meccanismo sanzionatorio assimilabile alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall’art. 1456 c.c.” (SU n. 3600/1986).

Ma il punto che si vuole sottolineare è soprattutto un altro: si intende con ciò ridurre la concessione ad un contratto di diritto privato, con la prospettiva dunque di riprodurre anche qui il modello di riparto degli appalti pubblici, tanto appunto da giustificare una decisa ingerenza in sede di esecuzione del rapporto concessorio.

Sempre nelle evocate pronunce si parte infatti dal presupposto che “la distanza tra le figure dell’appalto e della concessione, su impulso del diritto eurounitario, si è andata riducendo fino a dissolversi, costituendo ormai entrambe contratti a titolo oneroso”, così pervenendosi al “punto terminale del processo di contrattualizzazione delle concessioni”.

Non si tiene tuttavia conto del fatto che, anche a voler accedere a questa supposta contrattualizzazione eurounitaria e così a valorizzare la natura bilaterale e non unilaterale del titolo, non se ne può di per sé far derivare una qualificazione privatistica, poiché nulla esclude che siffatto contratto sia da considerarsi di diritto pubblico. Anzi, se si guarda al diritto positivo, quest’ultima conclusione appare inevitabile, poiché altrimenti rimarrebbe priva di causa la previsione della giurisdizione esclusiva che presuppone l’esistenza del potere, appunto la natura pubblicistica della concessione (CGARS n. 273/2023, cit.). In altre parole, la prospettiva della Cassazione è vistosamente *contra legem*¹²⁷.

Sorprende però che il giudice amministrativo abbia potuto alimentare questa trappola civilizzante. Ci riferiamo all’orientamento dell’Adunanza plenaria che ha ritenuto di poter applicare il rito speciale degli appalti anche alle concessioni (n. 22/2016), orientamento recepito nel codice che all’art. 120 fa adesso riferimento non solo alle procedure di “affidamento”, ma anche a quelle di “concessione”. È una soluzione questa che suscita dubbi di costituzionalità sotto almeno due profili di irragionevolezza.

Se con tale modifica si intenda presupporre la natura privatistica della concessione si entrerebbe in conflitto con la espressa e consolidata previsione della giurisdizione esclusiva che invece presuppone l’esistenza di un “potere” e dunque la natura pubblicistica del titolo, unilaterale o bilaterale che sia. L’irragionevolezza sta nella eterogeneità dei rispettivi piani e cioè che, in ipotesi, una norma su determinati poteri del giudice possa implicitamente determinare l’abrogazione di una norma sulla giurisdizione che dei poteri del giudice è presupposto e non conseguenza.

Il rito speciale consente la dichiarazione di inefficacia del contratto, ma, se la concessione rimane invece un atto di diritto pubblico, si deroga alla tutela costitutiva di diritto pubblico e siffatta deroga potrebbe essere sottoposta ad un sindacato di ragionevolezza, atteso che di regola un atto di diritto pubblico, quando è illegittimo, non si dichiara inefficace, ma si annulla.

5.3. Responsabilità da comportamento

Un altro importante punto di attacco della giurisprudenza del giudice della giurisdizione si è consumata, pur in modo tormentato, sulla cd. responsabilità da comportamento. Ciò non deve sorprendere poiché proprio la perdita della tutela risarcitoria da atto illegittimo¹²⁸ è stata in passato uno dei punti scatenanti la guerra di giurisdizione e dunque è in questa chiave che possono emergere

¹²⁷ Non può così condividersi la pur autorevole dottrina che, mutando la propria precedente opinione, sembra accedere la visione contrattualprivatistica della concessione: si rimanda M. Mazzamuto, *L’oscillazione del pendolo tra diritto pubblico e diritto privato: Guido Greco un garante della tradizione giuspubblicistica*, in F.G. Scoca (a cura di), *Liber amicorum per Guido Greco*, Torino, 2024, 545.

¹²⁸ Sui casi, dopo tale perdita, che rimasero allora in capo alla tutela risarcitoria dei giudici ordinari, v. di recente la ricostruzione di SU n. 26080/2025.

orientamenti volti ad opporsi tenacemente alla possibilità di perdere ulteriore terreno, vecchio o, come nel caso di specie, sostanzialmente nuovo.

Trattandosi di un capitolo per certi versi inedito nella storia del riparto ne dovremo fare oggetto di più ampia trattazione.

Anzitutto occorre chiedersi se questa figura costituisca un'effettiva novità.

Va subito evidenziato come non sembri un terreno idoneo di comparazione la classica responsabilità da mere attività materiali poiché la responsabilità da comportamento si correla pur sempre ad attività pubblicistiche.

Il primo modello cui fare invece riferimento ci riporta inevitabilmente alla risalente figura della responsabilità da atto legittimo e non a caso il tema fu subito rinverdito in dottrina¹²⁹.

Nello sviluppo di tale figura ebbe un ruolo importante la pressione esercitata dalla nostra dottrina, pur sussistendo divergenze in ordine alla sua qualificazione pubblicistica¹³⁰ o privatistica¹³¹. Certo è che per almeno tre decenni la giurisprudenza ammise questa responsabilità¹³² ed è probabile che in ciò sia stata anche indotta dall'esigenza di porre, all'occorrenza, un qualche rimedio di fronte agli ostacoli che si presentavano alla configurazione di una responsabilità comune fondata sulla colpa nella misura in cui l'indagine su quest'ultima implicava un non ammesso sindacato sulla discrezionalità¹³³.

Il punto fu piuttosto quello del suo ambito di applicazione e del rilievo del danno causato.

Si trattava essenzialmente di scelte equitative alle quali si ricorreva grazie ad un'applicazione in via analogica dell'indennizzo previsto dalla legge sulle espropriazioni¹³⁴, non potendosi, come è comprensibile, farne un criterio di automatica e generale applicazione¹³⁵. Un caso tipico era quello del danno arrecato dalla esecuzione di opere pubbliche legittimamente disposte, ma significativo fu anche il caso del licenziamento legittimo¹³⁶.

Anche il rilievo del danno poteva essere determinante, poiché, come è comprensibile, non ogni privazione di utilità o incomodo poteva considerarsi indennizzabile, così come non si riteneva indennizzabile un danno transitorio¹³⁷.

¹²⁹ Così il mio Maestro G. Corso, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203.

¹³⁰ G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, 1892, cit.

¹³¹ V. E. Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1893, 241.

¹³² Già, ad es., SU 13 giugno 1900, in *GA*, III, 78 o 10 gennaio 1902, *ivi*, 1902, III, 55.

¹³³ SU 27 maggio 1918, *ivi*, 1918, III, 60: "l'azione trova quindi il suo fondamento non nella illiceità dell'atto amministrativo, che obbligherebbe il giudice ad un'indagine sulla colpa e quindi sul merito dell'atto, ma nel principio di ragione di giustizia distributiva, che vuole sia risarcito ogni danno permanentemente arrecato alla proprietà privata dalla esecuzione dell'opera pubblica; principio che trova la sua espressione nei riguardi del procedimento di espropriazione per pubblica utilità nell'art. 46 della relativa legge"; v. anche 26 novembre 1918, *ivi*, 68.

¹³⁴ Ad es. SU 28 aprile 1909, *ivi*, III, 1909, 84; 11 gennaio 1910, *ivi*, 1910, III, 3; 4 marzo 1911 *ivi*, 1911, III, 23; SU 8 febbraio 1913, *ivi*, 1913, III, 35; 23 gennaio 1914 *ivi*, 1914, III, 27.

Così SU 20 gennaio 1913, *ivi*, 1913, III, 5 riassume le ipotesi: se "espressamente riconosciuto dal legislatore, o dipenda dall'applicazione, per analogia, dei principi generali informati della legge di espropriazione per pubblica utilità e di varie disposizione del Codice civile, secondo cui non è consentito di arricchire sé a danno altrui, né di fare risentire ad uno solo il danno di un'opera di cui si avvantaggia la collettività".

¹³⁵ SU 6 agosto 1903, *ivi*, 1903, III, 81, "solo in alcuni casi si può indagare se l'atto o provvedimento stesso, per quanto legittimo e quindi non produttore obbligo di risarcimento di danni per titolo di colpa, faccia sorgere, per legge, in favore del privato, il diritto ad un corrispettivo o ad una indennità, come si suole chiamare, per il sacrificio imposto della utilità individuale in pro' di un interesse collettivo".

¹³⁶ SU 14 marzo 1910 *ivi*, 1910, III, 58; 27 aprile 1912 *ivi*, 1912, III, 90.

¹³⁷ SU 24 luglio 1905, *ivi*, 1905, III, 97: "da una semplice privazione d'utilità non deriva al privato titolo a risarcimento di danni, allorché la privazione dipenda da esecuzione di opera pubblica"; 15 marzo 1919, *ivi*, 1919, III, 63: "l'argomento di analogia, di cui si sono avvalse la dottrina e la giurisprudenza per venire in aiuto del privato

Poteva persino accadere, come sarebbe possibile anche oggi di fronte al giudice amministrativo con riguardo però alla responsabilità da comportamento, che si presentasse una domanda di risarcimento da atto illegittimo, e, in via subordinata, una domanda di indennizzo da atto legittimo¹³⁸.

A metà degli anni trenta tuttavia si andava ormai consumando questo filone giurisprudenziale per rientrare all'interno di uno stretto principio di tassatività normativa dei casi di indennizzo¹³⁹. Non è improbabile che questo esaurimento sia stato dovuto, specularmente a quanto si osservava in precedenza, all'espandersi della responsabilità di fronte ad atti discrezionali, grazie, come si è visto, al parallelo affermarsi della pregiudizialità amministrativa qualora si trattasse di esaminare il "buono o cattivo uso fatto del potere discrezionale".

Da quanto evidenziato, si comprende bene che responsabilità da atto legittimo e responsabilità da comportamento non possano accomunarsi, poiché la prima non presuppone alcuna violazione, mentre, la seconda, pur in presenza di atti legittimi, importa pur sempre la violazione di regole di comportamento.

Vi sono tuttavia, in quel ricco crogiolo della giurisprudenza dei primi decenni successivi alla legge del 1890, dei precedenti che possono avvicinarsi alla responsabilità da comportamento.

In certe fattispecie sembra infatti emergere quello che oggi chiameremmo danno da ritardo. Così si ammette un'azione di risarcimento "pel fatto che la pubblica amministrazione abbia, non già con un atto positivo, ma per inerzia, lasciato trascorrere lungo tempo per permettere ad un proprietario confinate con beni demaniali di fabbricare sul proprio suolo"¹⁴⁰; o perché l'amministrazione abbia conferito con "colposo ritardo" un impiego da sottufficiale a chi ne aveva diritto¹⁴¹. Un altro caso interessante, anche se meno lineare, è quello di chi avendo ottenuto un'autorizzazione a costruire dal Consiglio comunale, condizionata all'approvazione del progetto da parte della Giunta, lamenti che quest'ultima, in ragione di denunce di controinteressati, abbia deciso arbitrariamente di soprassedere a tempo indefinito, sicché, escluso che l'autorità giudiziaria potesse sovrapporsi o sollecitare i provvedimenti, si ammetteva invece il risarcimento dei danni¹⁴². È vero che qui vi è un "atto" soprassessorio, ma è evidente che nella sostanza si sanziona un comportamento omissivo. E ancora è

cittadino in casi in cui, all'infuori di un regolare procedimento di espropriazione ... argomento fondato sul principio di equità ... ha per presupposto ... la perdita totale o parziale della cosa, e la privazione o la diminuzione dell'uso o del godimento di essa, che, in quanto sia continua e permanente, si risolva in un notevole deprezzamento. Ma non sono danni risarcibili i semplici incomodi che possono derivare dai rapporti normali della civile convivenza, tanto più se non hanno carattere di continuità e sono facilmente riparabili".

¹³⁸ SU 20 aprile 1925, in *RDP*, 1925, II, 206, che rigetta la prima, fondata sulla colpa, perché non si può sindacare la discrezionalità, e rigetta la seconda in quanto non vi è la "permanenza del fatto dannoso", trattandosi di "fatti transitori".

¹³⁹ SU 19 giugno 1935, in *Giur. it.*, 1935, I, 884: "Vero è che in una certa dottrina si travaglia a fondare sulla disposizione dell'art. 46 della legge del 1865 o su altre in certo modo analoghe, come quella della legge sulle servitù militari, della legge sui telefoni, ecc., una teoria dell'indennità senza colpa nei rapporti tra l'amministrazione pubblica e i privati. Ma una più retta interpretazione del diritto positivo vigente oggi, potrebbe persuadere che l'obbligo all'indennizzo non può sorgere se non da una espressa disposizione di legge, senza di che si verrebbe a fare alla pubblica amministrazione una condizione giuridica più onerosa di quella cui si svolge l'iniziativa privata, cui non si ritiene applicabile nel quadro del nordico diritto civile il principio della responsabilità obiettiva".

¹⁴⁰ SU 8 maggio 1908, in *GA*, 1908, III, 80. Nella nota redazionale si descrive il punto come "questione di competenza sotto il profilo della lesione di diritti privati che può derivare dall'inerzia o noncuranza della pubblica amministrazione nell'emanare dei provvedimenti, da cui dipenda l'esercizio o meno di *alcuni diritti* da parte dei cittadini".

¹⁴¹ SU 17 aprile 1913, *ivi*, 1913, III, 69.

¹⁴² SU 7 gennaio 1903, *ivi*, 1903, III, 34. In generale, SU 18 agosto 1903, *ivi*, 133: "l'ipotesi che un organo politico si astenga, per qualsivoglia ragione, da spiegare funzioni che gli siano proprie, non abilita il magistrato a surrogarsi nell'esercizio delle funzioni stesse. È una nozione elementare di diritto pubblico".

ammessa una azione risarcitoria perché l'amministrazione ha dato esecuzione con ritardo al giudicato del giudice ordinario, essendo in tal caso priva di alcuna discrezionalità¹⁴³.

Ovviamente anche in questo ambito vi era sempre la difficoltà di confrontarsi con la discrezionalità, sicché diveniva difficile incuneare una responsabilità da comportamento. Così, in un caso in cui si lamentava la mancata costruzione di parapetti in un sentiero ripido da parte dell'amministrazione, si cassava la decisione di merito, che "a torto risale ad una norma generale di diritto comune di non commettere alcun fatto o di non incorrere in alcuna omissione, da cui possa derivare danno ad altri, non applicabile alla specie. Questa è norma di comportamento, che presuppone il dovere, rispettivamente, di non fare o di fare, che è in antitesi coll'indole dell'esercizio libero di poteri discrezionali"¹⁴⁴.

Più complesso sarebbe invece un confronto con la responsabilità derivante dalle modalità di esecuzione materiale di provvedimenti amministrativi.

Alla luce di questi precedenti non si può dunque dire che la responsabilità da comportamento sia in assoluta nuova.

Ciò che certamente cambia rispetto al passato è che oggi ha una portata più larga, se non generale, e involge problemi sul versante del riparto di giurisdizione, in ragione dei sopravvenuti poteri risarcitori del giudice amministrativo, che, se si sono consolidati nel caso della responsabilità da atto illegittimo, rimangono controversi nel caso appunto della responsabilità da comportamento¹⁴⁵.

Il punto di partenza fu la responsabilità precontrattuale.

Tale responsabilità aveva stentato ad imporsi poiché l'ambientazione pubblicistica della scelta del contraente sembrava fuoriuscire dal tipico contesto privatistico delle trattative negoziali e, in presenza di un interesse legittimo, non vi era né risarcibilità, né giurisdizione del giudice ordinario. Non a caso, la prima breccia fu possibile aprire soltanto nei casi di cd. trattativa "pura" (SU n. 1675/1961), cioè di una modalità che sfuggiva ai vincoli pubblicistici e poteva essere dunque attratta *tout court* nel paradigma privatistico, sebbene questo spazio finì per restringersi in ragione della sopravvenuta normativa europea in materia di appalti pubblici¹⁴⁶.

Per riaprire questo fronte vi era un solo percorso possibile, come già indicato dalla dottrina¹⁴⁷: occorreva in qualche modo affrancare la responsabilità dall'ambientazione pubblicistica attraverso una tecnica di sdoppiamento delle qualificazioni, configurando appunto due piani distinti, uno riguardante la legittimità degli atti pubblicistici e l'interesse legittimo, l'altro riguardante la liceità privatistica dei comportamenti dell'amministrazione e il diritto soggettivo. È solo in tal modo che la responsabilità precontrattuale avrebbe potuto espandersi, affiancandosi in parallelo, alla vicenda pubblicistica.

Fu però il giudice amministrativo, ormai dotato di poteri risarcitori, a darvi seguito, affermando, in caso di caducazione dell'aggiudicazione di un appalto, la propria "cognizione, secondo il diritto

¹⁴³ SU 27 giugno 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 973.

¹⁴⁴ SU 19 febbraio 1920, in *GA*, 1920, III, 26.

¹⁴⁵ Ovviamente, secondo il criterio del *petitum* sostanziale, qualora si camuffi una responsabilità da atto illegittimo attraverso una responsabilità da comportamento rimane impregiudicata la giurisdizione del giudice amministrativo: SU n. 2368/2024.

¹⁴⁶ SU n. 11656/2008: "Il limite fondamentale di questa prima – pur importante – pronuncia fu quello di ritenere sussistente la *culpa in contrahendo* della Pubblica amministrazione in caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata (c.d. pura), cioè solo nei casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto (con la conseguenza che nelle ipotesi successivamente sempre più ricorrenti – a seguito delle impostazioni di matrice comunitaria – di trattativa privata preceduta da gara informale non potevano applicarsi i principi civilistici della *culpa in contrahendo*)".

¹⁴⁷ M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462: "Ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente, non di accertare se abbia bene o male apprezzato il pubblico bisogno ma se [...] si sia comportato in modo da violare il principio posto nell'art. 1337 c.c."

comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno” e ciò perché “nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l’amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell’interesse pubblico (la cui violazione implica l’annullamento o la revoca dell’attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all’art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune” (Ad.pl. n. 6 /2005). Né si ritenne vi fossero ostacoli su siffatta cognizione attesa la sussistenza in materia di giurisdizione esclusiva (SU n. 11656/2008). Ciò consentì anche di estendere la responsabilità, attribuendo rilievo non solo all’intervallo tra l’aggiudicazione e la stipula, bensì all’intera vicenda del procedimento di scelta del contraente¹⁴⁸.

La figura si andava così allargando sino a fuoriuscire dallo stesso ambito contrattuale in cui era sorta: non solo il caso dell’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione, ma anche di una licenza edilizia.

Qui prende corpo un *revirement* della Cassazione (SU nn.6594, 6595 e 6596/2011), nel senso dell’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, che, nonostante *medio tempore* qualche pronunciamento di segno contrario (SU n. 8057/2016 e n. 13454/2017), avrà ampio seguito in giurisprudenza.

È specialmente in una pronuncia del 2020 (SU n. 8236/2020) che questo orientamento troverà un’ampia e compiuta sistematizzazione.

In primo luogo, ci si affranca del tutto dall’ambientazione pubblicistica, nel senso che quest’ultima nel suo svolgersi si atterrebbe soltanto a “mero fatto storico” e privo di “mediata” rilevanza rispetto all’esercizio del “potere”, mentre la responsabilità *de qua* troverebbe fondamento in una “situazione autonoma, tutelata in sé ... come affidamento incolpevole di natura civilistica”, consentendo così di affermare anche l’insussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: non siamo cioè all’interno della distinzione tra diritti soggettivi e interesse legittimi in un rapporto di diritto pubblico, bensì in presenza di un diritto soggettivo in un rapporto di diritto privato che, pur nella comunanza delle attività considerate, si sovrappone, con l’artificio della già sperimentata tecnica della duplicazione delle qualificazioni, ad un rapporto di diritto pubblico.

È stato in seguito anche precisato, a rimarcare ulteriormente la connotazione civilistica della fattispecie, che nulla muta la sopravvenienza normativa dell’art. 1 c. 2-bis L. n. 241/1990 (“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”), poiché deve “meglio essere definito il campo di applicazione del diritto civile rispetto all’azione regolata dal diritto amministrativo” e dunque “la buona fede che qui rileva non è quella che l’art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona”, estranea “alla regola di diritto civile” (SU n. 12428/2021).

In secondo luogo, la pronuncia del 2020 non guarda più ai soli casi di un provvedimento ampliativo poi rimosso (così ancora SU n. 13194/2018), ma si prendono in considerazione anche i comportamenti che abbiano indotto ad un affidamento sull’esito favorevole del procedimento, poi risoltosi in una legittima determinazione negativa o in un’assenza di provvedimento (in seguito anche SU n. 615/2021 e 1567/2023).

Si pongono così le condizioni per dare alla figura una portata generalissima: nel paradigma del “contatto sociale qualificato” viene valorizzata una “dimensione relazionale” che è astrattamente prospettabile per un qualsiasi procedimento amministrativo. In altre parole, lo sdoppiamento della qualificazione assume una valenza sistematica e finisce potenzialmente per coprire in parallelo l’intera attività amministrativa¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Ad es. CdS V n. 3831/2013, orientamento che ricevette l’avallo di Cass. n. 15260/2014, e, a risoluzione di contrasti interni alla giustizia amministrativa, di Ad. pl. n. 5/2018 (v. però le calibrature di CdS II, n. 7237/2020).

¹⁴⁹ Sulle precedenti considerazioni, a partire dal tema della responsabilità precontrattuale, si consenta un rimando già a M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell’economia*, cit., 87 ss.

Si tratta di una prospettiva che non può che essere foriera di imprevedibili interferenze e complicazioni.

Un esempio emblematico lo si ha già con l'allargamento alle ipotesi in un cui manchi il provvedimento.

Si tratta infatti, così come abbiamo visto a proposito del risarcimento per omissione di attività provvedimentale "vincolata", di una zona grigia di difficile governo ai fini del riparto, poiché l'inerzia o il ritardo, quando non ricorra la *fictio* del provvedimento tacito, si risolve pur sempre, come aveva già evidenziato la giurisprudenza amministrativa, in "un danno da comportamento, non da provvedimento", o, unitamente ad una prima qualificazione della correlata posizione soggettiva, in un "danno da comportamento scorretto (il ritardo) lesivo di un diritto soggettivo (la libertà negoziale)" (Ad. pl. n. 5/2108 cit.).

Ne sono la riprova le difficoltà subito incontrate dalla giurisprudenza e la sofisticata sottigliezza degli argomenti cui si è dovuti giungere.

Per mantenere distinto il piano amministrativo da quello civilistico, occorre un "*quid pluris*" che si muova "già sul piano del fatto, ancor prima dell'effetto giuridico", poiché altrimenti "collegando al medesimo presupposto di fatto la produzione di effetti giuridici distinti a seconda del criterio qualificatorio adottato (legalità del procedimento o correttezza del comportamento), si verrebbe a riproporre l'antica teoria della prospettazione". Per configurare dunque la "lesione dell'affidamento di natura civilistica, differenziata ed indipendente dalla violazione procedimentale" non basta "la mera inerzia, suscettibile di essere compulsata nelle forme previste dall'ordinamento" di fronte al giudice amministrativo, ma occorrono "contegni positivi, formali ed informali, tali da indurre colpevolmente il privato a fare affidamento su un esito favorevole della vicenda" (SU n. 12428/2021 cit.).

E non mancano ulteriori pronunce ove le difficoltà immancabilmente risorgono (SU n. 3099/2022, e specie SU n. 22863/2024), in un crocevia ove confluiscono la responsabilità da comportamento, la giurisdizione di legittimità, la giurisdizione esclusiva, sia quella sull'inerzia, sia quella sul rapporto retrostante, e il carattere o meno vincolato dell'atto. Non è allora forse un caso che siano ravvisabili, anche di recente, pronunce che sembrano voler riportare la responsabilità da comportamento alle sole fattispecie originarie, evitando o limitando così il problematico intreccio con la giurisdizione amministrativa¹⁵⁰.

Il conflitto di giurisdizione è tuttavia rimasto vivo, come mostra il tentativo dell'Adunanza plenaria di ricondurre la fattispecie non più alla lesione di un diritto, bensì a quella di un interesse legittimo¹⁵¹, e solo da ultimo sembra che si sia giunti ad una sorta di concordato compromissorio, come si potrà desumere se sarà confermato dal Consiglio di Stato, nel senso che tale responsabilità sarebbe affidata al giudice amministrativo nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, mentre per il resto, secondo il criterio ordinario di riparto, sarebbe affidata al giudice ordinario (SU n. 26080/2025).

Sono asseverati taluni assunti, come la ricorrenza di una responsabilità da "contatto sociale qualificato", la qualificazione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, di contro all'ultima Adunanza plenaria, e, nonostante le difficoltà sopra rappresentate, la portata generale della figura, ma evidenti sono, sotto altri profili, le discontinuità rispetto al precedente orientamento, nel momento in cui si intende affermare la giurisdizione amministrativa per i casi di giurisdizione esclusiva.

¹⁵⁰ SU n. 4717/2025 che ritiene errata l'equazione "condotta scorretta della P.A.=lesione dell'affidamento" riconducendo il "danno da lesione dell'affidamento" ai soli casi di "un provvedimento amministrativo attributivo di diritti o facoltà che in seguito viene rimosso", ed in particolare quando l'amministrazione "amplia la sfera giuridica del destinatario con un provvedimento che, in seguito, si rivela fondato su presupposti di fatto erronei", quando "adotta un provvedimento che induce il destinatario od un terzo al compimento di atti o alla programmazione di attività, e che in seguito viene revocato" e quando "adotta un provvedimento che nuoce non al destinatario di esso, ma ad un terzo, quale conseguenza mediata e indiretta dell'illegittimità del provvedimento".

¹⁵¹ Ad. pl. n. 20/2021, cui hanno replicato SU n. 2175/2023, n. 3514/2023 e n. 10880/2023.

Ciò passa attraverso due punti fondamentali.

Il primo è che si rinuncia alla duplicazione in chiave privatistica del rapporto, poiché altrimenti non si sarebbe potuto in alcun modo giustificare un qualsivoglia conferimento alla giurisdizione amministrativa. In queste fattispecie vi sarebbe infatti un'attinenza "mediata" dei comportamenti al potere e proprio per questo si rivaluta l'art. 1 c.2-bis, come parametro pubblicistico che concorre a regolare il "rapporto amministrativo". Si rientra così dentro il rapporto di diritto pubblico. È un ragionamento non lontano da quello dell'Adunanza plenaria, se non, come si è visto, sotto il profilo della diversa qualificazione della situazione soggettiva.

E qui sta il secondo punto. Si usa la tecnica della duplicazione, ma, questa volta, solo al fine di affermare la configurabilità "nell'ambito di uno stesso procedimento e in capo al medesimo soggetto, di una duplice posizione di interesse legittimo e di diritto soggettivo". Si tratta dunque non più di un diritto che nasce da quella parallela qualificazione privatistica dell'attività amministrativa e perciò da ritenersi estraneo a tutta la giurisdizione amministrativa, bensì della distinzione tra diritti ed interessi nell'ambito di un rapporto pubblicistico e proprio per questo, trattandosi di un diritto, non vi sono adesso ostacoli alla giurisdizione esclusiva.

Potrebbe sembrare che con ciò vi sia una riesumazione del diritto soggettivo che si confronta con il potere, ma, a ben vedere, di tratta di tutt'altra cosa. Lo schema tradizionale del riparto basato sulla *causa petendi* ammette solo un'alternativa, o è un diritto o è un interesse, mentre qui abbiamo contemporaneamente due posizioni soggettive.

Possiamo semmai evidenziare che *in parte qua* si consuma una nuova modulazione del criterio di riparto nei rapporti di diritto pubblico. Né *prima facie* sembra esservi astrattamente un'interferenza tra i due percorsi, come in passato si obiettava alla teoria del *petitum*, in ragione del possibile conflitto di giudicato sulla "legittimità" dell'atto: qui l'uno si occupa della validità dell'atto, l'altro del comportamento complessivo dell'amministrazione.

Queste vicende ci offrono l'ennesima dimostrazione di quante complicazioni si producano ogni qual volta la Cassazione si avvicini ai rapporti di diritto pubblico ai fini del riparto e di come le soluzioni che si vanno escogitando lascino sempre insoddisfatti. È la tara originaria che risorge e si rinnova nei suoi effetti strutturalmente travisanti.

La soluzione precedente era infatti troppo artificiosa nel voler affrancarsi dall'ambientazione pubblicistica, essendo del tutto evidente che vi fosse un rapporto "mediato" con l'esercizio del potere.

Ma la soluzione odierna presenta pure degli inconvenienti.

In primo luogo, in una materia che importa apprezzamenti sul fatto concreto molto rimessi alla sensibilità equitativa del giudice, potrebbero formarsi orientamenti diversi tra le due giurisdizioni.

In secondo luogo, per quanto, come si è detto, i percorsi siano astrattamente diversi, appaiono inevitabili delle interferenze pratiche non di poco rilievo problematico. Si pensi al caso in cui l'interessato impugni il provvedimento e, se del caso, chieda pure il risarcimento da atto illegittimo. In caso di giurisdizione esclusiva potrebbe aggiungervi in via subordinata la domanda di risarcimento del danno da comportamento, Cosa accadrebbe invece se si determini, in assenza di giurisdizione esclusiva, uno strabismo di questi due percorsi tra giudice ordinario e giudice amministrativo? Una situazione niente affatto facile da governare.

Resta infine da confermare quanto in altra occasione evidenziato¹⁵². Andando al di là dei formalismi di tutte queste complicazioni giuridiche e guardando ad un aspetto più funzionale, si ha difficoltà a comprendere come il giudice ordinario possa ritenersi idoneo a dosare adeguatamente quella delicata valutazione sull'effettivo disvalore o meno di comportamenti in un contesto che non è quello, suo proprio, dei rapporti tra privati o comunque di natura privatistica, bensì quello dei complicati meandri dell'azione amministrativa, fortemente condizionata da regole pubblicistiche. Per

¹⁵² M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.

giudicare bene dei comportamenti dell'amministrazione bisogna conoscerla e bisogna conoscere bene le regole di diritto pubblico dalle quali essa è avvinta: un patrimonio questo del giudice amministrativo e non certo del giudice ordinario.

Risuonano così le sempre attuali avvertenze di Federico Cammeo: "L'esperienza italiana e belga dimostrano all'evidenza la esattezza di queste osservazioni. La giurisdizione ordinaria è un cattivo giudice delle questioni amministrative. Essa non ha il difetto tanto paventato dagli amministrativisti francesi di proteggere all'eccesso i diritti individuali; ma, regolata dai criteri di diritto privato, oscilla fra la inclinazione a sacrificare senza limite l'interesse pubblico al privato, e quella ad immolare senza freno e compenso l'interesse privato al pubblico"¹⁵³. Ecco appunto il pericolo che si corre ad attribuire al giudice ordinario controversie che fuoriescono dal suo effettivo orizzonte conoscitivo.

6. L'eccesso di potere giurisdizionale

È questo l'argomento più delicato, sovraordinato alle stesse questioni di riparto, poiché è del tutto evidente, così come temeva la scuola palermitana, che, ove la Cassazione dovesse sostanzialmente ingerirsi nella veste di giudice di terzo grado, si consumerebbe la civilizzazione del giudice amministrativo e con ciò la disparizione della sua ragion d'essere. In tal senso, non si è mai potuto comprendere come taluni consiglieri di stato abbiano pensato di poter legittimare e difendere la propria istituzione, non vantando *naturaliter* la loro gloriosa tradizione giuspubblicistica, che hanno forse cominciato a dimenticare, bensì atteggiandosi a somiglianza del giudice civile: una intrinseca contraddizione votata al *harakiri*.

Si è già visto che, sin dall'inizio, la Cassazione non era affatto propensa ad interferire nei limiti interni della giurisdizione e che quando aprì le maglie dell'eccesso di potere ai rapporti tra giudice amministrativo e amministrazione, sino ad effettuare un sindacato sui limiti dell'eccesso di potere dell'atto amministrativo, finì, grazie all'intervento di Santi Romano, per adottare la linea del *self restraint*, mentre non ebbe mai seguito la più tranciante prospettiva dottrina che si trattasse in ogni caso di una questione attinente al "merito" del giudizio¹⁵⁴.

Non sono invero mai mancati casi riguardanti l'invasione del potere amministrativo, ma difficilmente si risolvevano in pronunce cassatorie, ed è sempre rimasto sulla carta il sindacato sull'invasione del potere legislativo, tanto da essere ritenuto "di rilievo meramente teorico" (da ult. SU n. 11091/2003), come anche si evidenziava in dottrina nella ricognizione della casistica giurisprudenziale¹⁵⁵. Il *self restraint* si impose anche per il sussulto della Cassazione in materia di legittimazione degli interessi diffusi.

Ma è proprio quella linea di moderazione che è stata in questi ultimi decenni rimessa in discussione, riattivando tutte quelle caselle rimaste sopite, come è stato anche di recente espressamente teorizzato da un autorevole consigliere di cassazione¹⁵⁶.

La vicenda prese le mosse, come è noto, dalla questione dell'azione autonoma risarcitoria e dell'abbandono della pregiudiziale di annullamento che la Cassazione, sulla scorta del modello di SU

¹⁵³ F. Cammeo, *Commentario*, cit., 325.

¹⁵⁴ Cammeo, *Commentario*, cit., 365: "Se la giurisdizione vuoi pronunciare sopra una questione di discrezionalità, riservata all'amministrazione attiva, e che questa rivendica, ciò importa, che l'amministrazione reclama, come parte in causa, un suo diritto e che la giurisdizione, sbagliando, lo disconosce. È errore sul merito della controversia".

¹⁵⁵ M. Nigro, *La giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, 220: "le ipotesi di sconfinamento nel terreno di attività di organi legislativi o costituzionali si possono ritenere meramente teoriche", poiché "di solito si tratta di mera e legittima attività interpretativa del giudice".

¹⁵⁶ A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017, on line, che appunto sostiene come occorra superare il tradizionale *self restraint*.

n. 500/1999, intendeva adesso imporre al Consiglio di Stato divenuto giudice esclusivo del risarcimento, colorando la suddetta pregiudiziale in termini di diniego di giurisdizione. Dovendo giustificare una siffatta ingerenza, che toccava un limite interno, in quanto attinente ai rapporti tra azioni entrambi rientranti nella giurisdizione amministrativa, la Cassazione finì per aprire lo squarcio di una interpretazione evolutiva dei motivi di giurisdizione: “è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca” (SU n. 30254/2008); ovvero sia il “superamento della concezione statica della giurisdizione (titolarità del potere giurisdizionale o regolamento di confini tra ordini giudiziari)” e “l’allargamento della categoria delle questioni di giurisdizione a quelle attinenti al contenuto del potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca” (SU n. 31226/2017).

La porta d’ingresso è consistita nel ravvedere un’eccezione alla regola della insindacabilità degli *errores in procedendo* e *in iudicando* ogni qual volta sia ravvisabile un “radicale stravolgimento delle norme” risolvendosi in “manifesta denegata giustizia” (SU n. 15428/2012), che per quanto eccezione, se consolidata, avrebbe potuto costituire la premessa di una progressiva invasione della sfera propria del giudice amministrativo, mettendo in pratica ciò che in origine aveva sempre temuto la scuola palermitana. Si pensi, ad es., se tale prospettiva si fosse potuta incrociare con l’art. 111 cost., dal principio del giusto processo (richiamato dall’art. 2 del codice) all’obbligo di motivazione (sul quale, in senso contrario, di recente, SU n. 24046/2025).

Il dado era tratto e ben presto verrà pure al pettine il problema del rispetto delle pronunce della Corte di giustizia ed in generale del diritto UE, sempre nella logica del “radicale stravolgimento delle norme” (SU n. 2242/2015; n. 31226/2017).

È proprio riguardo a quest’ultima questione che interverrà una fondamentale e condivisibile, salvo quanto si dirà nell’ultimo paragrafo, pronuncia del giudice delle leggi, con la quale si metterà un deciso freno all’interpretazione “evolutiva”, richiamando la Cassazione ai significati tradizionali dei motivi di giurisdizione e smentendo la rilevanza del criterio della gravità della violazione¹⁵⁷. La Cassazione comincerà dunque a ritornare sui suoi passi, anche per il timore che, in caso di sollevazione di un conflitto di poteri da parte del Consiglio di Stato¹⁵⁸, il giudice delle leggi non avrebbe potuto che confermare il proprio orientamento e questa volta non con una semplice pronuncia di inammissibilità, come nel 2018, ma con una ancor più stringente pronuncia di merito. Vi sarà soltanto un estremo e fallito tentativo di mettere in discussione questa pronuncia, rivolgendosi *per saltum* alla Corte di giustizia UE (21 dicembre 2021, C-497/20; SU n. 19598/2020).

Non si può dire però che il campo si sia del tutto sgombrato.

Ci riferiamo soprattutto alla presa di posizione di una parte della dottrina che ha prospettato una decisa valorizzazione dell’eccesso di potere per invasione del potere legislativo¹⁵⁹, considerato che questa figura, indipendentemente dalle vicende della interpretazione “evolutiva” e del suo arresto da parte del giudice delle leggi, è sempre formalmente esistita nella tradizione.

Sorprende che nel mondo giuspubblicistico si possa venir travolti da un sacro furore per il primato della legalità espressa nella legislazione dai rappresentanti del popolo sovrano e si possa così pensare di ridurre il giudice amministrativo ad un mero applicatore delle leggi a dispetto della sua gloriosa tradizione pretoria, come se fosse un semplice giudice civile: un giudice amministrativo che dovrebbe cioè conformarsi alla presunta esistenza di un solo e rigido modello di giurisdizione costituzionalmente

¹⁵⁷ C. cost. n. 6/2018, in *Giur. it.*, 704, con nota di M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*.

¹⁵⁸ Su tale possibilità, M. Mazzamuto, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., nonché da ultimo, Id., *Dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *giustiziainsieme.it*, 2022.

¹⁵⁹ M. A. Sandulli, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

ammissibile, privo di qualsivoglia modulazione. Si dimentica infatti che la costituzione ha sancito il giudice amministrativo, ivi compresa la sua tradizione pretoria, tanto è vero che in diverse occasioni la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto di poter salvare disposizioni di legge che, difettando di tipicità e lasciando margini troppo ampi di discrezionalità amministrativa, potevano dare adito all'arbitrio, proprio grazie all'esistenza dei principi pretori sviluppati dalla giustizia amministrativa nell'ambito dell'eccesso di potere dell'atto amministrativo, anzi risalenti alla giustizia graziosa (ad es. C. cost. n. 440/1993)¹⁶⁰.

Ma vediamo i riflessi di una tale prospettiva sul controllo del giudice della giurisdizione, atteso che la suddetta dottrina stigmatizza un uso troppo prudente della figura da parte della Cassazione, in quanto limitata al caso del "radicale stravolgimento delle norme".

Le Sezioni unite, superata l'iniziale e ristretta visione difensiva del loro ruolo, ebbero ad enunciare che il loro sindacato potesse astrattamente riguardare anche l'invasione della sfera legislativa da parte del giudice speciale (SU 30 marzo 1901, cit.), ma l'utilizzo che se ne fece fu in sostanza inesistente.

La ragione non è difficile da comprendere: approfondire un siffatto ambito, tra creazione e interpretazione della legge, finirebbe per limitare le prerogative della giurisdizione *tout court*, non solo quella dei giudici speciali.

Non mancavano invero casi che potevano essere avvicinati a tale figura.

Emblematico è il profilo della sussistenza o meno della posizione soggettiva vantata.

La giurisprudenza, quando rilevava la non configurabilità in astratto di un diritto, si pronunciava nel senso della improponibilità assoluta della domanda e della incompetenza dell'autorità giudiziaria, senza tuttavia far alcun cenno al fatto che diversamente, ad affermare cioè un diritto inesistente, si sarebbe invasa la sfera legislativa¹⁶¹.

In ciò insisteva quella zona grigia tra incompetenza e merito, poiché anche al merito poteva ricondursi l'affermazione sulla esistenza o meno del diritto: "L'eccezione di improponibilità assoluta dell'azione per insussistenza del diritto vantato è equiparabile a quella di incompetenza dell'autorità giudiziaria solo quando risulti evidente, a primo aspetto, la mancanza di materia per l'esercizio dell'ordinario sindacato giurisdizionale. Ma se si presenti necessario l'esame di fatti o di prove, o la interpretazione di leggi, per stabilire se il diritto allegato sussista o sia stato leso dalla pubblica amministrazione, la questione di improponibilità deve essere esaminata nel giudizio di merito"¹⁶². Ovviamente optare per la seconda ipotesi era il modo più semplice per sbarazzarsi del problema in nome delle prerogative giurisdizionali di interpretazione della legge, pur non accedendo alla tranciante tesi dottrinarica che, come per il tema della discrezionalità, ne faceva in ogni caso una questione di "merito" del giudizio¹⁶³.

Non deve così sorprendere che, anche andando ai nostri tempi, è ravvisabile un'ampia casistica nella quale si afferma che "la questione relativa alla mancanza, nell'ordinamento, di una norma che riconosca e tuteli la posizione soggettiva dedotta in giudizio non costituisce questione di giurisdizione, bensì di merito, attenendo al fondamento della domanda" (v. la ricognizione di SU n. 31266/2017 cit.,

¹⁶⁰ Si consenta al riguardo un rimando a M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 146 ss.

¹⁶¹ SU 28 giugno 1911, in *GA*, 1911, III, 94; SU 3 aprile 1919, ivi, 1919, III, 70.

¹⁶² SU 21 gennaio 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 111.

¹⁶³ Cammeo, *Commentario*, cit., 361: "l'interesse semplice altro non è che la negazione del diritto subbiiettivo, in quanto difetta del riconoscimento da parte del diritto obiettivo e della protezione mediante azione dinanzi ad un giudice, così la giurisdizione non si esplica su di esso, non per difetto di competenza, ma per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da fare valere. (...) Il caso è identico a quello di diritto privato, in cui di fronte ad un'azione dispiegata contro un singolo, questo possa eccepire, che la pretesa fatta valere dall'attore non contiene l'enunciazione di un diritto subbiiettivo (...). Come in questo caso nessuno pensa che siavi una questione di competenza fra attore e tribunale, ma ravvisa in esso una questione di merito (...) così non vi è questione di competenza, ma di merito, se il convenuto sia invece l'amministrazione".

di recente n. 8675/2023), pur non mancando al contempo l'affermazione del risalente distinguo, modulato nella odierna e non meno sfuggente dicotomia tra questione della mancanza della norma e questione della sua idoneità: "il difetto assoluto di giurisdizione è ravvisabile quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere" mentre attiene "al merito della controversia ogni questione concernente l'idoneità di norme di diritto a tutelare il concreto interesse affermato dalla parte in giudizio" (ad es. SU n. 6635/2005)

Nei riguardi del giudice amministrativo poteva ovviamente porsi un medesimo problema ove si trattasse di disquisire non del distinguo tra diritto e interesse legittimo, bensì più radicalmente dell'esistenza stessa di un interesse protetto dall'ordinamento. Ed è quanto avvenne per la prima volta nella famosa pronuncia del 1978 in materia di interessi diffusi, dove si evidenziava che la protezione di tali interessi non aveva copertura legislativa e che il giudice "deve accertare la giurisdizione, ma non può attribuirselà", sicché, in assenza di un interesse protetto dall'ordinamento, si dichiarava il "difetto assoluto di giurisdizione" (SU n.2207/1978 cit.). Anche qui prevalse poi il *self restraint*, così come più in generale, non solo cioè per i giudici speciali, permaneva la ritrosia a valorizzare questo tipo di sindacato in termini di giurisdizione.

Certo è che, nonostante le superate vicende dell'interpretazione "evolutiva", dove si erano presentati casi di disconoscimento di interessi protetti dal diritto UE, una parte della Cassazione, forse a seguire, se non la figura cui intitolare il controllo, rimanendo sempre dietro lo schermo del "rifiuto di giurisdizione", la sostanza delle evocate sirene dottrinarie, si sia sentita, di recente, legittimata a rinnovare questo tipo di sindacato. Ed infatti, nel noto *affaire* dei balneari, evocando non a caso la pronuncia del 1978, si è adottata una statuizione cassatoria in quanto "si è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto" (SU n. 32559/2023 e n. 784/2024).

Questa decisione diede così adito ad un'immediata reazione. Il Consiglio di Stato, per risolvere la questione processuale dell'annullamento o meno con rinvio della pronuncia appellata (art. 105 c.p.a.) e dovendo a tal fine stabilire se si trattasse di una questione di giurisdizione, non poteva non evocare queste nuove pronunce della Cassazione, intese come espressione di un "recentissimo e innovativo orientamento" e da considerare "in insanabile e frontale contrasto con la chiara posizione espressa al riguardo dalla Corte costituzionale" (CdS VII n.1653/2024). La controversia arrivò in Cassazione che dichiarò inammissibile il ricorso, con una motivazione significativa: la pronuncia cerca di sviare dai due precedenti in ragione della differenza dalle fattispecie, ma invero, del tutto condivisibilmente, se ne discosta, con il corredo di altri precedenti, e, non meno significativamente, estende l'inammissibilità all'espresso motivo con il quale si contestava l'invasione della sfera legislativa, tagliando corto "per ragione analoga", e cioè che si tratti di un non censurabile *error in iudicando* attinente all'interpretazione delle norme (SU n. 3772/2025)¹⁶⁴.

¹⁶⁴ "Secondo il consolidato e risalente indirizzo delle Sezioni Unite di questa Corte, cui il Collegio intende dare continuità, la mancanza di una condizione dell'azione, quale la legittimazione ad agire, attiene ai vizi dei requisiti intrinseci alla domanda e rientra, pertanto, nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, sicché è inammissibile il ricorso per cassazione che prospetti tale vizio sotto il diverso profilo del difetto assoluto di giurisdizione per invasione della sfera riservata al legislatore, non trattandosi di una questione di superamento dei limiti esterni della giurisdizione, ma per l'appunto di questione (interna alla giurisdizione) di esistenza dei presupposti dell'azione, attinente al modo di esercizio della funzione giurisdizionale (Cass. Sez. U. n. 24858 del 2019, n. 475 del 2015, n. 24149 del 2013, n. 10828 del 2006). È appena il caso di aggiungere che tale conclusione, attinente alle condizioni dell'azione, è omogenea a quella sui presupposti processuali per la quale l'accertamento del difetto di un presupposto processuale, quale l'avvenuto decorso del termine per impugnare, può comportare la

Del resto, la moda di associare il sindacato sull'interesse all'invasione del potere legislativo non sembrava già trovare adesioni. Così, ad es., in un caso simile a quello del 1978, in cui il ricorrente contestava che il Consiglio di Stato, sconfinando nel potere legislativo, avesse ritenuto esistente un interesse legittimo, la Cassazione rimanda al consueto divieto di sindacare *errores in iudicando* o *in procedendo* (SU 34499/2024), e, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, “senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione”, anche considerato, secondo una tralaticia affermazione di carattere generale, che “l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale” (SU n. 27770/2020; n. 1454/2022).

Non si possono quindi che reiterare le critiche già rappresentate nei confronti della pronuncia del 1978, e cioè che in generale la Cassazione, con la propria più ristretta mentalità civilistica, non è organo idoneo, a parte l'ambito della giurisdizione ordinaria¹⁶⁵, a discettare del rilievo giuridico degli interessi che si trovano di fronte alla giustizia amministrativa, così come non lo è riguardo al sindacato della discrezionalità, altro tratto peculiare del sistema giuspubblicistico.

È vero che, rispetto alla vicenda del 1978, nei casi recenti, nei quali si era innestata l'interpretazione “evolutiva”, le parti si presentavano a volte capovolte, sicché è stata la Cassazione a imporre il rilievo giuridico di un interesse, ma ciò appare soprattutto la conseguenza degli inusitati attacchi subiti dal giudice amministrativo, visto ingiustamente come un ostacolo all'efficienza amministrativa e allo sviluppo della nazione, sicché, specie in materia di appalti, il Consiglio di Stato, per sottrarsi a queste invettive, ha finito per restringere in parte l'accesso alla tutela. Certo è un tradimento della tradizione, ma si spera che si tratti di un tradimento temporaneo, per quanto non incoraggi affatto la pessima prova data dall'Adunanza plenaria a proposito della *vicinitas*¹⁶⁶.

Non a miglior sorte *mutatis mutandis* sembra in generale essere destinata la valorizzazione che nell'interpretazione “evolutiva” si era fatta del diniego di giurisdizione e sempre grazie al riemergere del tradizionale *self restraint*, sicché, in una controversia in cui si contestava la mancata considerazione di un giudicato e la declaratoria di prescrizione, si è statuito che non è ravvisabile l'arretramento “in caso di negazione in concreto di tutela, determinata dall'errata interpretazione di norme sostanziali o processuali” (SU n. 30605/2024).

Tornando più ampiamente al tema sollevato dalla dottrina, se è vero che la figura dell'invasione del potere legislativo è sempre formalmente esistita, è bene che nella sostanza essa rimanga del tutto sopita.

Ciò non solo riguardo ai generali rapporti intercorrenti tra potere legislativo e potere giurisdizionale *tout court*, ma anche riguardo al controllo delle Sezioni unite sui giudici speciali. In potenza la figura dell'invasione del potere legislativo potrebbe altrimenti divenire un autentico buco nero, poiché, valorizzando il distinguo tra interpretazione e creazione di norme, qualsivoglia questione, sostanziale o processuale, sarebbe astrattamente suscettibile di sindacato.

Ed è nella direzione qui auspicata che sembra essere opportunamente tornata la giurisprudenza, se non si attribuisce rilievo al fatto che “il Consiglio di Stato, nello svolgimento della sua attività di interpretazione della disciplina, abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia determinato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può

sola negazione della tutela in concreto e, pertanto, non può integrare un motivo inerente alla giurisdizione (così da ultimo Cass. Sez. U. n. 25505 del 2022)”.

¹⁶⁵ Ad es., per uno dei rarissimi casi, di recente, SU n. 15601/2023, a proposito di una azione popolare correttiva e non sostitutiva, mancando diversamente un interesse che la potesse supportare, con conseguente difetto assoluto di giurisdizione.

¹⁶⁶ Ad. pl. n. 22/2021, ove, malauguratamente, il Consiglio di Stato, dimenticando la propria tradizione e le avvertenze di Santi Romano, sembra ragionare come un giudice civile, il che induce, anche riguardo alla selezione degli interessi, ad una inevitabile riduzione della tutela: si rimanda a M. Mazzamuto, *La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2022, 471.

profilarsi, tutt'al più, un *error in iudicando*" (SU n. 28350/2024 e la giur. ivi citata; analogamente, per il giudice contabile, n. 18772/2024), sicché l'ipotesi in cui si ravvisi la "creazione" di una norma finisce come nel passato per riassumere una valenza più che altro teorica.

Non meno vi è da augurarsi che la Cassazione recuperi pienamente il *self restraint* in ordine all'invasione del potere amministrativo, riallargando decisamente in concreto le pronunce di inammissibilità (ad es. SU n. 18559/2024).

7. Profili processuali della questione di giurisdizione

Il codice si fa anche carico di taluni profili processuali relativi alla giurisdizione.

Si tratta di questioni che non rimangono *sic et simpliciter* all'interno della giurisdizione amministrativa, atteso che le Sezioni Unite ritengono che il proprio sindacato non sia limitato all'interpretazione delle norme attributive della giurisdizione, ma investa appunto anche i profili processuali attraverso i quali viene in rilievo la questione di giurisdizione (di recente SU n. 21260/2016 e n. 38597/2021).

Significativo è al riguardo già l'art. 9: "Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione".

Si tratta infatti del recepimento del diritto vivente della Cassazione (in questo senso SU n. 21260/2016; Ad. pl. n. 4/2018 e di recente CdS IV n.3072/2024), che, innovando rispetto all'interpretazione tradizionale, ha ritenuto che il giudizio di prime cure, pronunciandosi sul merito, contenga sempre una implicita statuizione sulla giurisdizione, sicché sempre per via implicita potrà sul punto formarsi un giudicato interno, se non contestato con apposito motivo di fronte al giudice di appello e senza che questo ultimo possa più rilevare d'ufficio la questione di giurisdizione (già SU n. 24883/2008, o di recente n. 21972/2021). Un *revirement* che, in nome della ragionevole durata del processo, ha derogato alla usuale propensione della Cassazione a favorire l'accesso al giudizio sulla giurisdizione.

Deve tuttavia evidenziarsi come ultimamente si sia ritenuto di distinguere nelle questioni di giurisdizione quelle di eccesso di potere giurisdizionale per le quali invece sarebbe esclusa la formazione di un giudicato implicito (SU n.1034/2019 o, più di recente, n. 19084/2020). Si tratta invero di un costrutto discutibile nella distinzione prospettata e anche di un costrutto alquanto astruso nel percorso processuale. Se si è ben compreso, si sostiene che non sia configurabile astrattamente un autonomo capo riguardante il vizio in questione, nel senso che esso rivelerebbe solo come questione di merito, e come tale trasmigrerebbe nell'eventuale giudizio d'appello, mentre soltanto in sede di impugnazione della pronuncia del Consiglio di Stato di fronte alle Sezioni Unite il vizio cambierebbe natura ed assurgerebbe a motivo di eccesso di potere giurisdizionale. Si ha invero l'impressione che la Cassazione, come pure espresso in taluni convegni da suoi autorevoli consiglieri, si sia pentita di avere configurato in materia il giudicato implicito, atteso che, agli effetti pratici, di ciò ha finito per trarne maggiore vantaggio il giudice amministrativo, e stia ora cercando di delimitare la portata di quanto in prima battuta prospettato.

Questo discutibile doppio binario sembra tuttavia trovare oggi conferma nel nuovo art. 37 c.p.c. (introdotto con la riforma del 2022). Da un lato, riguardo al difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali si codifica il diritto vivente del giudicato implicito, tanto che il difetto è rilevabile anche d'ufficio nel solo giudizio di primo grado e nei giudizi di impugnazione può essere sollevato solo se oggetto di specifico motivo, ma, d'altro lato, riguardo al difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, che appunto evoca l'eccesso di potere giurisdizionale, si mantiene la rilevabilità, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.

Collegato alla deducibilità della questione di giurisdizione è l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, sorto dopo l'entrata in vigore del codice, che, di contro alla soluzione tradizionale¹⁶⁷, ha ritenuto che il ricorrente soccombente in prime cure non possa far valere il difetto di giurisdizione. Si tratta di una massima tanto più rilevante se vista in combinato con il summenzionato orientamento sul giudicato implicito. La Cassazione ha fatto propria questa novità, ma trovandone il fondamento non nell'abuso del processo, bensì nell'assunto che il ricorrente, soccombente nel merito, è pur sempre vincitore in ordine all'autonomo capo sulla giurisdizione (SU n. 21260/2016 cit. e n. 6281/2019; Ad. pl. n. 4/2017 e 19/2021; da ult. CdS IV n. 2964/2024). Anche tale principio, come si è visto, è stato recepito nella novella del citato art. 37 c.p.c.: "l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito".

Il principio non vale come è ovvio per la parte resistente in prime cure che può certo impugnare il capo sulla giurisdizione sul quale è soccombente. Tuttavia, qualora sia vincitore "pratico" nel merito, pur essendo soccombente sulla giurisdizione, non avrebbe interesse ad impugnare per primo il capo sulla giurisdizione, perché il passaggio in giudicato della statuizione di rigetto gli assicurerebbe una utilità maggiore di quella che potrebbe ottenere dalla declinatoria di giurisdizione, semmai avrebbe interesse ad impugnare in via incidentale, dopo l'impugnazione principale nel merito del ricorrente soccombente "pratico" in prime cure, nel caso di accoglimento di quest'ultima (SU n. 5456/2009; CdS V n. 752/2017).

Qualora la pronuncia che declina la giurisdizione sia riformata, il giudice d'appello, che decide in camera di consiglio, annulla con rinvio al giudice di prime cure, secondo le tassative previsioni dell'art. 105¹⁶⁸, senza che ciò precluda comunque la possibilità di ricorrere in Cassazione avverso la pronuncia del giudice d'appello (SU n. 38597/2021). Secondo la giurisprudenza, a differenza, come vedremo, del giudice *ad quem* della *translatio*, il giudice del rinvio non può proporre regolamento di giurisdizione d'ufficio, ma deve statuire sulla domanda (S.U. n. 1086/2022).

E bene altresì precisare che, a seguito delle modifiche del 2022 al c.p.c., il giudice di appello civile non è tenuto al rinvio al giudice di prime cure per la questione di giurisdizione e ciò si è ritenuto anche qualora si pronunci la Cassazione, sicché, per ciò che qui interessa, qualora venga cassata una decisione del Consiglio di Stato, il giudizio verrà rinviato alla corte d'appello civile (SU n. 23712/2024).

Un mero rinvio al rito processualcivile è previsto, come è naturale, per il regolamento preventivo di giurisdizione¹⁶⁹, salvo che per la introduzione di una norma volta a prevenire, così come nel generale indirizzo codicistico, il *forum shopping* in ambito cautelare: "Nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari, ma il giudice non può disporle se non ritiene sussistente la propria giurisdizione" (art. 10).

Va ricordato che, secondo la giurisprudenza, chi agisce in giudizio, se, come abbiamo visto, non può più impugnare la sentenza per difetto di giurisdizione, rimane pur sempre abilitato a sollevare il regolamento preventivo di giurisdizione persistendo un interesse concreto ed immediato alla

¹⁶⁷ Già SU 4 marzo 1911, in GA, 1911, III, 86: "Il fatto che una parte abbia adito un giudice privo di giurisdizione, non le preclude il diritto di sollevare l'eccezione di incompetenza".

¹⁶⁸ Da ultimo, Ad. pl. n. 16/2024, per un limitato ampliamento delle ipotesi di annullamento con rinvio, con riguardo a pronunce di inammissibilità del ricorso di primo grado che errino palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente.

Questa pronuncia, più che volere mettere in discussione il consolidato carattere di eccezionalità delle ipotesi di annullamento con rinvio, sembra intesa ad una sorta di regolamento di conti con i giudici di primo grado. Si apre una finestra, da usare solo all'occorrenza, per bacchettare facili pronunce di rito che diventino un comodo *escamotage* per affrancarsi dall'approfondimento dei contenuti della lite, sicché il giudice di appello verrebbe inappropriatamente privato del vaglio di prime cure. Vi è però un costo da pagare, poiché il giudice di appello sarà costretto ogni volta a valutare se l'errore è o meno palese.

¹⁶⁹ Vale la pena di ricordare che, soltanto negli anni quaranta del XX sec., la Cassazione, mutando il proprio precedente orientamento, ritenne di estendere alle giurisdizioni speciali il regolamento preventivo di giurisdizione (S.U. 31 luglio 1947 in *Foro it.*, 1947, I, p. 709).

risoluzione della questione in via definitiva ed immodificabile per evitare che la sua risoluzione in sede di merito possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, ritardando la definizione della causa (SU n. 5513/2021 e n. 15122/2022), sempre che ciò avvenga immancabilmente prima dell'avvenuta definizione della causa da parte del giudice di merito (SU n. 10243/2021). Quando il regolamento è tempestivo la decisione che lo risolve prevale sulla pronuncia eventualmente adottata nelle more dal giudice di merito, ancorché passata in giudicato, poiché, essendo condizionata all'esito del giudizio di Cassazione, se di segno contrario, è destinata a restare priva di effetti (SU n. 4242/2024).

Cosa diversa è il conflitto reale negativo o positivo di giurisdizione, quando due giudici abbiano entrambi negato o affermato con sentenza la propria giurisdizione sulla medesima controversia, per il quale è rimasta ferma la disciplina tradizionale, sicché si può porre rimedio "in ogni tempo" con ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., con ricorso da notificare alla parte personalmente (SU n. 14323/2021).

Tale disciplina ha dovuto tuttavia fare i conti con l'avvento della *translatio iudicii* (sulla quale v. *infra*). La giurisprudenza ha chiarito che la disciplina della *translatio* non è in grado di coprire l'intero arco delle situazioni processuali, sicché essa non ha determinato una abrogazione dell'art. 362 cit. Così il ricorso è esperibile quando la tutela della medesima situazione soggettiva sia stata contemporaneamente richiesta a diversi giudici che abbiano adottato decisioni declinatorie della giurisdizione, senza sollevare essi stessi di ufficio il conflitto (già S.U. n. 9841/2011), o quando, a seguito di *translatio*, il giudice *ad quem*, invece di sollevare il conflitto, come previsto dall'art. 59, c.3, L. n. 69/2009 (e dall'art. 11, c.2, del codice), si pronunci irritualmente sulla giurisdizione determinando il conflitto reale, e a prescindere dalla circostanza che una delle due sentenze sia passata in giudicato (S.U. n. 27310/2023; n. 1919/2021).

7.1. Il ginepraio della *translatio iudicii*

Il codice, come indicato nei criteri della legge delega (art. 44, c.1., lett. e, l. n. 69/2009) si occupa anche della *translatio iudicii*, sia, in uscita, qualora il giudice amministrativo declini la propria giurisdizione, sia, per quello che più qui interessa, in entrata, quando un processo provenga da un altro giudice (art.11). Si tratterebbe di una disciplina speciale e suscettibile, solo in caso di lacune, di essere integrata in via sussidiaria dalla disciplina generale intitolata alla "Decisione delle questioni di giurisdizione" di cui all'art. 59 della stessa legge n. 69/2009 (SU n. 27163/2018; n. 19045/2018).

La crescente giurisprudenza sull'argomento conferma le perplessità che, da parte di chi scrive¹⁷⁰, si erano subito espresse in ordine all'estensione dell'istituto ai rapporti tra giurisdizioni, in quanto la vera *ratio* del precedente regime non stava in una irrazionale incomunicabilità, bensì nella diversità dei sistemi. È difficile trovare un caso così appariscente in cui un istituto rappresentato come una facilitazione per chi chiede la tutela si sia tradotto in una vertiginosa complicazione, sicché oggi il cittadino, il quale malauguratamente opta per la *translatio*, si ritrova spesso di fronte ad un diniego di giustizia per ragioni di rito, di rito della *translatio*.

Finché la *translatio* era un processo chiuso all'interno di una medesima giurisdizione non vi erano particolari difficoltà. Ma ben presto la Cassazione dovette prendere atto che, nel rapporto fra giurisdizioni, vi era un problema: si distinse così la "riproposizione" dalla mera "riassunzione" e furono aperte le maglie del processo "chiuso" per consentire un adattamento della domanda al giudizio *ad quem*, ammettendo, se non una *mutatio*, una *emendatio libelli* (già SU n. 9130/2011; n. 25837/2016; di recente CdS III n. 1841/2019; IV n. 4360/2025 e n. 5994/2025). Tale assunto è stato dopo anche giustificato alla luce dell'art. 59, c. 2, cit. (Cass., sez. lav., n. 15223/2016) - "la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito

¹⁷⁰ M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 2010, e Id., *La translatio iudicii si "schiude"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 660.

applicabile”-, previsione, nel silenzio del codice, ritenuta applicabile anche al processo amministrativo (S.U. n. 27163/2018 cit).

Il vaso di Pandora si era inevitabilmente scoperto e ci tocca ora inseguire le oscillazioni tra ciò che deve essere aperto a modulazioni in funzione del giudizio *ad quem* e ciò che deve rimanere chiuso nella logica del giudizio *a quo* che prosegue.

L’art. 11 del codice disciplina soltanto alcuni punti (riproposizione, termine, preclusione e decadenze, compresa rimessione in termini per errore scusabile, salvezza degli effetti, della domanda, sollevazione del conflitto, valutabilità come argomenti di prova del materiale probatorio proveniente dal giudizio *a quo*), anche risolvendo alcune incertezze (come nel caso del termine di riproposizione, CdS II n. 3994/2019), senza potere tuttavia andare oltre e porre rimedio agli insuperabili vizi strutturali dell’istituto, ove appunto applicato al rapporto tra giurisdizioni.

Deve subito evidenziarsi che la previsione dell’art. 11, c.7, per la quale “le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione”, nonostante la collocazione, sembra riportare più ad un percorso ordinario e non avere alcuna attinenza con la *translatio*. L’istituto infatti, come vedremo subito, dipende da una declinatoria di giurisdizione e anche in caso di sollevazione del conflitto da parte del giudice *ad quem* ci troveremmo sempre di fronte ad un giudice che non ritiene di avere giurisdizione e che dunque non può emanare misure cautelari, giusta l’evocato di divieto di cui all’art. 10. Ci sembra dunque che, senza tenere conto dello sfavore codicistico per il *forum shopping*, si sia ragionato di questa previsione a proposito della *translatio* per fare obiezione di “una cesura della tutela cautelare, stridente con la prosecuzione del giudizio originario” (SU n. 27163/2018 cit.).

Il presupposto necessario della *translatio* è ovviamente che il giudice *a quo* abbia declinato la propria giurisdizione e abbia indicato l’altro giudice dotato della *potestas iudicandi* (CdS V n. 2206/2016; si è ritenuto anche qualora tale statuizione si correli ad un’azione ai sensi dell’art. 700 cpc, Tar Piemonte Torino I n. 935/2023), mentre è da escludere la sua applicazione quando il giudice *a quo* dichiara il difetto assoluto di giurisdizione (CdS III n. 6766/2018). Va altresì evidenziato che la questione di giurisdizione è configurabile solo nei rapporti tra giudici nazionali (non, ad es., nei rapporti tra questi e la Corte di giustizia UE: CdS VI n. 2890/2019). La *translatio* è anche esclusa rispetto al giudice penale (SU n. 19707/2012 e n. 3694/2012; così CdS III n. 6340/2012 rispetto all’impugnazione di un atto di polizia giudiziaria; CdS I parere n. 2179/2020).

A seguito della declinatoria si ha il primo dilemma per le parti:

- appellare tale pronuncia, sino in ipotesi in Cassazione;
- seguire la *translatio*, con i rischi della *emendatio libelli* e, come vedremo, con effetti preclusivi sulla questione di giurisdizione;
- rinunciare alla *translatio* e, seguendo l’iter tradizionale, instaurare un nuovo processo di fronte al giudice indicato da quello che ha declinato la giurisdizione; come è stato precisato, quella di usare o meno la *translatio* è infatti una libera scelta processuale della parte, né a quel punto si creano, per le parti o per il giudice *ad quem*, i vincoli propri della *translatio*, ma si ritorna ai percorsi ordinari, poiché si tratterebbe di due processi autonomi, tanto che il giudicato sulla declinatoria del giudice *a quo* non costituirebbe un vincolo per le parti, neanche come giudicato esterno, trattandosi di una pronuncia di rito e non di merito, e il giudice *ad quem* rimarrebbe libero di statuire nei modi ordinari sulla giurisdizione, non più astretto dal percorso del conflitto di cui all’art. 11 (CdS IV n. 2964/2024, che sul giudicato esterno richiama SU n. 36372/2021; v. anche CdS IV n. 7431/2023 e n. 5586/2024), che anzi gli sarebbe vietato sollevare (SU n. 26988/2022), fermo restando che, per altra ragione, quella di essere vincitore sul capo relativo alla giurisdizione, il ricorrente, come abbiamo visto, non potrebbe fare appello sul punto (CGARS n. 53/2019)

-adottare una strategia mista, unendo alla *translatio* della domanda originaria (emendata) nuove domande.

Ove si scelga la *translatio*, si apre già una fase molto delicata, poiché occorre comprendere quale debba essere la modalità di incardinamento di fronte al giudice amministrativo e come tale modalità possa ritenersi rispettosa del termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria del giudice *a quo*, da intendersi come termine finale e non iniziale della *translatio* (già SU n. 23596/2010; Ad. pl. n. 24/2011 cit.), a mente sempre dell'art. 59, c.2., cit., per il quale, come abbiamo visto, “la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile”.

Si è così statuito che, poiché il codice reca la disciplina dell'introduzione dei ricorsi, ciò rende inapplicabile il rinvio ex art. 39 alla disciplina processualcivilistica, ed in particolare all'art. 125 delle disposizioni attuative del c.p.c., che prevede non una “riproposizione”, ma una mera “riassunzione” di contenuti limitati, consentendo, tra l'altro, il solo “richiamo dell'atto introduttivo del giudizio”. La conseguenza è che la riproposizione deve svolgersi nel rispetto della disciplina codicistica (CdS IV n. 6442/2014), ed in particolare dell'art. 40, sotto il profilo dei contenuti del ricorso (CGARS n. 55/2024), ma, nel segno del processo originario che continua, facendo salva la procura (CdS IV n. 28/2016 e V n. 3472/2024), e dell'art. 41, sicché occorre la notifica del ricorso e che questa sia rivolta direttamente alle parti, non al procuratore costituito nel giudizio *a quo*, nel segno questa volta del processo *ad quem* (CdS IV n. 10978/2023 e n. 5394/2019). Ai fini del rispetto del termine, poteva sembrare che fosse sufficiente la notifica (così anche da ult. Tar Roma II bis n. 12995/2025), ma di recente si è anche statuito, non senza ragioni, che, entro il termine, debba anche essere effettuato il deposito, poiché è solo a quel momento che si incardina il giudizio amministrativo e si può dire che si sia compiuta la riproposizione (CdS IV n. 5037/2024).

Il rispetto del termine di riproposizione è di grande importanza, poiché in caso di tardività, il giudice amministrativo, a mente anche dell'art. 59, c. 4, L. n. 69/2009 (“l'inosservanza dei termini ... per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo”) deve limitarsi alla declaratoria di estinzione del processo ex art. 35 (CdS IV n. 4516/2024), in quanto il processo non prosegue ed è quindi anche preclusa l'eventuale sollevazione del conflitto (SU n. 26655/2014 n. 5493/2014 o più di recente n. 17329/2021; CdS III n. 3012/2022).

In caso invece di tempestività della riproposizione, si producono conseguenze divaricate sulla giurisdizione. Le parti non possono farne più oggetto di contestazione, né esperire il regolamento preventivo di giurisdizione, in ragione della formazione di un giudicato per loro vincolante (sulla scorta della giurisprudenza della Cassazione, Ad. pl. n. 24/2011 e di recente CdS III n. 7183/2025, a mente dell'art. 59, c. 2, l. n. 69/2009: se “la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione”), mentre il giudice *ad quem*, ai sensi dell'art. 11 (similmente all'art. 59, c.3, L. n. 69/2009), può sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione entro la “prima udienza”, da identificare con la “udienza di discussione, fissata ai sensi dell'art. 73 c.p.a” (così tra altre SU n. 23749/2020), o anche più largamente con riguardo alla decisione che segue all'udienza (SU n. 17329/2021). Non si era tuttavia escluso al riguardo un qualche ruolo delle parti, atteso che l'art. 11, recitando “anche d'ufficio”, sembra “implicitamente intendere che le parti potrebbero sollecitare l'esercizio del potere” officioso di sollevare il conflitto (Ad. pl. n. 24/2011 cit.).

Un corollario di tali assunti è che, se il giudice di prime cure non solleva il conflitto, rimettendosi al giudice della giurisdizione, non può più statuire al riguardo, né la questione di giurisdizione potrebbe risorgere in sede di appello e poi eventualmente in Cassazione. La *ratio* è del resto la medesima del giudicato implicito. Pur di addivenire ad una rapida definizione della questione di giurisdizione (su tale tendenza Ad. pl. n. 4/2018) si riduce la possibilità di intervento delle giurisdizioni superiori.

Non caso, la giurisprudenza ha subito negato che il conflitto potesse essere sollevato anche dal giudice di appello, tranne che il giudice di prime cure si fosse fermato all'esame di una questione di rito

precedente a quella di giurisdizione, poiché in tal caso la prima udienza, da intendersi come prima udienza utile, non poteva che presentarsi di fronte al giudice di appello (CdS VI n. 6041/2011). Il giudice della giurisdizione ha confermato tale indicazione: se l'art. 11, c.3., da interpretare sul solco dell'art. 59, c.3. L. n. 69/2009, comporta che del potere di sollevare il conflitto "il giudice è privo nel processo di appello", poiché, ove tale potere non è esercitato dal giudice di prime cure, "si sarà formata una preclusione a discutere ulteriormente della giurisdizione", ciò "presuppone che nel giudizio di primo grado si siano determinate le condizioni procedurali per l'accesso all'esame di merito", il che non si ha "quante volte il giudizio di primo grado si sia concluso previo rilievo di questione attinente l'ordine del processo, logicamente pregiudiziale rispetto alla stessa questione di giurisdizione" (SU n. 5873/2012). E ancora si è dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dal Consiglio di Stato, nel caso in cui il giudice di prime cure, invece di sollevare il conflitto, abbia con sentenza dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, poiché si era "al di là della soglia" costituita dalla prima udienza del giudizio di primo grado ed "era ormai divenuto incontestabile il radicamento giurisdizionale derivante dalla pronuncia in precedenza emessa dal giudice ordinario e dalla tempestiva riassunzione della causa in conformità a tale pronuncia;" (SU n. 10922/2014), senza che abbia rilievo la circostanza che il giudizio di primo grado si sia svolto prima che entrassero in vigore l'art. 59 L. n. 69/2009 e l'art. 11 del codice (SU n. 1611/2020). Su questa falsariga si è mossa la giurisprudenza amministrativa, nel senso che "il conflitto negativo non può essere sollevato, in riforma della sentenza appellata, da questo Consiglio di Stato" (CdS III n. 2040/2015), anche distinguendo, opportunamente, tra l'art. 9 e l'art.11, sicché, nel secondo caso, la stringenza della disciplina è giustificata dal fatto che la questione non è nuova in quanto "un giudice diverso si è già pronunciato" e "se quindi il giudice di prime cure, alla prima udienza, non solleva d'ufficio o su istanza di parte il conflitto, la questione si radica davanti a lui e non è più oggetto di vaglio, né in quella sede né in appello" (CdS IV n. 2862/2015; da ult., in termini, CdS V n. 38/2024, pur errando, per *lapsus calami*, nel riferirsi al n. 2863/2015), o rigettando il motivo col quale di impugna il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile l'istanza volta a sollecitare il potere del giudice di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione, in quanto "una volta riassunto il giudizio innanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione, le parti non possono più mettere in discussione la decisione del primo giudice che ha declinato la giurisdizione, né mediante regolamento preventivo di giurisdizione né mediante eccezione di difetto di giurisdizione, determinandosi un vero e proprio giudicato interno preclusivo alla successiva riproponibilità della questione" (CdS II n. 5912/2025). Lascia così interdetti che una recente pronuncia (CdS IV ord. n. 8507/2024), abbia ammesso e accolto come motivo di impugnazione che il giudice di prime cure non avesse sollevato il conflitto, provvedendo a tal fine in appello. E lascia ancor più interdetti che la Cassazione abbia ritenuto ammissibile il conflitto (SU n. 19196/2025). Si è già avuto modo di evidenziare in altra sede¹⁷¹ quanto queste pronunce siano discutibili, anzitutto nel metodo, con una carente o manipolativa considerazione dei precedenti, che mal si giustifica in caso di mutamento giurisprudenziale. Resta ancora da vedere se tali pronunce rimarranno isolate o invece determineranno un effettivo capovolgimento del consolidato orientamento preesistente. Questa vicenda mostra tuttavia, così come in parte è avvenuto col giudicato implicito, quanto, attraversata l'onda dei meccanismi di accelerazione processuale, in nome della ragionevole durata dei giudizi, stia incominciando ad emergere una certa insofferenza delle giurisdizioni superiori a rimanere tagliati fuori da questi stessi meccanismi che pur hanno in precedenza contribuito ad attivare.

Le difficoltà delle parti non finiscono nel saper governare il rito della riassunzione, poiché rimangono ancora gli ostacoli più impegnativi, andando al core delle complicazioni: fissare il contenuto

¹⁷¹ M. Mazzamuto, *Può il Consiglio di Stato sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nell'ambito della translatio iudicii?*, nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 24 ottobre 2024 n. 8507 e Cassazione, S.U., ord. 12 luglio 2025 n. 19196, in *giustizia insieme.it*, 2025.

della domanda, tra domanda originaria, domanda emendata e domande nuove, e senza incorrere nelle decadenze e preclusioni intervenute.

La giurisprudenza è perfettamente consapevole della difficoltà, poiché “quando si passa da un ordine giurisdizionale ad un altro, il mutamento maggiormente rilevante è quello che riguarda i rimedi e le tecniche di tutela, più che i riti e i procedimenti”, ed è proprio per questo che il codice della giustizia amministrativa volutamente parla di “riproposizione” e non di “riassunzione” (SU n. 27163/2018 cit.).

Verrebbe da chiedersi se, in luogo delle fumisterie sulla incomunicabilità, la Cassazione, ove fosse stata consapevole di tutto questo, si sarebbe avventurata nell'estendere la *translatio* ai giudici speciali (SU n. 4109/2007 e poi C. cost. n. 77/2007).

Se non mancano casi di maggiore chiusura (ad es. CdS V n. 1603/2018), è percepibile, nella casistica, lo sforzo dei giudici, specie in appello, di valorizzare una certa “elasticità” salvifica, a cominciare dal necessario adattamento del *petitum* (S.U. ord. n. 25837/2016), nella consapevolezza che diversamente la *translatio* “finirebbe con il risultare di norma impossibile” (CdS VI n. 353/2018; V n.1814/2022), sino ad usare all'occorrenza il potere di qualificazione e di conversione delle domande in soccorso dell'atto di riproposizione. Ma questa elasticità è inevitabilmente anche un luogo di complessità tecnica e di incertezza, in primo luogo, per gli avvocati (che peraltro non di sovente padroneggiano entrambi i versanti giurisdizionali), cui spetta in linea di principio l'onere della *emendatio*, e poi per gli stessi giudici, che, per quanto mossi dal suddetto *favor translationis*, non possono consentire una *mutatio libelli*, privando di qualsiasi contenuto il vincolo del giudizio *a quo*, senza il quale non avrebbe più alcun senso parlare della *translatio* e della salvezza degli effetti della domanda originaria, così come non possono più di tanto forzare il ricorso al potere di conversione delle azioni, se non intaccando il principio della domanda e il diritto di difesa delle altre parti.

Ed è bene pure precisare che la difficoltà non sta solamente nel fatto che l'*emendatio* possa effettivamente considerarsi tale rispetto al vincolo, pur attenuato, della domanda originaria, ma anche nel sapere confezionare un'azione conforme ai modelli di azione “ammissibili” di fronte al giudice amministrativo.

Si naviga dunque a vista. Facciamo qualche esempio, limitato alla casistica d'appello: un'azione di accertamento di un diritto e di condanna al pagamento di una somma di danaro, riproposta come tale, e che, non corrispondendo ad azioni ammissibili, si traduce, grazie alla riqualificazione del giudice, in un'azione avverso il silenzio ex art. 31 (CdS III n. 2401/2023), mentre, in caso di giurisdizione esclusiva, l'azione di condanna al pagamento può riproporsi senza bisogno di particolari forme di adattamento (CdS VII n. 9323/2024); la revoca dell'assegnazione di un appalto, di cui si è chiesta la disapplicazione di fronte al giudice *a quo*, può emendarsi in un'azione di annullamento (CdS V n. 1814/2022; in vicende concorsuali CdS II n.1111/2021 o CdS III n. 8307/2021); incorre nel divieto di *mutatio libelli* tradurre una domanda di risarcimento in una domanda di indennità di esproprio (CdS IV n. 5994/2025); non occorre emendare in un'azione impugnatoria, con specificazione dei motivi di ricorso, una domanda di accertamento del diritto alla restituzione del terreno o al risarcimento del danno per equivalente, a cagione della (asserita) illegittima occupazione del bene, rimanendo un giudizio sul fatto e non sulle modalità di esercizio del potere (CdS IV n. 8628/2021); e così via.

Certo è che il confine tra *emendatio* e *mutatio libelli* rimane comunque assai difficoltoso¹⁷², tra causa *petendi*, fatti costitutivi della pretesa e *petitum*, tanto che, a volte, sempre a fini salvifici, si è

¹⁷² Secondo una massima consolidata “si ha *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una causa *petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema di indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa di controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo; diversamente, si ha semplice *emendatio* quando si incida sulla causa *petendi* in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per

arrivato persino a dichiarare, pur in presenza di una diversità del fatto costitutivo, che “la peculiarità della fattispecie, connotata da una certa promiscuità di situazioni, induce a relativizzare il criterio orientatore” e che dunque “sembra arduo sostenere che il divieto di *mutatio libelli* permanga nei suoi tratti rigorosi” (CdS V n. 4126/2017).

Il quadro si complica e si intreccia ulteriormente in ragione delle decadenze e preclusioni intervenute.

La giurisprudenza ha chiarito che il dettato sulle preclusioni ed alle decadenze intervenute “deve intendersi come riferito solo alle decadenze di carattere sostanziale e non anche a quelle endoprocessuali, che possono operare solo in relazione al rito applicabile dinanzi al giudice *ad quem*” (Cass. sez. lav. n. 15223/2016); si è così ritenuto che “non c’è nessun regime di decadenza delle eccezioni del Comune, che non decade perché non le ha proposte previamente davanti al tribunale civile con il regime delle preclusioni nel processo civile” (CGARS n. 816/2020) o che “il riferimento alle «preclusioni» costituisce una superfetazione priva di reale significato prescrittivo. In altre parole, le «preclusioni» – nel caso di specie, quelle stabilite nel rito del lavoro per la proposizione delle eccezioni in senso stretto – intervenute nella precedente fase processuale, non possono avere rilevanza nella fase *ad quem*, dove vige un differente regime processuale” (CdS VI n. 4205/2017).

Nelle decadenze sostanziali, rientra quindi, per pacifica giurisprudenza, il rispetto del termine di decadenza per ricorrere nell’azione proposta al giudice *a quo* privo di giurisdizione, che si finge come sin dall’inizio proposta davanti al giudice amministrativo (già CdS III n. 940/2012; V n. 8140/2024), salva l’eventuale rimessione in termini per errore scusabile, anche qui espressamente previsto dal codice (CdS V n. 8140/2024; CdS II n. 1111/2021). Né, per sfuggire a siffatto termine, il riproponente può avanzare la titolarità di un diritto soggettivo, se il giudice *a quo*, nel declinare la giurisdizione, ha affermato la sussistenza di un interesse legittimo, non essendo, come già visto, tale assunto, che attiene alla giurisdizione, più contestabile dalla parte (CdS III n. 7183/2025), né ancora, ex C. cost. n. 204/2004, muta la posizione di interesse legittimo se accompagnata da un’azione di risarcimento, che non configura un diritto autonomo, ma uno strumento di tutela a fronte dell’illegittimo esercizio del potere (CdS II n. 5912/2025), che semmai è soggetta al termine di decadenza di cui all’art. 30 c. 3. Problemi simili si pongono anche nel caso in cui si tratti di termini di prescrizione, a volte sollevando questione sulla loro interruzione in ragione delle azioni già esperite dal ricorrente (CdS VI n. 1781/2015 e n. 1944/2015).

Può anche accadere, sempre ai fini del rispetto del termine, che il giudice amministrativo debba fare valutazioni sul rito *a quo* per stabilire quando è iniziata la litipendenza (così CdS III n. 8599/2023 riguardo ai procedimenti semplificati ex d.lgs. n. 150/2011).

Ancor più delicato è il profilo delle censure. Il termine di decadenza riguarda non solo l’*an* del ricorso, ma anche i motivi, sicché l’aver agito tempestivamente di fronte al giudice *a quo*, se può far salvo il ricorso, non consente poi di far valere censure che non erano state proposte (CdS VI n. 1661/2025), altrimenti la *translatio* si tradurrebbe in una incondizionata possibilità di presentare motivi aggiunti. Ma il discorso potrebbe essere ancor più preclusivo qualora si sia agito di fronte al g.o. sull’errato presupposto che si trattasse di un atto di diritto privato, senza dunque aver proposto alcuna censura di diritto pubblico da riversare, in ipotesi, di fronte al giudice amministrativo *ad quem*.

E ancora, a seconda dell’azione ammissibile, come anche, in ipotesi, riqualficata dal giudice possono cambiare i vari termini, da quello di proposizione della domanda a quello del deposito (CdS III n. 2401/2023). Emblematico è il caso beffardo, già citato, ove il giudice salva la riproposizione riqualficando d’ufficio l’azione come contestazione del silenzio, ma poi la dichiara inammissibile poiché, in ragione del rito conseguente alla riqualficazione, i termini di deposito erano dimezzati, senza che il malcapitato riproponente li avesse rispettati (CdS III n. 2401/2023 cit.).

renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere” (ad es Cass. III n. 8394/2015).

Per completare il discorso va preso in considerazione l'ulteriore complicazione del caso in cui vengano in gioco domande nuove, ipotesi questa non esclusa dalla giurisprudenza: fermo restando il divieto di *mutatio libelli*, "con ciò non s'intende affermare che innanzi al giudice *ad quem* sia esclusa la proponibilità di nuove domande, ma solo che non è consentito modificare quella originaria che radica la giurisdizione se la parte intende giovare degli effetti positivi della comunicazione processuale assicurata dalla *translatio iudicii* (CdS IV n. 5994/2025 e n. 11159/2023; V, n. 4126/2016; v. anche Cass., sez. lav., n. 15223/2016 cit.: "la parte può anche formulare una nuova e distinta domanda, connessa con quella originariamente proposta, dovendosi riconoscere all'atto di prosecuzione anche natura di atto introduttivo di un nuovo giudizio limitatamente al diverso *petitum* ed alla diversa *causa petendi*, senza che, rispetto ad esso, operino gli effetti che discendono dalla *translatio*").

Si possono distinguere due eventualità.

La prima. Se la domanda nuova è in luogo di quella originaria, essa incorrerà nel divieto di *mutatio libelli*. Ma ciò impedisce che la domanda possa, in subordine, essere autonomamente considerata come una domanda nuova, certo senza che possa più beneficiare degli effetti della *translatio*? Formalistico ci pare così l'assunto che per negare che la configurabilità di un nuovo gravame si evochi altresì la "stessa testuale intestazione del ricorso (dove si parla, appunto, di ricorso "in riassunzione") e dal contenuto dello stesso" (CdS VI n. 1603/2018 cit.). Si ha difficoltà in effetti a condividere, nella prospettiva dell'effettività del diritto alla tutela, che si possano ricavare conseguenze opposte tra il caso in cui l'interessato rinunci espressamente alla *translatio* e instauri un processo nuovo e il caso in cui provi invece ad avvalersi della *translatio*, specie in ragione delle difficoltà di distinguere tra *mutatio* ed *emendatio*. In questo senso sembra andare altra pronuncia, tanto più significativa in quanto riguardante un'ipotesi ancor più radicale: si è ritenuto infatti che, persino quando il giudice debba dichiarare l'estinzione per tardiva riproposizione, sarebbe il giudizio *a quo* ad estinguersi, mentre quello instaurato dinanzi al giudice *ad quem* "andrà valutato a tutti gli effetti, in difetto di *translatio*, come un giudizio del tutto nuovo" atteso che "l'estinzione di cui si tratta riguarda il processo, e non certo il sottostante diritto di azione", con l'ovvia conseguenza (v. *supra*) che, per siffatto nuovo processo, si tornerebbe, anche riguardo alla giurisdizione, ai percorsi ordinari, al di fuori dell'art. 11 (CdS V n. 91/2015).

La seconda. Alla domanda *a quo*, presumibilmente emendata, si aggiungono domande nuove, le quali, ovviamente, a differenza della prima, non potrebbero beneficiare degli effettivi salvifici della *translatio*. Per quanto rispettosa del diritto di azione, tale possibilità creerebbe però una complicazione processuale non da poco sul versante della giurisdizione, poiché il processo, sotto questo profilo, si divaricherebbe in due parti, una, quella della domanda della *translatio*, soggetta all'art. 11, l'altra quella della domanda nuova aggiuntiva soggetta ai percorsi ordinari.

In definitiva, ci troviamo di fronte ad un autentico ginepraio, più ad un pericoloso percorso ad ostacoli che ad una salvezza, da addebitare all'abbaglio dei sempre vaganti umori ideologici dei sostenitori della giurisdizione unica, poiché è del tutto evidente che l'introduzione della *translatio* sia stata uno dei tanti rivoli attraverso i quali avvicinare le giurisdizioni e renderle sempre più simili ad un modello unico.

Nel diritto vigente non è da escludere che l'istituto possa, a volte, risultare utile, specie quando le azioni sono simili o vi è la necessità di salvarsi da decadenze e prescrizioni, mentre, se si è ancora in tempo, è preferibile esperire una nuova azione, ben confezionata, di fronte al giudice *ad quem*, sottraendosi alle diavolerie della *emendatio*, grazie al fatto che, come abbiamo visto, la *translatio* non è un percorso obbligato a seguito di una declinatoria di giurisdizione. Così come, nella gran parte dei casi, appare preferibile operare come avveniva in passato: nel dubbio sulla giurisdizione, andare prima dal giudice amministrativo nel rispetto del termine di decadenza, e, in caso di declinatoria, o impugnare, ove lo si ritenga, sino in Cassazione, o recarsi dal giudice ordinario, appunto con un'azione

ex novo ben riconfezionata, di solito libera dalla strettoia dei termini di decadenza che caratterizzano il processo amministrativo.

8. Prospettive *de iure condendo* o *de iure condito*. Il giudice dei conflitti di poteri è la Corte costituzionale e non le Sezioni Unite della Cassazione.

Per ricondurre il riparto ad un sistema ordinato sul piano normativo basterebbe riconoscere espressamente che il giudice amministrativo è il giudice esclusivo dei rapporti di diritto pubblico, anche abrogando la legge del 1865 nella parte in cui prevede la competenza del giudice ordinario nelle controversie pubblicistiche.

Si obietterà che la distinzione tra diritti e interessi come criterio di riparto è sancito dalla Costituzione, ma, fin qui, nulla invero impedirebbe che questo stesso criterio possa essere reinterpretato nel senso che non si tratti di una distinzione interna ai rapporti di diritto pubblico, ma che coincida con la distinzione tra rapporti di diritto pubblico (interessi) e rapporti di diritto privato (diritti). Il vero ostacolo sta invece nella previsione della giurisdizione esclusiva, che, con una siffatta rivisitazione del criterio generale di riparto, finirebbe per assumere il significato di un giudice amministrativo competente, nelle relative materie, di tutte le controversie, quelle pubblicistiche (interessi legittimi) e quelle privatistiche (diritti soggettivi), si riproporrebbe cioè *in parte qua* quell'inaccettabile rischio della despecializzazione della giustizia amministrativa che abbiamo visto a proposito della teoria del riparto per blocco di materie.

Nella direzione auspicata una modifica costituzionale appare dunque una via obbligata.

L'alternativa *de iure condito* è che la Cassazione riprenda convintamente un'attitudine di *self restraint* facendo in modo di garantire che, nella sostanza, il giudice amministrativo eserciti un quasi monopolio sulle controversie pubblicistiche. Diciamo quasi poiché bisognerà pur sempre lasciare un apparente lumicino ai tribunali. In altre parole, riprendere e consolidare le trame di quel passato in cui il sistema concretamente perveniva pur sempre ad un equilibrio accettabile.

In chiave compromissoria, pur di raggiungere tale supremo e irrinunciabile obiettivo, potrebbe al limite anche ipotizzarsi, di nuovo *de iure condendo*, e qui senza ostacoli costituzionali, che la tutela risarcitoria ritorni al giudice ordinario, ma ad una imprescindibile e categorica condizione, quella di ripristinare la pregiudiziale amministrativa, poiché altrimenti si riaprirebbe senza controllo la variabile del sindacato di diritto pubblico del giudice ordinario.

Anche in tal caso sarebbe comunque preferibile lasciare al giudice amministrativo la responsabilità da comportamento, sia anzitutto perché è il giudice più idoneo a farlo, sia perché ne deriverebbe una grande semplificazione processuale ogni qual volta venga in gioco la contestazione della legittimità del provvedimento: se il giudice amministrativo annulla l'atto, sempre nel rispetto della pregiudiziale amministrativa, potrà seguire, come si faceva in passato, il risarcimento da atto illegittimo di fronte al giudice ordinario, che ovviamente nell'esito risarcitorio ha un carattere assorbente rispetto ad una responsabilità da comportamento; se il giudice amministrativo lo reputa legittimo potrà valutare in via subordinata e nella piena conoscenza della vicenda l'eventuale responsabilità da comportamento, senza possibilità di una sovrapposizione con un'azione da atto illegittimo di fronte al giudice ordinario, a quel punto preclusa dalla declaratoria di legittimità.

Riguardo poi alla competenza delle Sezioni Unite non può che riproporsi la necessità di ricorrere ad un tribunale misto. Si è pure prospettato nella dottrina che ciò sarebbe realizzabile a costituzione invariata, per quanto si tratterebbe di un percorso assai controverso e che indurrebbe certamente la Cassazione a sollevare una questione di costituzionalità, sicché la via più sicura e diretta non potrebbe che essere anche qui la riforma costituzionale.

Diversamente rimarrebbe sempre, *de iure condito*, il richiamo al *self restraint* e non solo sul riparto di giurisdizione, ma anche sul delicato versante dell'eccesso di potere giurisdizionale.

Su quest'ultimo aspetto è però non meno ipotizzabile un diverso e separato percorso, sullo stesso solco del Procuratore generale Auriti che, nel 1896, ipotizzava un Tribunale misto per il conflitto di poteri che non coinvolgesse l'autorità giudiziaria. Si è già visto che il controllo delle Sezioni Unite, a parte i rapporti tra autorità giudiziaria e amministrazione, solo in un secondo momento finì per comprendere l'eccesso di potere giurisdizionale delle giurisdizioni speciali, in ordine all'invasione nella sfera riservata ad altri poteri, il legislatore o la pubblica amministrazione. Questa evoluzione fu principalmente conseguenza del fatto che altrimenti, come allora messo in evidenza da più parti, non vi sarebbe stato al riguardo alcun rimedio.

Ma dopo l'avvento della Costituzione il rimedio c'è ed è il conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte costituzionale. Tanto è vero che persino riguardo a pronunciamenti delle Sezioni Unite è stata la Corte costituzionale ad assumere il ruolo di giudice di ultima istanza, come è avvenuto nel caso delle confessioni religiose (C. cost. n. 52/2016).

Nel 1903 Vitta evidenziava che nel caso di invasione nella sfera riservata al potere amministrativo non si tratta più di controllo di "giurisdizione", bensì di "attribuzione"¹⁷³. A ben vedere, la lettera della carta fondamentale, riguardo alla competenza della Cassazione, fa riferimento ai "solì motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111, c. 7, cost.) e non al conflitto di poteri, mentre si occupa espressamente dei "conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato" a proposito delle competenze della Corte costituzionale (art. 134 cost.), sicché non sarebbe privo di fondamento sostenere che, sotto questo profilo, l'attuale competenza delle Sezioni unite sia di dubbia costituzionalità. In tal senso dovrebbe semmai andare una interpretazione "evolutiva" più conforme a costituzione, non certo nel senso propugnato dalla Cassazione. È vero che nella pronuncia del 2018 il giudice delle leggi ha sanzionato l'interpretazione tradizionale, ma è anche vero che la questione non sembra sia mai stata scrutinata in relazione all'art. 134 cit., al che si potrebbe facilmente giungere, se non con un incidente di costituzionalità in un giudizio di cassazione, attraverso la sollevazione di un conflitto di poteri da parte del Consiglio di Stato, dopo una statuizione cassatoria del giudice della giurisdizione.

Né si comprenderebbe del resto la ragione per mantenere *in parte qua* la competenza della Cassazione nei confronti dei giudici speciali. Piuttosto, ciascuna giurisdizione superiore dovrebbe poter dire l'ultima parola nel proprio ambito e solo allora rendere possibile il conflitto di attribuzioni di cui all'art. 134 cit. di fronte all'unico vero giudice di ultima istanza. In altre parole, così come oggi è impugnabile di fronte alla Corte costituzionale una pronuncia della Cassazione, lo stesso dovrebbe configurarsi per le pronunce del Consiglio di Stato o per la Corte dei Conti, senza l'intermediazione del giudice, appunto, della giurisdizione e non dei conflitti.

Ciò eviterebbe anche il sempre presente pericolo di distorsive intromissioni che la Cassazione, informata ad una mentalità civilistica, potrebbe produrre in altre ambientazioni sistematiche, quella dei giudici speciali, come, anche storicamente, mostra l'emblematico e delicatissimo caso dei limiti del sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

¹⁷³ C. Vitta, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1903, 117.