



2015 FASC. III

(ESTRATTO)

LUCA BUSCEMA

**GIUDICE NATURALE E
SISTEMA DI GIUSTIZIA RITENUTA**

27 NOVEMBRE 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Luca Buscema
Giudice naturale e sistema di giustizia ritenuta

SOMMARIO: 1. *Naturalità e precostituzione del giudice in base alla legge: breve esplicazione (e negazione) di un'endiadi.* – 2. *Alla ricerca del giudice naturale, all'interno del sistema di giustizia amministrativa, tra rimedio giustiziale e tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.* – 3. *La perimetrazione dei limiti di legittimità (costituzionale ed europea) degli strumenti di tutela processuale esperibili in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

1. *Naturalità e precostituzione del giudice in base alla legge: breve esplicazione (e negazione) di un'endiadi.*

All'interno di un ordinamento ispirato agli ideali propri del costituzionalismo moderno, il principio del giudice naturale - "tratto caratteristico della giustizia nello Stato di diritto"¹ - costituisce un pilastro portante di un sistema di governo democratico² basato sulla contemporanea salvaguardia di interessi relativi al singolo cittadino³ e valori concernenti l'organizzazione giudiziaria intesa nel suo complesso⁴.

Assistito dalla garanzia della riserva assoluta di legge⁵, che non concede alcuna apertura per soluzioni improntate a criteri di opportunità⁶, esso rappresenta un (implicito) "presidio di un interesse della collettività ad un certo assetto istituzionale della magistratura, anche se direttamente dettato in chiave di tutela della parti"⁷, collocandosi "sulla linea logica di confine fra il terreno delle garanzie processuali e quello dell'organizzazione giudiziaria"⁸.

¹ Così A. ESER, *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 2, 385.

² Per una compiuta disamina, in un'ottica comparata, del rilievo assunto dal principio di precostituzione per legge del giudice naturale quale chiave di lettura del rapporto intercorrente tra i termini autorità/libertà, costitutivi, nell'ambito delle loro diverse articolazioni, l'assetto politico-costituzionale di ogni ordinamento giuridico, v. A. ESER, *Il "giudice naturale"*, cit., 388 ss.

³ Sottolinea il "peso sociale" dell'art. 25, comma 1. cost., M. NOBILI, *Art. 25*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione italiana*, Roma-Bologna, 1981, 154 ss.

⁴ Sottolinea il percorso ermeneutico condotto, nel tempo, circa l'esegesi dell'art. 25 cost., rivolto nella direzione di valorizzare il principio di precostituzione del giudice naturale ora nel senso della tutela delle parti processuali, ora in vista dell'affermazione delle "guarentigie" della magistratura, M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 152 ss, il quale, però, evidenzia i possibili risvolti negativi di siffatta impostazione, precisando che (164) "nel momento in cui - per la sua pregnanza di contenuti - la garanzia della precostituzione viene spinta ed utilizzata come presidio sussidiario delle cosiddette guarentigie del potere giudiziario, tutte le tensioni sociali che coinvolgono quest'ultimo si ripercuotono anche sull'applicazione della disposizione in esame. E per converso, in una sorta di scambio tra causa ed effetti: una rimarchevole evoluzione della magistratura spinge - come s'accennava - a scavare il terreno dei principi costituzionali e, appunto, a scoprire anche nel canone del giudice naturale precostituito per legge, una forma di tutela non esclusivamente dettata per le parti processuali". Per un approccio teso a ravvisare nei caratteri della naturalità e della precostituzione per legge, in uno con la guarentigia dell'inamovibilità, un sintomo della rigidità dell'organizzazione del sistema giudiziario, v. G. SANTALUCIA, *Si del Tar al ricongiungimento familiare - A rischio il principio del giudice naturale*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 5, 54 ss.

⁵ Cfr. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale: le S.I.M. tra fallimento e liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 6, 704 ss.

⁶ In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 137.

⁷ Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 156. In riferimento al dibattito concernente l'elaborazione dell'art. 25, comma 1, cost. maturato in seno ai lavori dell'Assemblea Costituente, R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano 1981, 64 ss., evidenzia il "carattere ambivalente" del principio, idoneo a coinvolgere sia l'ordinamento giudiziario, sia i diritti fondamentali del cittadino, tale, quindi, da giustificare la scelta della sua collocazione nel capo dedicato ai "diritti e doveri dei cittadini".

⁸ In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 143 ss. Invero, in ossequio ad una certa impostazione, il precetto scolpito all'interno dell'art. 25 cost. indica, mediante la locuzione "giudice naturale precostituito", "non solo l'ufficio, ma anche la persona del suo titolare". Sul punto v. [Corte cost., sent. 26/1/1988, n. 93](#). In tale direzione, però, fermo restando che la competenza dei giudici deve essere

L'esegesi del disposto scolpito in seno all'art. 25, comma 1, Cost., idoneo ad esplicitare la propria efficacia nell'ambito di qualunque sede processuale (civile⁹, penale¹⁰ ed amministrativa¹¹), ha ingenerato, nel tempo, l'insorgenza di alcune perplessità d'ordine dogmatico rispetto alle quali è stato possibile rilevare la maturazione di diverse opzioni ricostruttive¹².

Un primo indirizzo, teso a sviscerare la latitudine, assiologica ed applicativa, della previsione in commento, si è dimostrato frutto di una pedante ricerca in ordine al significato da attribuire a ciascun elemento costitutivo della proposizione linguistica in esame, dividendo «*il precetto nelle principali entità concettuali che lo compongono* («nessuno», «essere distolto», «giudice», «naturale», «pre», «costituito per legge»»¹³.

In un siffatto contesto, superata la confusione, in origine sorta, circa la sovrapposizione ideologica e valoriale tra la garanzia di precostituzione ed il divieto di istituzione di giudici straordinari¹⁴, l'attenzione è stata incentrata in merito al pericolo di giungere a soluzioni ermeneutiche non pienamente aderenti allo spirito della Costituzione e rivolte, essenzialmente, a privilegiare un'interpretazione utile al soddisfacimento di esigenze particolari¹⁵ e, per certi versi, storicamente contingenti¹⁶.

determinata in via generale e che la costituzione degli organi giudicanti non possa avere luogo, a opera degli uffici a ciò preposti, in vista del singolo processo (cfr. [Corte cost., sentt. 3/7/1962, n. 88](#); [4/07/1963 n. 130](#); [28/6/1963, n. 122](#); [7/6/1963, n. 110](#); [27/4/1963, n. 50](#)), esso «non esclude invece - e non potrebbe esser diversamente senza che ne risultasse compromessa la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale (che di questa rappresentano essenziali attributi) - che ai vuoti (permanenti o temporanei) determinatisi negli organi giudiziari (a causa di decessi, promozioni, trasferimenti, ecc., o, rispettivamente, a causa di infermità, di congedi, o di altri impedimenti temporanei) si faccia fronte di volta in volta, man mano che se ne determini l'esigenza, a seconda dei casi in via permanente (mediante l'"assegnazione" di nuovi magistrati) o in via contingente e temporanea (mediante "supplenze", "sostituzioni", "applicazioni")». Così [Corte cost., sent. 5/12/1963, n. 156](#). Invero, secondo G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 170, la giurisprudenza costituzionale si dimostra orientata nel senso di ritenere applicabile il principio del giudice naturale solo agli organi giudiziari e non anche alle persone fisiche dei giudici. Circa il rapporto tra il principio di precostituzione del giudice naturale ed il sistema tabellare di assegnazione degli incarichi v., *ex multis*, D. GROSSI, *La garanzia del giudice naturale nel procedimento ex art. 814 c.p.c.: il «diritto tabellare» e la tutela processuale delle parti*, in *Riv. Arbitrato*, 2005, 3, 547 ss.; S. BELTRANI, *Quei "distinguo" sul giudice naturale: le tabelle non contano come le garanzie*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 37, 44 ss.; F. A. GENOVESE, *Ordinamento giudiziario e diritto tabellare*, in *Quest. giust.*, 2003, 243 ss.; C. CONTI, *Il Sistema Tabellare e la pre-costituzione del Giudice; una disciplina solo apparentemente innocua*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 10, 1287 ss.; G. SALMÈ, *Principio di precostituzione del giudice, disciplina tabellare e Corte di Cassazione*, in *Quest. giust.*, 1997, 4, 684 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 169 ss.

⁹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. [4/7/1977, n. 127](#); [4/1/1977, n. 43](#); [28/6/1963, n. 119](#); [5/2/1963, n. 2](#). Per una disamina dell'applicabilità del principio costituzionale di precostituzione del giudice naturale in riferimento alle clausole compromissorie ed alla devoluzione del contenzioso alla cognizione di arbitri, v. L. GROPPOLI, *Brevi osservazioni in ordine al principio della irretroattività della legge e alla garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in *Giust. civ.*, 2004, 12, 2909 ss.

¹⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cassaz., sez. VI, 16/4/2015, n. 21328; Cassaz., sez. VI, 18/3/2015, n. 16924; Cassaz., sez. II, 27/1/2015, n. 5391; Cassaz., sez. II, 19/12/2014, n. 2565; Cassaz., sez. IV, 17/12/2014, n. 3805; Cassaz., sez. VI, 24/1/2014, n. 6765.

¹¹ Cfr. [Corte cost., sent. 15/7/1976, n. 214](#).

¹² Sul punto v. G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali nel tempo e individuazione del giudice competente per connessione*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1, 315 ss.; R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione e giudice naturale*, in *Cass. Pen.*, 2013, 12, 4494 ss.

¹³ Così M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 138.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 704; M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 445 ss.

¹⁵ Nell'ottica dell'obiettivo di valorizzare l'efficienza del sistema giudiziario in rapporto ai risultati correlati alla professionalità dei singoli giudici, in passato, è emersa l'opportunità di abbandonare l'impiego di «criteri automatici» di designazione, come, ad esempio la precostituzione per legge, in vista della finalità di privilegiare la scelta *ad hoc* (dei componenti) dell'organo giudiziario. In questa direzione, è stato osservato, «ostinarsi a pretendere criteri automatici, equivale a dimenticare come strutture organizzative equilibrate debbano basarsi su una pluralità di obiettivi da perseguire; privilegiare uno soltanto fra questi (nel caso: la garanzia della precostituzione), significa indirizzarsi con ostinazione verso un modello sbilanciato e deforme, provocando danni irreparabili sul piano dell'efficienza e

In questa direzione, si è assistito, ad esempio, al tentativo di perorare un'esegesi disgiuntiva della disposizione analizzata, riferita ai concetti di naturalità e di precostituzione¹⁷.

In tal senso, è maturato il convincimento secondo il quale sarebbe possibile rinvenire due distinte qualità in riferimento all'organo preposto all'esercizio dello *ius dicere*¹⁸; in quest'ottica, è stato osservato, lungi la formulazione dettata dall'art. 25 cost. dal postulare un'endiadi tra i due termini in discussione¹⁹, “*soltanto se tutti i giudici naturali fossero precostituiti per legge e se tutti i giudici naturali precostituiti fossero naturali, le due formule risulterebbero equipollenti*”²⁰, nulla aggiungendo la prima locuzione, priva di un significato proprio e distinto, rispetto al concetto di “*giudice precostituito per legge*”²¹.

Di diverso avviso si è mostrata la Corte costituzionale che ha costantemente ribadito che la nozione di naturalità coincide totalmente con quella di precostituzione²².

Invero, in riferimento ad entrambi i suoi significati - sia in quanto implicante la necessità a che la competenza giudiziaria, individuabile in base a criteri generali direttamente posti dalla legge²³, non venga derogata da atti insindacabili dei pubblici poteri, sia in quanto espressione di un principio sostanziale al quale la stessa legge deve uniformarsi nel regolare la materia - il precetto enunciato

dell'adeguatezza del servizio da rendere”. In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 145 ss.

¹⁶ In tal senso, è stato osservato, non assumono rilievo “*tutte quelle numerose interpretazioni dottrinarie che, ad esempio, parificano la naturalità ad altre garanzie già contemplate dalla Costituzione, quali l'imparzialità, l'indipendenza, il diritto di difesa, il principio d'eguaglianza; ovvero identificano il giudice naturale in quello «idoneo», avuto riguardo sia alla sua specializzazione sia alla sua attitudine a svolgere i suoi compiti istituzionali; oppure rapportano la precostituzione all'ufficio giudiziario e la naturalità al giudice-persona fisica, da individuare meccanicamente in maniera estranea a qualunque determinazione umana; o, infine, attribuiscono alla naturalità la funzione di garantire l'effettiva realizzazione del giusto processo*”. Così e per un approfondimento v. R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione*, cit., 494 s.

¹⁷ “*Tali concetti, che nella formula approvata dal costituente compaiono semplicemente giustapposti, vengono scissi, cosicché il primo (inteso appunto come un valore differente dal secondo) ben può prestarsi - in ragione della sua genericità - a divenire la copertura costituzionale del tentativo volto a far prevalere metodi di individuazione del giudice improntati a criteri di opportunità contingente*”. Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 138.

¹⁸ Pacificamente, è possibile rilevare come giudice sia considerato “*sia colui che ius dicit nel senso che pone direttamente in essere la norma di regolazione del caso concreto oggetto di giudizio, sia colui che soltanto iudicat, cioè perviene alla definizione del giudizio applicando una norma preesistente*”. Così E. SPAGNA MUSSO, *Giudice. Nozione e profili costituzionali*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 931. Invero, secondo S. SENESE, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII Torino, 1991, 229, nel sistema costituzionale “*«giudice» è una nozione normativa in un duplice senso: a) in quanto ogni situazione giuridica soggettiva di vantaggio deve avere un giudice presso cui possa essere fatta valere...b) in quanto, tutte le volte che un organo sia qualificabile come giudice, a tale qualifica conseguono precise conseguenze giuridiche*”.

¹⁹ «*Eppure, che la formula dell'art. 25, comma 1° cost. non costituisca un'endiadi sembra dirlo anche la logica. «Naturale» e «precostituito» stanno, infatti, tra loro in un rapporto tale per cui: il primo implica il secondo, il secondo non implica il primo (e dunque non sono equivalenti); ogni giudice naturale è anche precostituito dalla legge ma l'essere precostituito non significa che sia naturale*». Così e per un approfondimento v. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 705 ss. Sul punto v. anche G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali*, cit., 315 ss.; R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione*, cit., 494 s.

²⁰ Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 193.

²¹ In tal senso v. [Corte cost., sentt. 3/7/1962, n. 88; 1/4/1958, n. 29](#). Per un commento v. A. GAITO, F. GIUNCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale dal diritto costituzionale al giudice naturale*, in *Giur. cost.*, 2002, 5, 3373 ss.; M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 704 ss.; M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 161 ss.

²² In tal senso, già nell'ambito dell'interpretazione della Carta Costituzionale resa da parte della Consulta sin dai primi anni della sua istituzione, è stato osservato che «*la locuzione «giudice naturale» è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di «giudice precostituito per legge», il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie*». Così [Corte cost., sentt. 1/4/1958, n. 29](#). Sul punto v. anche, *ex plurimis*, [Corte cost., ord. 28/1/2014, n. 15](#); e sentt. [24/7/2013, n. 237](#). In dottrina v., *ex multis*, M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 197.

²³ Cfr., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 13/6/2014, n. 174; 6/6/2014, n. 159; 10/5/2012, n. 117; 27/1/2011, n. 30](#).

nel primo comma dell'art. 25 cost. tutela un'esigenza fondamentalmente unitaria²⁴: *“quella, cioè, che la competenza degli organi giudiziari, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità²⁵, venga sottratta ad ogni possibilità di arbitrio”²⁶.*

In questa direzione, è stato evidenziato, la illegittima sottrazione della regudicanda al giudice naturale precostituito²⁷ si verifica, perciò, tutte le volte in cui, in relazione ad una determinata controversia, il giudice venga designato a posteriori direttamente dal legislatore²⁸, in via di eccezione singolare alle regole generali²⁹, ovvero attraverso atti emanati da altri organi ai quali la legge attribuisca tale potere al di là dei limiti che la riserva impone³⁰.

²⁴ Circa l'esigenza di contemperare il principio di precostituzione per legge del giudice naturale rispetto ad ulteriori valori, parimenti rilevanti, nell'ottica della ricerca di una soluzione che consenta di bilanciare i diversi interessi compresenti ed occasionalmente contrapposti, in passato, è stato affermato che *“la nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale ma si forma anche di quelle disposizioni le quali derogano a tale competenza sulla base di criteri che ragionevolmente valutino i disparati interessi in gioco nel processo, annoverandosi tra essi le norme che prevedono, a priori e tassativamente, spostamenti di competenza in favore di un giudice diverso, ma pur sempre precostituito anche per ragioni di connessione delle cause”*. Così [Corte cost., ord. 15/11/1989, n. 508](#). In tal senso, ad esempio, in vista della promozione del principio di buon andamento del “servizio giustizia”, assume un valore paradigmatico coordinare il principio del giudice naturale precostituito per legge - norma di garanzia individuale e criterio organizzativo - con altre disposizioni costituzionali e, segnatamente, con l'art. 97 Cost., dal cui combinato disposto è possibile ritrarre con sufficiente precisione *“i principi organizzativi che debbono presiedere alla materia in esame”*. Così e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 148 ss. Invero, sotto altra ottica, è possibile trarre uno spunto utile al fine di postulare una rivalutazione complessiva della garanzia del giudice naturale mediante la valorizzazione del principio di eguaglianza, *“non più coincidente (solo) con una pretesa o un diritto che l'individuo può avanzare nei confronti dello stato sovrano, ma piuttosto identificantesi con una protezione delle posizioni del cittadino che lo stato è tenuto obiettivamente a prestare, in attuazione dei principi e delle regole costituzionali. La tutela costituzionale del diritto al giudice naturale precostituito supera, in questa prospettiva, il modello del diritto pubblico subiettivo per affidarsi all'articolazione obiettiva delle procedure, a cui debbono prendere parte il legislatore e il giudice (e l'autorità amministrativa, quando, come nel caso di specie, è chiamata ad intervenire), contribuendo, ognuno per la sua parte, all'attuazione della garanzia”*. Così e per un approfondimento v. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 707 ss.

²⁵ *“Il principio del giudice naturale, invero, dettato anche per finalità di garanzia di imparzialità del giudizio, esclude che norme ordinarie deferiscano al giudice, pure avente cognizione di grado superiore, la potestà di distogliere discrezionalmente l'imputato dal giudice precostituito secondo le norme sulla competenza. Ma non vieta che, per giudicare sull'imputazione, sia designato altro organo giurisdizionale, dopoché la competenza di quello originariamente indicato sia venuta meno, in applicazione di norme di legge ed in contemplazione di obiettive esigenze processuali”*. Così [Corte cost., sent. 25/3/1970, n. 51](#). La garanzia del giudice naturale non si limita, cioè, all'assicurazione formale che il giudice competente per il caso singolo risulti da una legge astratta e generale; anzi, questo principio comprende anche le caratteristiche materiali dell'attività giudiziale connesse alla figura del giudice come disegnata dalla Costituzione e, in particolare, la sua indipendenza e imparzialità. In tal senso v. A. ESER, *Il “giudice naturale”*, cit., 385. Sul punto, per una disamina del rapporto tra precostituzione ed imparzialità del giudice, v. anche M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 173 ss.

²⁶ Invero, è stato osservato, il principio in commento non è violato quando il giudice venga designato in modo non arbitrario né a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in conformità a regole generali. In tal senso v., *ex multis*, [Corte cost., ordd. 2/7/2012, n. 174](#); [15/3/2002, n. 63](#).

²⁷ *“Il participio passato «pre-costituito» risulta in sé inequivocabile e, a ben vedere, si risolve esso stesso in un duplice comando: l'individuazione del giudice deve avvenire in via generale ed astratta ossia «per legge». L'avverbio «pre» postula un ulteriore requisito di tale legge: essa deve risultare anteriore a ciascuna regudicanda. Il divieto di sottrazione vale, in altri termini, anche per il legislatore ordinario. Viene perciò sancito che la regudicanda stessa resti insensibile a qualsiasi modificazione nel frattempo intervenuta nella norme sulla determinazione del giudice”*. Così M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 189.

²⁸ Suggestisce una lettura unitaria dei primi due commi dell'art. 25 cost. onde valorizzare *“un'identica regola di diritto intertemporale, consistente nel vietare l'applicabilità di una diversa regolamentazione della competenza in relazione all'accertamento di fatti posti in essere durante la vigenza delle disciplina precedente”*, G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali*, cit., 316 ss.

²⁹ Invero, il principio in esame esige, anzitutto, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, che il giudice sia istituito in base a criteri generali fissati in anticipo (cfr. [Corte cost., sentt. 22/1/1965, n. 1](#); [1/4/1958, n. 29](#)) e non in vista di determinate controversie; con riferimento, cioè, a fattispecie astratte e non già a posteriori, in relazione ad una regudicanda già insorta (cfr. [Corte cost., sentt. 2/7/1970, n. 142](#); [5/12/1963, n. 156](#); [4/7/1963 n. 130](#); [27/4/1963, n. 50](#); [3/7/1962, n. 88](#)). Esso esclude che sia lo stesso giudice a creare discrezionalmente ipotesi di spostamento della

Il principio costituzionale in esame viene rispettato, invece, quando la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica, in generale, i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente³¹; in tali occasioni, infatti, lo spostamento della competenza dall'uno all'altro ufficio giudiziario non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di specifiche controversie, ma per effetto di un nuovo assetto ordinamentale - e, dunque, della designazione di un diverso giudice naturale - che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di apprezzamento, sostituisce a quello vigente³².

La nozione di giudice naturale non si cristallizza, quindi, secondo l'opzione ricostruttiva perorata dalla Consulta³³, nella determinazione legislativa di una competenza generale³⁴, ma "si forma anche di tutte quelle disposizioni le quali derogano a tale competenza³⁵ sulla base di criteri che razionalmente valutano i disparati interessi posti in giuoco dal processo"³⁶.

competenza (cfr. [Corte cost., sent. 28/6/1963, n. 122](#)) e che l'accertamento dei relativi presupposti legali dipenda da valutazioni non suscettibili di sindacato ad iniziativa ed a tutela delle parti. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sent. 27/11/1969, n. 146](#); [4/7/1963 n. 130](#).

³⁰ Il principio del giudice naturale deve ritenersi osservato quando "l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie" (cfr. [Corte cost., sent. 27/1/2011, n. 30](#)) e la competenza venga determinata attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere, nel rispetto della riserva di legge esistente in tale materia. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sent. 10/5/2012, n. 117](#); e ordd. [11/7/2002, n. 417](#); [12/4/2002, n. 112](#). In tal senso, il principio della precostituzione per legge del giudice naturale è lesa soltanto quando il giudice è designato in modo arbitrario e a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali, ovvero attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere in violazione della riserva assoluta di legge stabilita dall'art. 25, primo comma, della Costituzione, ma non anche qualora l'identificazione del giudice competente sia operata dalla legge sulla scorta di criteri dettati preventivamente, oppure con riferimento ad elementi oggettivi capaci di costituire un *discrimen* della competenza o della giurisdizione dei diversi organi giudicanti. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., ord. 16/6/1995, n. 257](#); sent. [5/5/1993, n. 217](#); e ordd. [2/4/1992, n. 161](#); [20/5/1998, n. 176](#). In dottrina v. V. DOMENICHELLI, *Giustizia amministrativa (principi costituzionali)*, in S. PATTI (CUR.), *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, VII, Milano, 2007, 118.

³¹ Invero, "se il principio del giudice naturale dovesse giocare esclusivamente a livello di competenza, e cioè nella distribuzione dei processi solo tra organi e non anche tra magistrati dello stesso organo - il legislatore ordinario potrebbe agevolmente eluderlo, sul piano organizzatorio, sia mediante riforme di circoscrizioni giudiziarie sia mediante riforme processuali". Così [Corte cost., sent. 18/7/1973, n. 143](#).

³² Cfr., *ex multis*, [Corte cost., sent. 27/4/1967, n. 156](#); [3/7/1962, n. 88](#).

³³ Critico in merito all'esegesi condotta dalla Corte costituzionale in riferimento alla latitudine assiologica ed applicativa dell'art. 25, comma 1, cost., si dimostra M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 159 ss.

³⁴ Per una accezione "lata" del concetto di giudice naturale, da intendersi alla stregua di plesso giudiziario dotato delle potestà e delle prerogative necessarie a rendere piena giustizia in ordine a determinate materie, ovvero circa specifiche problematiche, v., *ex multis*, M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss.; M. MONTINI, *Il giudice del lavoro, quale giudice naturale, delle posizioni soggettive della dirigenza pubblica «privatizzata» alle prese con gli effetti della sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2004, 6, 1081 ss. Con specifico riferimento all'effettività della tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, nell'ottica dell'esigenza di perseguire auspicate finalità di concentrazione ed esaustività dei mezzi di garanzia (processuale) di posizioni giuridiche soggettive (anche fondamentali), spicca, in questa direzione, l'effetto conformativo della statuizione giudiziaria di annullamento del provvedimento e la valorizzazione del ruolo rivestito dal giudice dell'ottemperanza descritto alla stregua di "giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto". Così Cons. St., ad. plen., 15/1/2013, n. 2. Per un commento v. A. F. DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, in *Foro Amm. C.d.S. (II)* 2013, 7-8, 1846 ss.

³⁵ Focalizza i propri sforzi nella direzione della ricerca di un'interpretazione "utile" della proposizione linguistica scolpita all'interno dell'art. 25, comma 1, cost., dalla quale possa ricavarsi l'effettiva promozione delle garanzie di imparzialità e buon andamento dell'esercizio dello *ius dicere*, M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 196 s.

³⁶ Cfr. [Corte cost., sent. 16/6/1971, n. 139](#).

2. *Alla ricerca del giudice naturale, all'interno del sistema di giustizia amministrativa, tra rimedio giustiziale e tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.*

Il principio di precostituzione del giudice naturale, come si è avuto modo di evidenziare, deve ritenersi osservato quando “l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie”³⁷ e postula che l'accertamento dei presupposti legali dipenda da valutazioni non suscettibili di sindacato ad iniziativa ed a tutela delle parti³⁸.

Detto orientamento si misura, però, in concreto, con la disciplina processuale positivamente dettata dall'ordinamento che, in alcune ipotesi, pur formalmente rispettando le prescrizioni costituzionali sancite in seno all'art. 25 Cost., può, in realtà, potenzialmente tradirne lo spirito a tutto detrimento della garanzia non solo dei diritti soggettivi (spesso anche di rilievo fondamentale), ma pure con riferimento a posizioni di vantaggio aventi la natura e consistenza di interessi legittimi.

In questa direzione, superata la concezione degli interessi legittimi come “diritti affievoliti”, che sussistono solo in presenza di poteri concessori o ablatori dell'Amministrazione e non in rapporto a diritti soggettivi, direttamente attribuiti dalla legge e non “degradabili” (poiché ascrivibili alla categoria dei diritti fondamentali), o, comunque, per il carattere vincolato *ex lege* degli atti dell'Amministrazione³⁹, deve essere considerato il grado di protezione che il sistema di giustizia amministrativa è capace di assicurare, in via non meramente formale, ma pienamente soddisfattiva in rapporto al bene della vita perseguito⁴⁰, attraverso la radicale rimozione del provvedimento illegittimo⁴¹ e non con mera, momentanea disapplicazione del medesimo⁴².

In tal senso, sotto il profilo sostanziale, la spendita di poteri di stampo pubblicistico implica, ordinariamente, la ricerca di un bilanciamento il più possibile rispettoso dei diversi interessi compresenti la cui illegittima pretermissione ben può essere efficacemente censurata innanzi al giudice amministrativo⁴³, ormai munito, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, di strumenti processuali sufficienti ed idonei a soddisfare appieno le istanze di tutela introitate mediante la proposizione di ricorso giurisdizionale⁴⁴.

In un siffatto contesto, risulta oggi pacifico ritenere che i principi del giusto processo⁴⁵ - clausola di giustizia procedurale, espressione della cultura giuridica della legalità dell'odierno Stato di

³⁷ Cfr. [Corte cost., sent. 27/1/2011, n. 30](#)

³⁸ Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sentt. 27/11/1969, n. 146; 4/7/1963, n. 130](#).

³⁹ Cfr., al riguardo, fra le tante, non sempre con univocità di indirizzo: Cassaz., sez. un., 28/5/2015, n. 11131; Cassaz., sez. un., 2/7/2015, n. 13568; Cassaz., sez. un., 21/1/2014, n. 1132; Cassaz., sez. un., 11 luglio 2014, n. 15941; Cassaz., sez. un., 20/7/2011, n. 15867; Cassaz., sez. un., 19/5/2008, n. 12641; Cassaz., sez. un., 20/5/2005, n. 10603; Cassaz., sez. un., 25/1/2013, n. 1776; Cassaz., sez. un., 16/12/2010, n. 25398.

⁴⁰ Secondo L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in [www.giustamm.it](#), la tutela giurisdizionale è effettiva (e piena) quando: a) il processo amministrativo consente di conseguire tutte le utilità sostanziali collegate con le situazioni giuridiche soggettive azionate; b) il *decisum* giurisdizionale è pienamente eseguito; c) vi è una protezione interinale delle situazioni giuridiche soggettive azionate.

⁴¹ Circa la necessità di corredare le norme sostanziali attributive di posizioni di vantaggio in favore del cittadino da un corposo sistema di tutele processuali v. F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 2 ss.

⁴² Sul ruolo affidato al giudice amministrativo nell'attuale periodo storico v., *ex multis*, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, n. 3/2015, 106 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 737 ss. P. DE LISE, *Introduzione*, in G. PELLEGRINO (cur.), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, VII ss.

⁴³ Per una disamina delle correlazioni intercorrenti tra processo e procedimento, nell'ottica dell'inquadramento della giustizia come fattore conformativo della procedura, v., *ex multis*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 596 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento in tema di pienezza ed effettività delle tecniche processuali di tutela di diritti ed interessi innanzi al giudice amministrativo v. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.

⁴⁵ In merito v., *ex multis*, G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 1, 17 ss.; V. GIOMI, *Giusto processo, effettività della giurisdizione e concentrazione dei giudizi: la Corte di Cassazione riforma in via interpretativa la specialità della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 4, 1153 ss.; F. DANOVÌ, *Principi e garanzie*

diritto⁴⁶ - contribuiscano a conformare anche il processo amministrativo⁴⁷, incardinato innanzi ad un giudice precostituito per legge⁴⁸.

Alcune perplessità sono sorte, però, di recente, in riferimento al “discusso” rimedio giustiziale (alternativo alla “canonica” impugnativa giurisdizionale)⁴⁹, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁵⁰ - secondo alcuni “*reliitto storico*”⁵¹, “*patrimonio deteriore dell’ordinamento*

costituzionali del giusto processo minorile, in *Dir. Famiglia*, 2012, 3, 1217 ss.; F. TALLARO, *Nuovi strumenti a garanzia del giusto processo. La disciplina sulle spese di lite*, in *Giur. Merito*, 2010, 7-8, 1989 ss.; A. MORELLI, *Interpretazione autentica e «giusto processo». Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del «personale ATA» dagli enti locali allo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 113 ss.; N. VICECONTE, *Il giusto processo «preso sul serio»: giudizio contabile e fase pre-processuale*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2711 ss.; P. SANTORO, *La Corte costituzionale ed il giusto processo contabile*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 799 ss.; F. GIUNCHEDI, *Verso la celebrazione di un processo «giusto»*, in *Giur. Merito*, 2004, 3, 556 ss.; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, V, Milano, 2001, 595 ss. Per una disamina della tesi che vorrebbe qualificare l’art. 111 cost. alla stregua di norma programmatica, mero criterio di indirizzo, ovvero semplice direttiva per il legislatore, v. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 4, 1353 ss.

⁴⁶ In tal senso e per un approfondimento v. P. RAUCCI, *Possibili rimedi per la salvaguardia del giusto processo della Corte penale internazionale nell’ottica della disclosure degli elementi di prova*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 4, 1856 ss.

⁴⁷ Sul punto v., *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell’atto impugnato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2005, 3, 696 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; F.G. COCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. COCA (cur.), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 151 ss.; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1061 ss.; G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l’art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 367 ss.

⁴⁸ Invero, nel giudizio amministrativo, la devoluzione della cognizione di una controversia innanzi all’adunanza plenaria comporta, ai fini decisori, non solo la formulazione di un principio di diritto, contraddistinto da una valenza di natura orientativa al pari della funzione nomofilattica affidata dall’ordinamento alle sezioni unite della Suprema Corte, bensì implica anche la definizione nel merito del contenzioso originariamente incardinato presso una delle sezioni semplici. Ciò ha indotto una parte della dottrina a dubitare della compatibilità del meccanismo testé descritto, disciplinato ex art. 99 c.p.a. rispetto al principio di precostituzione del giudice naturale scolpito in seno all’art. 25 cost., evidenziando come in siffatte ipotesi, il giudice originariamente competente (la sezione semplice) a verificare la legittimità dell’*agere* della pubblica amministrazione verrebbe spogliato di tale prerogativa in favore di un diverso organo giudiziario, ancorché afferente al medesimo plesso giurisdizionale. In merito, è stato osservato che «*il principio di certezza del giudice è efficacemente espresso nel concetto di “pre-costituzione del giudice”, vale a dire nella previa determinazione della competenza con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già a posteriori, in relazione, come si dice a una reg Giudicanda già insorta. Ne consegue che detto principio costituzionale deve considerarsi osservato ogni qual volta l’organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non già in vista di singole controversie*». Così A. MALTONI, *Il “vincolo” al precedente dell’Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* (coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari), in *Foro Amm. (II)*, 2015, 1, 137 s.

⁴⁹ In passato, circa la disamina della compatibilità con il dettato costituzionale dell’istituto dell’alternatività, è stato osservato che esso regola il concorso di due rimedi giuridici esperibili avverso un medesimo atto, permettendo all’interessato una selezione fra i medesimi, sulla base di una valutazione di convenienza che può condurre a scegliere liberamente di poter prescindere dalla tutela giurisdizionale. Trattasi di una alternativa che sollecita l’autonomia soggettiva, e, così essendo, non intacca il precetto costituzionale che garantisce tutela giurisdizionale, perché esso non obbliga l’interessato a rivolgere la sua autonomia unicamente nel senso dell’esperimento del rimedio giustiziale. Sul punto, v., *ex plurimis*, [Corte cost., sentt. 15/6/1966, n. 78](#); [4/6/1964, n. 47](#); [5/2/1963, n. 2](#).

⁵⁰ In dottrina v., *ex plurimis*, A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 54 ss.; S. TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro Amm. CDS (II)*, 2008, 11, 3150 ss.; P. PATRITO, *Ricorso straordinario: è ammesso il risarcimento del danno?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 10, 2061 ss.; F. SAITTA, *Alla ricerca di un parere (ovvero della difficile semplificazione del ricorso straordinario): noterelle su una discutibile interpretazione dell’art. 11 comma 2, d.P.R. n. 1199 del 1971*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2317 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l’«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2005, 3, 2149 ss.; N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 779 ss.; E. D’ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 10, 3224 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 691 ss.; C. E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 5, 1175

*monarchico*⁵², espressione di un obsoleto ed anacronistico “*sistema di giustizia ritenuta*”⁵³ - *sub specie* di compatibilità con il diritto europeo, ambito positivo all’interno del quale è possibile rinvenire (e misurarsi con) principi di civiltà giuridica invero in massima parte già radicati in seno alla Costituzione del 1948.

L’attenzione è stata in particolar modo incentrata sulla disamina dell’istituto della trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario rispetto al quale, a legislazione vigente, è possibile accertare la sussistenza di un vero e proprio “diritto potestativo processuale”⁵⁴, rimesso in capo ad una delle parti resistenti, tale nel senso che il ricorrente non può opporvi alcunché, ove ne ricorrano i presupposti di legge (la legittimazione attiva ed il termine perentorio per proporlo, la cui verifica spetta, peraltro, al tribunale amministrativo *ad quem*), salvo esercitare la facoltà di riassumere il processo dinanzi all’organo di giustizia di primo grado⁵⁵.

L’istituto risultava essere fondato, sino ad un recente passato, in riferimento alla sua eziogenesi, sul rilievo secondo cui, prima dell’entrata in vigore dell’art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, lo strumento di tutela giustiziale in esame non era in tutto e per tutto assimilabile ad un procedimento giurisdizionale, dal momento che il Governo poteva disattendere il parere del Consiglio di Stato, promuovendo un atto di alta amministrazione⁵⁶, mediante una delibera del Consiglio dei Ministri⁵⁷.

Attualmente, riconosciuta natura giurisdizionale al procedimento contenzioso instaurato nella forma del ricorso straordinario al Capo dello Stato⁵⁸, venuta meno l’originaria motivazione radicata

ss.; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 421 ss.; G. MIGNEMI, *Ricorso straordinario al capo dello stato e autorità amministrative indipendenti*, in *Foro Amm.*, 1995, 10, 2460 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; G. CHEVALLARD, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1040 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla «natura» del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, l. 69/2009)*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. MARTINI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in www.giustamm.it; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in www.giustamm.it.

⁵¹ Sul punto v. L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3, 1139 ss.

⁵² In tal senso e per un approfondimento v. E. COLACCHI, *L’arena delle giurisdizioni nell’attuazione dei canoni del giusto processo amministrativo: il caso del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, 3749 ss.

⁵³ In tal senso e per un approfondimento v. L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, 2664 ss.

⁵⁴ In tema di diritto potestativo processuale v., *ex multis*, [Corte cost., ord. 24/11/2003, n. 349](http://www.giustizia-amministrativa.it).

⁵⁵ Sul punto, v., *ex multis*, F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. merito*, 2012, 4, 958 ss.

⁵⁶ Sulla nozione di alta amministrazione v., *ex multis*, F. CUOCOLO, *Alta amministrazione* (voce), in *Enc. giur.*, I., Roma, 1991, 1 ss. Sul punto v. anche G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, 3688 ss. Per una disamina dei profili storici dell’attività di alta amministrazione v. G. COGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 108 ss.

⁵⁷ Cfr. art. 14, primo comma, seconda parte, del D.P.R. n. 1199 del 1971, abrogato, per l’appunto, dall’art. 69, secondo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

⁵⁸ A rafforzare la definitiva trasformazione in rimedio giurisdizionale del ricorso straordinario si può richiamare, in prima battuta, il primo comma dell’art. 69 l. n. 69/09, a tenore del quale il Consiglio di Stato è legittimato, in tale sede, a sollevare questioni di legittimità costituzionale, per tale via acquisendo la qualità, ai sensi e per gli effetti dell’art. 23, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, di autorità giurisdizionale abilitata a promuovere incidente di costituzionalità. Sul punto v., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 2/4/2014, n. 73; 6/11/2013, n. 265](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina v., *ex plurimis*, E. GRILLO, *La Consulta sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un revirement evasivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 893 ss.; F. G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1476 ss.; L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro Amm. (II)*, 2014, 2, 716 ss.; A. AULETTA, *Il legislatore «muove un passo» (l’ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1619 ss. Di diverso avviso sembra essersi mostrata una parte della giurisprudenza, atteso che la disciplina introdotta ex art. 69 l. n. 69/09 risulterebbe, *in parte qua*, collidere con l’art. 137 della Costituzione “*in quanto tale disposizione demanda alla legge costituzionale - e non quindi, alla legge ordinaria - l’individuazione delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale*”. Così T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 16/3/2010, n. 4104. Sul punto v. F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del «nuovo» ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 9, 2829 ss.; A. GIUSTI, *Il*

sul “*favor iurisdictionis*”⁵⁹, è maturata la perplessità circa la compatibilità del diritto di trasposizione con il principio del giudice naturale, capace, vieppiù, di determinare anche una modificazione del giusto processo; ciò, soltanto per effetto di una richiesta avanzata unilateralmente da uno solo dei resistenti e/o controinteressati, pure in assenza di una valida ed apprezzabile giustificazione, così comportando un significativo ed ingiustificato svantaggio a carico delle parti più deboli del processo⁶⁰.

Quest'ultime, difatti, vedono la propria azione paralizzata unicamente a seguito dell'avvenuto esercizio della facoltà di trasposizione, la cui conformità all'ordinamento può essere esaminata soltanto dal giudice *ad quem* solo qualora il ricorrente riassuma il processo, in luogo del già radicato giudizio in unico grado⁶¹, innanzi al tribunale amministrativo territorialmente competente.

ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di Tar Lazio - Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in Dir. proc. amm., 2010, 1008 ss. Invero, per riconoscere ad un organo natura giurisdizionale, “tra i vari caratteri che secondo Costituzione si riconnettono alla qualità di giudice, dovrebbe ritenersi indefettibile la legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità...in mancanza della quale non dovrebbe esser possibile riconoscere a nessun altro effetto la qualità di giudice”. Così S. SENESE, Giudice, cit., 230. In una prospettiva analoga, già in passato, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, era stato ritenuto che quando il Consiglio di Stato, in sede consultiva, emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, esercita una funzione giurisdizionale ed è quindi un organo di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 del TFUE, in origine ex art. 177 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Sul punto v. Corte giust., 16/10/1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96. Per un commento v. M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica «fuzzy» della Corte di Giustizia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1998, 3-4, 699 ss. Ulteriori elementi posti a suffragio della definitiva giurisdizionalizzazione del rimedio giustiziale in commento sono la sua sottoposizione al contributo unificato, al pari dei ricorsi incardinati innanzi al tribunale amministrativo regionale (art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 37, comma 6, lett. s), del D.L. 6 luglio 2011, n. 98), e la possibilità di esperire il ricorso in ottemperanza ai fini dell'esecuzione delle decisioni sul ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 112, commi 1 e 2, lett. b) e d), del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto v., ex multis, Cassaz., sez. un., 28/1/2011, n. 2065; Cons. St., sez. VI, 10/6/2011, n. 3513; sez. III, 15/10/2010, n. 4609. In dottrina, v., ex plurimis, E. GRILLO, Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 23464/2012, in Dir. proc. amm., 2014, 1, 265 ss.; P. GOTTI, L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e sul giudice competente per l'ottemperanza alla decisione presidenziale di accoglimento, in Foro Amm. (II), 2014, 1, 11 ss.; E. GRILLO, La giurisdizionalità sopravvenuta e la perpetuatio iurisdictionis nel ricorso straordinario avverso atti sottratti alla giurisdizione amministrativa, in Dir. proc. amm., 2014, 4, 1406 ss.; P. GOTTI, La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria, in Foro Amm. CDS, 2013, 9, 2592 ss.; F. G. SCOCA, Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, in Giur. it., 2013, 2374 ss.; P. QUINTO, Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza, in Foro amm. CDS, 2011, 5, 1466 ss.; ID., Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, in Foro amm. TAR, 2010, 2720 ss.

⁵⁹ Per una disamina del tema dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza sia di diritto soggettivo, sia di interesse legittimo, in seno al rimedio (non più) giustiziale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, v., ex multis, E. COLACCHI, L'arena delle giurisdizioni, cit., 3751 ss.

⁶⁰ Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

⁶¹ In merito alla rilevanza costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione in seno al processo amministrativo, v'è da precisare che la Consulta, in passato, ha più volte escluso l'esistenza di una norma costituzionale che ne garantisca l'obbligatorietà. Sul punto v., ex multis, [Corte cost., sentt. 26/1/1988, n. 80](#); [26/3/1984, n. 78](#); [16/12/1980, n. 186](#); [27/6/1973, n. 117](#); [14/2/1973, n. 22](#); [13/5/1965, n. 41](#). In questa direzione, è stato osservato, “non può indurre a conclusioni diverse la norma di cui all'art. 125, comma secondo, della Costituzione che...comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, quindi, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa...solo in tal senso assume rilevanza costituzionale...il predetto principio del doppio grado di giudizio, non potendo l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado”. Così [Corte cost., ord. 31/3/1988, n. 395](#). Del resto, “la garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione non può neppure farsi discendere dall'art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo”. Così [Corte cost., sent. 2/4/1981, n. 62](#). Per una diversa impostazione, sulla base della quale il doppio grado di giurisdizione (di merito) risiederebbe nel combinato disposto degli artt. 3, 24 e 111 Cost, v. [Corte cost., ord. 29/1/2005, n. 67](#). Per un commento

Il verificarsi di consimili ipotesi postula, peraltro, anche l'esposizione, per la seconda volta, al pagamento di un più elevato contributo unificato, senza che sia prevista la possibilità di ripetere quanto già corrisposto in sede di rimedio (ormai non più) giustiziale⁶².

In quest'ottica, è stato sostenuto, si attribuisce ad una soltanto delle parti processuali un potere privo di alcuna logica corrispondenza al diritto di difesa, tale da menomare in modo significativo le posizioni del ricorrente e delle restanti parti del giudizio⁶³.

Per l'effetto, alla luce dei principi maturati, in seno allo "spazio giuridico europeo"⁶⁴, in materia di "giusto processo", è stato evidenziato che il diritto potestativo di trasposizione potrebbe collidere, innanzitutto, con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dal cui tenore, per come interpretato innanzi alla Corte di Giustizia⁶⁵, può trarsi, in particolare, l'indefettibilità, ai fini della configurazione del giusto processo⁶⁶, dei principi di durata ragionevole del procedimento giudiziario⁶⁷ incardinato, nel rispetto del contraddittorio⁶⁸ e della parità delle armi tra le parti⁶⁹,

v. A. MASARACCHIA, *Quando il doppio grado di giurisdizione è imposto da «ineludibili principi costituzionali»*, in *Giur. cost.*, 2005, 1, 638 ss. Invero, astrattamente, il "doppio grado di giudizio" sta a significare che una qualunque controversia sottoposta all'esame di un giudice può, successivamente, essere interamente valutata da altro giudice la cui decisione è destinata a prevalere sulla prima. In tal senso, però, è stato rilevato come sia sufficiente (e conforme al dettato costituzionale) ritenere che l'ordinamento possa accontentarsi solamente della mera eventualità che venga introdotto (piuttosto che ciò in concreto si verifichi), un doppio grado di giudizio concernente il merito di una controversia. Sul punto, per un approfondimento, v. G. SERGES, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 14 ss. In generale poi, in tema di doppio grado di giurisdizione v., *ex multis*, G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3, 1388 ss.; T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione appello dell'imputato, Appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 12, 4023 ss.; G. SPANGHER, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur.* XII, Roma, 2001, 1 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1, 127 ss.; A. DE CARO, «*Doppio grado di giurisdizione*» ed efficienza del processo penale, in *Studium juris*, 1999, 946 ss.; C. E. GALLO, *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, 843 ss.; G. SERGES, *Costituzione e «doppio grado» di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1988, 227 ss.; F.G. COCCA, *Processo cautelare amministrativo e costituzione*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.; S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1982, 42 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sul principio del doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 33 ss.; E. F. RICCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 59 ss.

⁶² Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

⁶³ Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

⁶⁴ Sul punto, v. *ex multis*, M. P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

⁶⁵ In tema di incidenza della giurisprudenza europea in ordine al sistema di tutele processuali delle posizioni di libertà riconosciute dal diritto nazionale v. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 3, 685 ss.

⁶⁶ Cfr., *ex plurimis*, Corte giust., 19/12/2012, C-325/11.

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, Corte giust., sez. IV, 29/3/2012, C-417/10; Corte Edu, sez. II, 3/4/2012, n. 28790; sez. II, 6/3/2012, n. 23563; sez. II, 2/6/2009, n. 15476; sez. II, 12/5/2009, n. 10750; sez. II, 31/3/2009, n. 22644; sez. II, 18/12/2007, n. 14448; Corte giust., sez. I, 25/1/2007, cause riunite C- 403 e C-404.

⁶⁸ Cfr., *ex multis*, Corte giust., 21/9/2010, C-532/07 P, C-528/07 P, C-514/07.

⁶⁹ Atteso che il principio di parità delle parti non implica, di necessità, l'identità dei rispettivi poteri processuali (cfr., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 6/2/2007, n. 26; 4/4/2008, n. 85](#)), la sua applicazione si è misurata, ad esempio, in seno al processo amministrativo, in riferimento all'art. 4, co. 2, del d.l. n. 115/2005, disposizione avente "lo scopo di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l'ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione": così [Corte cost., sent. 9/4/2009, n. 108](#); e ord. [19/5/2009, n. 158](#). In tal contesto, in particolare, accordata una peculiare tutela in favore del cittadino sulla base di un'interpretazione evoluta dell'art. 113 cost., mediante la norma citata è stata introdotta una dissimmetria tra le due parti del giudizio eventualmente introitato: "al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo": così ancora [Corte cost., sent. 9/4/2009, n. 108](#); e ord. [19/5/2009, n. 158](#). Per un commento sia consentito il rinvio a L. BUSCEMA, *L'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense tra sufficienza del giudizio espresso mediante voto numerico ed effettività della tutela delle aspirazioni professionali dei candidati. Nota a Corte costituzionale, 07 giugno 2011, n. 175 e Corte costituzionale, 09 aprile 2009, n. 108*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Messina*, II, 2012, 1 ss.

innanzi ad un giudice indipendente, imparziale⁷⁰ e, ciò che più interessa in questa sede, precostituito per legge e dal quale non si può essere distolti soltanto a cagione della domanda o dell'azione di una parte processuale⁷¹.

Non sembra possibile ammettere in alcun modo, quindi, che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire ad opera di una autorità diversa dal Parlamento⁷² o, addirittura, in conseguenza soltanto della scelta di una parte, specie se indotta da un mero calcolo di convenienza o di (indebita) tattica processuale⁷³.

Ciò implicherebbe, tra l'altro, il tradimento della *ratio* sottesa all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, in tema di divieto di abuso del diritto, non consente di interpretare alcuna delle disposizioni colà contenute come suscettibile di limitare, anche solo parzialmente, le libertà e le garanzie ivi riconosciute⁷⁴.

3. La perimetrazione dei limiti di legittimità (costituzionale ed europea) degli strumenti di tutela processuale esperibili in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica .

Abbandonata la tradizionale concezione del diritto soggettivo quale situazione di vantaggio connotata dal carattere dell'illimitatezza delle facoltà ad esso correlate, secondo la vecchia impostazione dogmatica riassumibile nel noto brocardo latino "*qui suo iure utitur neminem laedit*"⁷⁵, nel quadro di un assetto politico-costituzionale incentrato sui principi propri del costituzionalismo moderno, matura l'esigenza di conformare le posizioni di libertà (anche fondamentali) sulla base della ricerca di un contemperamento tra interessi e valori che, seppur "*mai neutrale, tecnicamente asettico, sconta presupposizioni inesprese che lo condizionano e in qualche misura ne prefigurano l'esito*"⁷⁶ e può comunque "*essere ricostruito come un'attività che, pur*

⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Corte giust., 17/12/2009, C-197/09; 2/12/2009, C-89/08; 26/6/2007, C-305/05. In dottrina, per una disamina, in chiave comparata, della nozione di imparzialità del giudice v., *ex plurimis*, M. SERIO, *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 4, 991 ss.

⁷¹ Cfr., *ex multis*, Corte giust., 26/5/2005, C-77/04.

⁷² In tema di principio di precostituzione per legge del giudice naturale, applicato al processo amministrativo, in passato, in riferimento alle censure sollevate circa le norme dispositive della competenza funzionale devoluta in favore del T.A.R. Lazio in deroga alla regola della "territorialità della giustizia amministrativa", era stato sostenuto che "*la competenza dei giudici amministrativi dovrebbe non solo essere predeterminata dalla legge, ma dovrebbe rispettare il principio di naturalità, come desumibile dal combinato disposto degli artt. 25 e 125 Cost., nel senso di una maggiore idoneità del giudice individuato su base regionale a fornire una adeguata risposta di giustizia. Per la giustizia amministrativa la deroga al criterio della competenza territoriale in favore di un unico altro tribunale altererebbe perciò profondamente l'equilibrio del controllo sugli atti amministrativi, che è stato pensato dai costituenti - diversamente dalla giustizia ordinaria, ex art. 102, secondo comma, Cost. - in maniera svincolata dalla specializzazione per singole materie*". Così T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 11/4/2013, n. 164. In merito, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che il principio del giudice naturale, lungi da ancorarsi ad un dato pre-normativo, quale la prossimità geografica del giudice alla vicenda da giudicare, deve interpretarsi unicamente come volto ad assicurare un giudice «precostituito per legge»; per l'effetto, si ritiene che esso venga osservato quando l'organo giudicante sia stato istituito (e la sua competenza sia definita) dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo. Sul punto v., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 13/6/2014, n. 174](#); [6/6/2014, n. 159](#); [10/5/2012, n. 117](#); [27/1/2011, n. 30](#). Per un commento v. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio "territoriale" della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, 2545 ss.

⁷³ Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

⁷⁴ Cfr. Corte giust., sez. V, 11/12/2014, C 113/13; grande sezione, 17/7/2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13; sez. IV, 29/3/2012, C 417/10; sez. VII, 27/10/2011, C-504/10, sez. III, 22/12/2010, C-277/08.

⁷⁵ In tal senso e per un approfondimento v. I. RADOCCIA, *Abuso del diritto come bilanciamento degli interessi*, in *Giur. merito*, 2013, 4, 742 ss.

⁷⁶ Così N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, 595.

*contenendo dei margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, ed anzi è controllabile razionalmente*⁷⁷.

In tal contesto, si osserva, a fronte della possibilità di addivenire al concreto esercizio di un diritto sulla base di una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate, l'ordinamento si dimostra proteso ad impedire che si verifichi una sproporzione ingiustificata (intercorrente tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte) derivante dall'effettiva integrazione di una condotta (solo formalmente) conforme allo schema legale disegnato dalla norma attributiva del potere.

In questa direzione, si staglia il divieto di abuso del diritto⁷⁸ (da intendersi, quest'ultimo, come situazione di vantaggio sia sostanziale, sia processuale)⁷⁹ che, lungi dal presupporre una violazione

⁷⁷ Così G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, n. 6/2003, 580.

⁷⁸ Invero, secondo F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1, 75, «il divieto di abuso del diritto non costituisce un'autonoma clausola generale; il suo fondamento non è di ordine logico; la sua natura è quella di struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa e, dunque, il divieto esprime una delle finalità della buona fede in senso oggettivo; il suo contenuto va rinvenuto in una riduzione in chiave teleologica della disposizione normativa in presenza di un atto di esercizio della situazione soggettiva dalla stessa attribuito che esibisce un livello di giustezza e di meritevolezza inferiore rispetto a quanto dalla stessa disposizione normativa è possibile ricavare; il divieto di abuso si colloca quindi su di un piano della valutazione giuridica diverso e ulteriore rispetto a quello designato con il termine "liceità"; per esigenze persuasive la rappresentazione del divieto è affidata all'idea dello sviamento dall'interesse protetto realizzato dall'atto di esercizio che fa segnare il disallineamento della liceità dalla legittimità e impone, dunque, un intervento correttivo nella direzione del secondo corno della diade». Per una disamina del significato dell'abuso del diritto in ordine ai diversi ambiti dell'ordinamento v., *ex plurimis*, P. SANTIN, *Territorialità Iva e abuso del diritto tra limiti di giurisdizione e scelte interpretative*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 2, 37 ss.; O. RAZZOLINI, *Il difficile confine fra uso e abuso del diritto di stabilimento: il caso degli avvocati stabiliti*, in *Dir. rel. industr.*, 2014, 4, 1169 ss.; G. MARINO, *Il principio del contraddittorio tributario tra abuso di diritto, abuso di potere e diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. comm.*, 2014, 4, 570 ss.; R. BONSIGNORI, P. RAINELLI, *Abuso del diritto nel concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. comm.*, 2014, 3, 474 ss.; T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, 1, 451 ss.; F. DINELLI, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 1998 ss.; P. SORBELLO, *Mercato unico, attività assicurativa ed abuso del diritto*, in *Giur. merito*, 2011, 6, 1627 ss.; V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, 1479 ss.; G. FALSITTA, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnicoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 6, 349 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, 834 ss.; A. LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 1, 49 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 403 ss.

⁷⁹ La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che ogni soggetto non può esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo; si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa. Sul punto v., *ex plurimis*, Cons. St. ad. plen., 27/4/2015, n. 5; Cassaz. civ., sez. VI, 24/4/2015, n. 8381; Tribunale Lucca, 24/4/2015, n. 771; sez. VI, 9/3/2015, n. 4702; sez. V, 9/3/2015, n. 1192; sez. VI, 9/10/2014, n. 5025; sez. VI, 2/9/2014, n. 18498; sez. VI, 29/8/2014, n. 18426; sez. un., 19/6/2014, n. 13940; sez. VI, 5/6/2014, n. 12744; Cons. St., sez. III, 7/4/2014, n. 1630; sez. VI, 7/2/2014, n. 585; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 3/12/2013, n. 2681; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 31/7/2013, n. 2047. In dottrina, per una ricognizione delle diverse posizioni concernenti la casistica delle ipotesi in cui possa ricorrere "l'abuso del processo", v., *ex multis*, S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, 4, 1281 ss.; E. LO PRESTI, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2011 ss.; R. ORLANDO, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3599 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.; A. BERTOLDINI, L. MORELLO, *Abuso del processo come incongrua scelta difensiva della pubblica amministrazione rispetto all'atto amministrativo costituente preferibile alternativa*, in *Foro Amm. C.d.S. (II)*, 2012, 7-8, 1940 ss.; E. LO PRESTI, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2011 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3596 ss.; G. ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità*

in senso astratto della disciplina fonte delle facoltà esercitate, comporta un'alterazione dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli ritenuti meritevoli di tutela e corrispondenti alla *ratio* ed allo spirito della disposizione da cui promana la potestà conferita⁸⁰.

In quest'ottica, ricercare il punto di equilibrio entro una delicata opera di bilanciamento che consenta di coniugare al meglio i compresenti interessi (pubblici e privati), parimenti fondamentali, che, in relazione ad una data fattispecie, possano risultare, tra loro, occasionalmente contrapposti, costituisce, in verità, l'obiettivo principale di un sistema giuridico proteso nella direzione della garanzia di effettività (sostanziale e processuale) delle libertà dei singoli.

Il percorso di valutazione da intraprendere va condotto, peraltro, sulla base di coordinate ermeneutiche non ristrette entro gli (ormai) "angusti" confini nazionali, ma deve essere arricchito, secondo un modello di scambio circolare, dall'apporto assiologico offerto dalle diverse esperienze giuridiche maturate in chiave comunitaria ed internazionale.

Ciò vale non solo in riferimento a posizioni di vantaggio di natura sostanziale, bensì anche in ordine a prerogative e facoltà di carattere processuale il cui impiego, in alcuni casi, come visto in precedenza, potenzialmente distorsivo, potrebbe tradursi in una *deminutio* di tutela di una delle parti non sorretta da alcuna reale giustificazione.

Onde ovviare a tali inconvenienti, in tema di diritto (potestativo) di trasposizione, in passato, è stato possibile assistere ad un'interpretazione conforme al dettato costituzionale della disciplina all'epoca vigente secondo una prospettiva che, in effetti, solo in apparenza si rivela opposta a quella oggi in commento.

La Corte costituzionale, infatti, a fronte di una regolamentazione del "ricorso al Re", disciplinata ex art. 34 r.d. n. 1054/1924, dimostratasi carente della possibilità di riconoscere in favore dei controinteressati la facoltà di adire un organo di giustizia in luogo del rimedio amministrativo esperito dal ricorrente principale⁸¹, ha tacciato di illegittimità la norma citata tesa a pregiudicare, anche in violazione del principio di eguaglianza, i controinteressati, "la cui posizione soggettiva è del tutto contrapposta a quella dei cointeressati, e ai quali quindi non possono spettare poteri propri"⁸².

Ragionando *a contrario*, pur seguendo siffatto filone ricostruttivo, sembra venire meno, al giorno d'oggi, uno dei motivi costitutivi del riconoscimento del diritto di trasposizione (corollario della

processuale e pregiudizio effettivo, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3593 ss.; G. SALVI, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 4094 ss.

⁸⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 12/2/2014, n. 693.

⁸¹ Sul punto, per un approfondimento, v. F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 188 s.; F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati*, cit., 962 ss.

⁸² Così [Corte cost., sent. 1/2/1964, n. 1](#). Per un commento v., *ex multis*, V. BACHELET, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario*, in *Giur. cost.*, 1964, 3 ss. Invero, attualmente, ai sensi dell'art. 48, comma 1, c.p.a. è legittimato alla presentazione dell'"opposizione" al ricorso straordinario la sola "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario", non anche soggetti terzi, processualmente estranei al ricorso stesso. Pertanto, i cointeressati non possono chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale, in quanto la loro richiesta potrebbe costituire un espediente per eludere la scadenza del termine di impugnazione, mentre, se avanzata prima della scadenza di tale termine, il riconoscimento di siffatta facoltà non avrebbe senso, dato che il principio di alternatività non opera se i due tipi di gravame sono introitati da soggetti diversi. «L'interpretazione testuale e restrittiva della norma citata si impone anche per la palese connessione logico-sistematica che lega l'art. 48 del c.p.a. all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1991, secondo il quale il diritto all'"opposizione" al ricorso straordinario (e quindi la facoltà di chiederne la trasposizione in sede giurisdizionale) viene riconosciuto specificamente ai soli "controinteressati"». Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 3/6/2015, n. 1289. In generale, per una disamina dei più recenti orientamenti maturati in giurisprudenza in ordine all'istituto della trasposizione v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 14/5/2015, n. 2423; sez. III, 6/5/2015, n. 2273; T.A.R. Toscana Firenze, sez. III, 13/1/2015, n. 29; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 13/11/2014, n. 1216; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 13/11/2014, n. 806; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 10/9/2014, n. 2244; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 4/8/2014, n. 1157; T.A.R. Liguria, sez. I, 28/7/2014, n. 1239; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 8/7/2014, n. 1788; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 1/4/2014, n. 3586; Cons. St., sez. III, 19/3/2014, n. 1346; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 18/3/2014, n. 1570.

regola dell'alternatività)⁸³, atteso che, come già ampiamente rilevato, la “pacifica” natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica consente di superare le censure originariamente sollevate in riferimento ad una disciplina capace di “limitare”, in epoche ormai trascorse, l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle parti processuali costrette a subire la scelta operata dal ricorrente principale.

Sulla base delle superiori osservazioni, in verità, può anche giungersi a “rileggere” il fondamento costituzionale, a monte, della regola dell'alternatività, storicamente concepita alla stregua di strumento di protezione ulteriore dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi che aggiungeva al tradizionale rimedio giurisdizionale una diversa possibilità di reazione contro l'atto amministrativo illegittimo⁸⁴.

In tal contesto, si osserva, in passato era possibile sostenere che la proposizione del ricorso straordinario fosse espressione di una scelta consapevole senza che potesse assumere alcun rilievo il motivo per cui l'interessato fosse addivenuto a prediligere il rimedio giustiziale in luogo di quello giurisdizionale⁸⁵.

Ne conseguiva, come visto, la necessità di salvaguardare la posizione rivestita da parte dei controinteressati, diversamente assoggettati ad una potenziale “*deminutio*” dei propri legittimi interessi (sostanziali e processuali).

Attualmente, quindi, perorata la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, l'immanenza del diritto (potestativo) di trasposizione risulterebbe essere ancorata esclusivamente all'interesse correlato a poter eventualmente beneficiare di una più approfondita disamina del merito della controversia mediante la devoluzione della cognizione innanzi al competente organo di giustizia amministrativa nel rispetto dell'“ordinario” doppio grado di giurisdizione⁸⁶.

Si è avuto modo di rilevare, però, che l'art 125, secondo comma, della Costituzione presuppone soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e, per contro, implica la conseguente, necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, postulando, in definitiva, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli “organi territoriali” della giustizia amministrativa; solo in tal senso è consentito affermare che il predetto principio del doppio grado di giudizio assuma rilevanza costituzionale, “*non potendo l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado*”⁸⁷.

Di conseguenza, atteso che l'art. 113 cost. non impedisce alla legge ordinaria di “*regolare l'esercizio della tutela giurisdizionale nei modi e con la efficacia che più aderisca alle singole situazioni, purché quell'esercizio non sia reso estremamente difficile o puramente apparente*”⁸⁸, non sembra del tutto peregrino ritenere che il diritto (potestativo) di trasposizione, in passato certamente giustificato nell'ottica della ricerca del giusto bilanciamento tra interessi (sostanziali e processuali) potenzialmente contrapposti, non possa più risultare munito di una patente di legittimità ed anzi si collochi in una posizione di frizione rispetto a valori parimenti rilevanti (se non addirittura

⁸³ Sul punto, per un approfondimento, v. F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati*, cit., 960 ss.

⁸⁴ In merito v. A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario*, cit., 1016 ss.

⁸⁵ Cfr. [Corte cost., sent. 15/6/1966, n. 78](#).

⁸⁶ In questa direzione si colloca una parte della giurisprudenza, atteso che, preso atto che «*l'escluso vigore costituzionale della garanzia del doppio grado opera esclusivamente “fuori dell'area segnata dall'art. 125 comma secondo” della Costituzione...ne consegue, con ogni evidenza che - impregiudicata ogni valutazione in ordine alla “singolarità” (rectius: alla vera e propria “anomalia”) di un “giudizio” pienamente e pariteticamente “alternativo” rispetto a quello ordinariamente attivabile dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali (nell'ambito del quale al Consiglio di Stato è riservata la funzione di giudice d'appello), che verrebbe ad attuarsi per effetto della pronuncia in unico grado riservata allo stesso Consiglio di Stato - la propugnata giurisdizionalizzazione determinerebbe un chiaro vulnus al principio di cui all'art. 125, comma 2, della Costituzione, eclissando il principio della duplicità di gradi di giurisdizione dalla Carta stabilito limitatamente ai giudizi dinanzi agli organi della giustizia amministrativa*». Così T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 16/3/2010, n. 4104. Per un commento v. F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale*, cit., 2829 ss.

⁸⁷ In tal senso v. [Corte cost., ord. 31/3/1988, n. 395](#); e sent. [14/1/1982, n. 8](#).

⁸⁸ Sul punto, v. [Corte cost., sentt. 15/6/1966, n. 78](#); [16/12/1964, n. 118](#); [3/7/1962, n. 87](#).

prevalenti), correlati, oltre che al divieto di imporre a carico del ricorrente oneri (anche economici) sproporzionati ed in alcun modo giustificati, pure all'efficienza del sistema di garanzie giurisdizionali delle posizioni soggettive tutelabili innanzi agli organi di giustizia amministrativa.