

## INTRODUZIONE

**Legge 18 giugno 2009, n. 69**

***Disposizioni per lo sviluppo economico, la  
semplificazione, la competitività nonché in materia  
di processo civile***

(G.U. n. 140 del 19 giugno 2009)

### **Art. 59 Decisione delle questioni di giurisdizione**

1. *“Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo”.*

**Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104**

***Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo***

(G.U. n. 156 del 7 luglio 2010)

**Art. 11 Decisione sulle questioni di giurisdizione**

1. *“Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito”.*

La seguente trattazione si propone di analizzare il tema del complicato rapporto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa e le profonde differenze tra di esse alla luce della recente riforma del processo civile introdotta dalla L. 69/2009, denominata *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”* e, in particolare, a fronte dell’introduzione del Codice del processo amministrativo con il D.lgs. 104/2010, in attuazione della delega al Governo in materia di riordino della disciplina del processo amministrativo.

L’esame dei suddetti interventi legislativi si pone come elemento indispensabile nella comprensione dell’attuale sistema di tutela giurisdizionale.

Nel **primo capitolo** si analizzerà l’evoluzione storica del sistema di *doppia giurisdizione*, a partire dalla ricostruzione, nei suoi tratti essenziali, del sistema vigente nel periodo precedente all’unificazione del Regno d’Italia sino ad arrivare all’attuale sistema cd. *“a doppio binario”* che vede contrapposti il mondo della magistratura ordinaria da una parte e quello della magistratura amministrativa dall’altra.

Nello specifico, si esaminerà la disciplina normativa in vigore in seguito alla proclamazione dell’Unità d’Italia, a cominciare dalla L. 2248/1865 comportante l’abolizione del

sistema previgente di contenzioso amministrativo e l'affermazione della cd. "*giurisdizione unica*" del giudice ordinario.

Dopodiché, si approfondirà l'esame della L. 5992/1889, nota storicamente come "*Legge Crispi*", con la quale viene istituita la Quarta Sezione del Consiglio di Stato. La Legge Crispi del 1889 rappresenta, infatti, una tappa fondamentale della storia della giustizia amministrativa e più in generale di tutto l'ordinamento giuridico italiano, in quanto con essa viene istituito in Italia il giudice amministrativo, ponendo così le basi per l'instaurazione dell'attuale *sistema di doppia giurisdizione*.

Infine, si tratterà dell'annosa tematica in materia di riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo e il giudice ordinario a fronte delle numerose elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppatesi sull'argomento.

Nel **secondo capitolo** si procederà, invece, con un esame più accurato dei principali limiti della *giurisdizione ordinaria civile* con riferimento in particolare alla "*giurisdizione speciale*". A tal fine, si guarderà con attenzione alle caratteristiche del *sistema della giurisdizione* e alla disciplina processuale attualmente vigente.

Nello specifico, si affronterà la questione della rilevabilità in giudizio del cd. "*difetto di giurisdizione*" del giudice ordinario, con tutte le problematiche ad esso connesse, soffermandosi in particolar modo sullo studio degli strumenti processuali messi a disposizione dal legislatore per la risoluzione delle eventuali "*questioni di giurisdizioni*", a cominciare dalla possibilità concessa alle parti in causa di sollevare in giudizio la cd. "*eccezione di giurisdizione*" o, in alternativa, di esperire il cd. "*regolamento preventivo di*

*giurisdizione*”, osservando nel dettaglio gli aspetti processuali degli stessi più controversi.

Da ultimo, si analizzeranno i fondamentali principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia, primo fra tutti quello relativo al complesso fenomeno del cd. “*giudicato implicito*” sulla questione di giurisdizione. Principi che, come si avrà modo di esaminare più dettagliatamente nel prosieguo del presente elaborato, sono stati accolti, per la maggior parte, dal Legislatore anche nella nuova disciplina regolata dal Codice del processo amministrativo.

Nel **terzo capitolo**, infine, si tratterà nel dettaglio del rapporto tra il sistema di giurisdizione ordinaria e il sistema di giurisdizione amministrativa considerati nel loro complesso alla luce della riforma del processo civile del 2009, con la quale è stato definitivamente introdotto nel sistema giurisdizionale italiano l’istituto della “*translatio iudicii*”.

Lo studio in merito all’operatività dello strumento processuale della trasmigrazione del processo dal giudice ordinario al giudice amministrativo (o viceversa) si concentrerà, con particolare attenzione, sulla ricostruzione storica dei fondamenti dell’istituto in esame. A tal proposito, si approfondirà, in particolare, il principio dell’unità funzionale della giurisdizione, analizzando accuratamente il differente significato attribuito a quest’ultimo dalla Corte costituzionale.

L’esame, inoltre, procederà con l’attenta analisi dell’attuale disciplina processuale della *translatio iudicii* regolata dall’art. 59 della riforma del 2009, al fine di elaborare una comparazione critica fra quest’ultima disposizione e la

nuova disciplina introdotta dal Codice del processo amministrativo del 2010 (art. 11 D.lgs. 104/2010).

A conclusione, si metteranno in evidenza i vari orientamenti formati in dottrina e in giurisprudenza circa il meccanismo considerato più idoneo per la realizzazione della *translatio iudicii*, con specifico riferimento all'acceso dibattito che vede contrapposti da anni il meccanismo della riassunzione della causa da un lato e lo strumento della riproposizione *ex novo* della domanda giudiziale dall'altro, soffermandosi in particolare sulle differenti implicazioni dei due strumenti e sulle conseguenze che derivano dalla loro applicazione.

*L'obbiettivo dell'indagine qui presentata, dunque, è quello di esaminare gli aspetti positivi e negativi della riforma del processo civile del 2009 sotto il profilo processuale e, allo stesso tempo, di confrontare le diverse discipline regolate nei sistemi di giurisdizione ordinaria e amministrativa per comprendere al meglio i limiti e le significative divergenze tra questi due mondi giudiziari apparentemente opposti, ma destinati a mescolarsi sempre più spesso. Tutto ciò, al fine di individuare i punti più fragili della normativa in esame, in vista di un più che mai auspicabile intervento legislativo in materia.*



## CAPITOLO I – L’EVOLUZIONE STORICA DEL SISTEMA DI DOPPIA GIURISDIZIONE

### SOMMARIO

1. LA GIURISDIZIONE UNICA: LA TUTELA DEI DIRITTI SOGGETTIVI
- 1.2. L’ISTITUZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: LA TUTELA DELL’INTERESSE LEGITTIMO
- 1.3. IL RAPPORTO TRA LA GIURISDIZIONE ORDINARIA E LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA: I CRITERI DI RIPARTIZIONE

#### *1. La giurisdizione unica: la tutela dei diritti soggettivi*

Il nostro sistema giurisdizionale si fonda sul criterio del c.d. “*doppio binario*”, in base al quale al giudice ordinario è riservata la tutela dei diritti soggettivi, mentre al giudice amministrativo quella degli interessi legittimi.

Le ragioni storiche del sistema attuale vanno individuate nell’acceso dibattito, principalmente politico, che caratterizzava il periodo storico in cui fu promulgata la legge Crispi del 1889<sup>1</sup>. Tale legge, e, in particolare, l’interpretazione che della stessa diede, negli anni a seguire, la Corte di Cassazione, rappresenta, infatti, una tappa fondamentale della storia della giustizia amministrativa, in quanto con essa viene istituito in Italia il giudice amministrativo.

---

<sup>1</sup> L. 31 marzo 1889, n. 5992 (coordinata con l’All. D alla legge del 1865 nel testo unico approvato con r.d.2 giugno 1889, n.6166), *Che modifica la legge sul Consiglio di Stato*.

In seguito alla proclamazione dell'Unità d'Italia nel 1861, venne poi promulgata, nel 1865, la legge di "unificazione amministrativa"<sup>2</sup>, la quale disciplinava, tra le altre cose, il funzionamento del Consiglio di Stato e del contenzioso amministrativo (Allegati D ed E della legge n. 2248 del 1865)<sup>3</sup>.

È bene rammentare, infatti, che nel periodo precedente all'unificazione del Regno d'Italia, nel territorio italiano operava il sistema legislativo vigente nel Regno di Sardegna fondato sul sistema di contenzioso amministrativo. Peraltro, in origine, il Consiglio di Stato fungeva esclusivamente da organo consultivo del Re ed era diviso in tre Sezioni: interno, giustizia e finanza. Per quanto concerne le controversie contro la Pubblica Amministrazione, le stesse erano devolute alla competenza dei Tribunali speciali del contenzioso amministrativo, i quali, tuttavia, non costituivano dei veri e propri organi giurisdizionali, ma istituti amministrativi inseriti nell'ambito dell'organizzazione del potere esecutivo<sup>4</sup>.

Tra i principali articoli di riferimento della predetta legge, è doveroso menzionare l'art. 1 dell'All. E, relativo all'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo<sup>5</sup> e l'art. 2 secondo cui *"tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la Pubblica Amministrazione, e ancorché*

---

<sup>2</sup> L. 20 marzo 1865, n. 2248, *Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, che abolisce il contenzioso amministrativo*.

<sup>3</sup> F. G. SCOCA *et al.*, *Giustizia amministrativa* (a cura di Franco Gaetano Scoca), Torino, G. Giappichelli editore, 2017, 4-5.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> L'art. 1 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, *Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, stabiliva che, *"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"*.

siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa”<sup>6</sup> dovevano essere devolute al giudice ordinario<sup>7</sup>.

La riforma in esame ha comportato, quindi, l'abolizione del contenzioso amministrativo, operante sino all'Unità d'Italia, e l'affermazione della c.d. “*giurisdizione unica*” del giudice ordinario.

Il giudice ordinario era competente in materia di “*diritti civili o politici*” (diritti soggettivi). Per quel che concerne, invece, le altre controversie, queste erano devolute alla competenza delle stesse Autorità amministrative, interpellate attraverso lo strumento processuale del ricorso amministrativo (art. 3 della legge n. 2248 del 1865<sup>8</sup>). Nello specifico, le situazioni giuridiche soggettive riservate alla competenza dell'Autorità amministrativa venivano definite con la celebre espressione “*affari non compresi*”, fonte di ispirazione per autorevoli tesi dottrinali in tema di interesse legittimo<sup>9</sup>.

In seguito agli interventi legislativi sopra citati, si andò a creare un orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, in presenza di un provvedimento amministrativo, non si aveva più a che fare con un “*diritto*”, bensì con una situazione giuridica definibile in termini di semplice “*interesse*”. Secondo tale

---

<sup>6</sup> L'art. 2 della l. 2248/1865 stabiliva che, “*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la Pubblica Amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*”.

<sup>7</sup> F. G. SCOCA et al., *op.cit.*, 4-5.

<sup>8</sup> L'art. 3, comma 1, della l. 2248/1865 stabiliva che, “*Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che per i diversi casi siano dalla legge stabiliti*”.

<sup>9</sup> F. G. SCOCA et al., *op.cit.*, 4-5.

teoria, definita la “teoria della degradazione dei diritti”, “il potere pubblico, sia esso vincolato o discrezionale, poiché per la teoria della degradazione la natura del potere è irrilevante, e ancorché si tratti di un potere illegittimamente esercitato, ha la forza di degradare i diritti, facendoli divenire interessi su cui l'autorità amministrativa ha la piena disponibilità”<sup>10</sup>.

In questo modo, a seguito della riforma del 1865, si delineò un sistema di tutela parallelo, ma imperfetto: da un lato, i *diritti soggettivi*, dall'altro, gli *interessi*, che, in quanto tali, risultavano sacrificati e privi di una protezione efficace. “In ogni caso non è ancora matura la qualificazione dell'interesse come situazione giuridica a sé stante. L'interesse (...) si pone in antitesi con il diritto, perché al contrario di questo, non riceve una tutela giudiziaria. (...) Il che, tuttavia, non significa che tali interessi debbano restare totalmente privi di tutela: semplicemente, in quanto interessi, e quindi in quanto non diritti, non possono accedere alla tutela giurisdizionale, ma potranno e dovranno essere esaminati dalle competenti autorità amministrative”<sup>11</sup>.

Dalle osservazioni sin ora svolte, emerge chiaramente che l'intento della legge abolitrice del contenzioso amministrativo era quello di evitare che il potere pubblico divenisse “*giudice in causa propria*”<sup>12</sup>, sicché si preferì adottare un modello monistico che, di fatto, seppur correggendo alcune distorsioni del sistema vigente all'epoca, creò un vero e proprio vuoto giurisdizionale.

---

<sup>10</sup> M. C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni, il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano, CEDAM, 2018, 56.

<sup>11</sup> In questi termini, M. C. CAVALLARO, *ivi*, 5.

<sup>12</sup> M. C. CAVALLARO, *op.cit.*, 19.

Con il passare del tempo, l'esigenza di offrire idonea tutela anche ai c.d. "*affari non compresi*" si fece, quindi, sempre più stringente<sup>13</sup>.

A ben vedere, infatti, nonostante il modello monistico, il potere di annullamento degli atti amministrativi giudicati illegittimi era inibito al giudice ordinario, ciò in virtù del *principio di separazione dei poteri*, che vedeva per l'appunto contrapposti i mondi della magistratura ordinaria e della Pubblica Amministrazione. Si veda, a tal proposito, quanto stabilito dall'art. 4 della legge oggetto di analisi<sup>14</sup>. Di conseguenza, il giudice ordinario disponeva esclusivamente del potere di disapplicare l'atto amministrativo ritenuto non conforme alla legge (art. 5 della legge n. 2248 del 1865<sup>15</sup>)<sup>16</sup>.

### *1.1. L'istituzione del giudice amministrativo: la tutela dell'interesse legittimo*

Secondo un esponente della dottrina, "*il modello monista avrebbe così avuto vita breve, perché la stessa legge abolitrice del contenzioso amministrativo conteneva già una spinta verso il sistema dualistico al quale si sarebbe giunti, sia pure inconsapevolmente, con la legge del 1889*"<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> M. C. CAVALLARO, *op.cit.*, 22-23.

<sup>14</sup> L'art. 4, comma 1-2, della l. 2248/1865 stabiliva che, "*1. Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.*

*2. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*".

<sup>15</sup> L'art.5 della l. 2248/1865 stabiliva che, "*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*".

<sup>16</sup> F. G. SCOCA *et al.*, *op.cit.*, 53.

<sup>17</sup> M. C. CAVALLARO, *op. cit.*, 23.