



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in “Pluralismi giuridici. Prospettive antiche ed attuali”. XXXII ciclo
Dipartimento di Giurisprudenza
Diritto Amministrativo IUS/10

IL RICORSO IN CASSAZIONE AVVERSO LE SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO PER “MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE”

IL DOTTORANDO
DOTT. RICCARDO PAPPALARDO

IL COORDINATORE
PROF. GIUSEPPE DI CHIARA

TUTOR
DOTT. MARCO ARMANNO

CO-TUTOR
PROF.SSA MARIA ALESSANDRA SANDULLI

A mia madre

RINGRAZIAMENTI

Giunto alla conclusione del mio dottorato di ricerca, il primo pensiero va sicuramente alla mia Mentore, la Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli, per essere stata la mia guida in questo lungo percorso e per i suoi preziosi insegnamenti. Collaborare con Lei è grande motivo di orgoglio.

Ringrazio anche i miei colleghi ed amici delle cattedre di Diritto amministrativo II, Giustizia amministrativa e Diritto sanitario dell'Università di Roma Tre.

Un ringraziamento particolare va anche al Dott. Marco Armano per avermi seguito nella qualità di tutor.

Non posso inoltre non esprimere la mia più profonda riconoscenza e il mio più sincero affetto a mia madre e a mia zia Rosalba, senza le quali tutto ciò non sarebbe stato possibile.

Infine vorrei ringraziare il personale della Biblioteca dell'Università di Palermo e, in particolare, la Sig. Filiberto e la Sig. Mazzola, per la loro gentilezza e professionalità.

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAP. I

I RAPPORTI TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIUDICE ORDINARIO: STORIA ED EVOLUZIONE	5
--	----------

1 Profili di carattere storico sulla nascita del sistema di giustizia amministrativa in Italia e in Francia	5
--	----------

1.1 La giustizia amministrativa nell' <i>Ancien Régime</i>	6
1.2 La tripartizione dei poteri e la sua influenza sulle idee rivoluzionarie	9
1.3 La giustizia amministrativa nell'Italia pre-unitaria	11
1.3.1 La giustizia amministrativa nel regno sabauda	12
1.4 La giustizia amministrativa dopo l'Unità d'Italia	15

2 <i>Le conflit d'attribution</i> e il <i>Tribunal des Conflits</i>	17
--	-----------

2.1 I rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato nell'esperienza francese. La nascita del <i>Tribunal de Cassation</i>	18
2.2 L' <i>excès de pouvoir</i> e l' <i>incompétence</i>	22
2.3 La <i>Cour de Cassation</i>	24

3 L'origine dei conflitti di attribuzione e il giudizio di Cassazione nell'esperienza italiana	25
---	-----------

3.1 La legge 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti	30
3.1.1 La nascita della Corte di Cassazione e le sue funzioni	33
3.2 L'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761	36
3.2.1 Incompetenza ed eccesso di potere giurisdizionale	38
3.3 L'eccesso di potere e l'incompetenza dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato	40
3.3.1 Il dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale	42
3.4 Dalla legge 7 marzo 1907, n. 62 al nuovo codice di procedura penale del 1930	49
3.5 Dal nuovo codice di procedura civile alla Costituzione repubblicana	53

CAP. II

I RAPPORTI TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIUDICE ORDINARIO E IL RUOLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE COME GIUDICE DELLA GIURISDIZIONE	59
--	-----------

1 Monismo e dualismo giudiziario: questione di prospettive	59
---	-----------

1.1 Differenze concettuali tra unità e unicità della giurisdizione	61
--	----

2 La giurisdizione amministrativa al centro del dibattito	67
--	-----------

2.1 La giustizia amministrativa in una prospettiva comparata	68
2.2 Il ruolo costituzionale della giustizia amministrativa in Italia	69

2.3	Prospettive storiche del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo	71
2.4	Il Concordato Romano-D'Amelio	73
3	Il dibattito in Assemblea costituente	74
3.1	La tesi dell'unicità della giurisdizione	75
3.2	La tesi della pluralità delle giurisdizioni	79
3.3	La soluzione "mediana" dell'Assemblea costituente	81
3.3.1	L'equiparazione degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi nell'architettura costituzionale	82
4	La doppia anima del Consiglio di Stato: fondamenti e perplessità	83
4.1	Le garanzie di autonomia e indipendenza del Consiglio di Stato nell'ordinamento sovranazionale	86
5	La Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione	88
5.1	Il tentativo della Cassazione di ampliare il proprio sindacato	92

CAP. III

IL RICORSO IN CASSAZIONE AVVERSO LE SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO PER "MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE"

95

1	Il ricorso in cassazione avverso le "sentenze" del Consiglio di Stato: profili processuali	95
1.1	La sospensione del giudizio	96
1.2	Il provvedimento impugnato	98
1.2.1	Casi dubbi: i provvedimenti cautelari e interlocutori	99
1.2.2	La definizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	101
1.2.3	Sentenze non definitive e sentenze parzialmente definitive	109
1.2.4	La sentenza dell'Adunanza Plenaria che afferma il principio di diritto senza definire il giudizio	114
1.2.5	La sentenza del Consiglio di Stato che afferma la giurisdizione amministrativa, negata in primo grado dal TAR	118
1.2.6	Le sentenze del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana	122
1.3	L'instaurazione del giudizio e l'atto introduttivo	130
2	I motivi inerenti alla giurisdizione alla luce dell'art. 111, comma 8, Cost.: premesse generali.	133
3	Il difetto relativo di giurisdizione	137
3.1.1	Il giudicato implicito o esplicito sulla giurisdizione	140
3.1.2	Il regolamento preventivo di giurisdizione	148
3.2	Il sindacato sull'interpretazione delle norme processuali in tema di deducibilità o rilievo officioso del difetto di giurisdizione	149
4	Il difetto assoluto di giurisdizione	155
5	L'erronea composizione del collegio giudicante	159

CAP. IV

ECESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE E DINIEGO DI GIURISDIZIONE 169

1	Gli altri figli di Echidna: i limiti interni ed esterni alla giurisdizione	169
2	La nozione evolutiva di motivi di giurisdizione	173
2.1	La violazione dei principi del giusto processo e dell'effettività della tutela	174
2.2	La violazione dell'"essenza stessa della giurisdizione"	177
2.3	La violazione del diritto europeo	180
3	Le origini del diniego di giurisdizione e la pregiudizialità amministrativa	182
4	L'anabasis compiuta da Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226	186
5	L'arresto della Corte Costituzionale: la sentenza n. 6 del 2018.	188
5.1	Il caso dei medici a gettone: le sentenze Mottola e Staibano	188
5.2	(segue) La revocazione per contrasto con il diritto CEDU	190
5.3	(segue) Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione	192
5.4	(segue) La decisione della Corte Costituzionale	193
6	L'eccesso di potere giurisdizionale: nozioni introduttive	196
7	L'eccesso di potere per invasione della sfera riservata al legislatore	198
7.1	La creazione di norme	199
7.2	La disapplicazione della legge	201
7.3	Il problema della non applicazione della legge contrastante con il diritto eurounitario e dell'omesso incidente di costituzionalità	204
8	L'eccesso di potere per invasione della sfera riservata all'amministrazione	206
8.1	Sindacato di merito e giurisdizione di legittimità	207
8.2	Distinzione tra accertamento pieno del fatto e valutazione sull'opportunità della scelta: il progressivo assottigliamento del confine tra legittimità e merito	210
8.3	La discrezionalità tecnica e l'ampiezza del sindacato giurisdizionale	217
8.3.1	Il sindacato di <i>full jurisdiction</i>	223
8.4	La casistica giurisprudenziale delle Sezioni Unite in tema di sindacato sul merito e sulla discrezionalità	228
8.4.1	Le valutazioni delle Commissioni d'esame nei pubblici concorsi	231
8.4.2	Gli atti delle Autorità amministrative indipendenti	233
8.4.3	L'esclusione dalle gare di appalto per " <i>deficit di fiducia</i> "	239
8.4.4	Gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura	242
8.5	Il giudizio di ottemperanza	251
8.5.1	Ottemperanza "ora per allora" ed esercizio di poteri preclusi alla stessa amministrazione	255
8.5.2	L'ottemperanza ai giudicati del giudice ordinario	258
9	Gli atti non giustiziabili: l'atto politico	260
10	I provvedimenti "abnormi" e gli altri aspetti problematici	263
10.1	Lo sviamento di potere giurisdizionale	264
10.2	Motivazione assente o apparente	269

10.3	Omessa pronuncia	272
10.4	Sentenza di ottemperanza contrastante con il giudicato	274
10.5	Omesso rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	277
10.6	Omesso rinvio all'Adunanza Plenaria	282
11 Il volto gianoario dell'eccesso di potere giurisdizionale: questione di giurisdizione o conflitto tra poteri dello Stato?		288
12	L'eccesso di potere della Corte di Cassazione: <i>quis custodet ipsos custodes?</i>	290
12.1	Le sentenze della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato oggetto del conflitto di attribuzioni: problematiche e discipline a confronto	294
12.2	La lotta tra Orazi e Curiazi: il conflitto tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato	301
CONCLUSIONI		308
BIBLIOGRAFIA		314

Introduzione

Il percorso di studio e di ricerca effettuato nel corso del Dottorato in *Pluralismi Giuridici - Prospettive antiche e attuali* si è concentrato sui temi della giustizia amministrativa e, in particolare, sui rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

In particolare, l'attenzione si è focalizzata sul ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, oggetto della presente tesi.

Si tratta di uno degli argomenti più problematici del diritto processuale amministrativo, che risente di notevoli e animose contrapposizioni tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Nonostante la problematica sia annosa, l'interesse per tale ambito di ricerca, negli ultimi anni, è stato rivitalizzato da importanti pronunce sia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sia della Corte Costituzionale, oltre che da una crescente attenzione della dottrina.

La ragione di tante incertezze sull'istituto processuale in oggetto – che, in ultima istanza, diventa il baricentro di una più generale riflessione sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa nell'architettura costituzionale – è dovuta ad una formulazione generica dell'art. 111, comma 8, Cost..

Tale norma, infatti, consente l'impugnazione in cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”.

Si tratta di una dicitura oltremodo vaga, a tratti nebbiosa, che, rappresentando un concetto giuridico indeterminato, necessita di essere riempita di significato da parte degli interpreti.

Da queste riflessioni muove i passi la ricerca svolta.

Nel I capitolo si analizzeranno i tratti essenziali dei rapporti tra giudice amministrativo e giudice ordinario in una prospettiva storica e comparata, soprattutto in relazione all'ordinamento francese.

Lo studio partirà dall'*Ancien Régime* in cui il monarca rappresentava sia il vertice dell'Amministrazione che della Giustizia, per poi illustrare il cambio radicale di paradigma che la teoria della tripartizione dei poteri, condizionando le idee rivoluzionarie, ha apportato all'Europa continentale.

Dopo aver indagato i rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato nell'esperienza francese, si illustrerà il sistema dei conflitti e la nascita del *Tribunal de Cassation*, nonché l'influenza sul sistema politico-giurisdizionale dell'Italia pre-unitaria.

Infine si cercherà di tratteggiare l'origine dei conflitti di attribuzione e il giudizio di Cassazione nell'esperienza italiana.

Con riferimento all'ordinamento italiano dopo l'Unità d'Italia, la ricerca muoverà i passi dalla celebre legge sui conflitti del 1877 sino all'avvento della Costituzione repubblicana.

Nel II capitolo la ricerca avrà ad oggetto i rapporti tra giudice amministrativo e giudice ordinario per come delineati nella Costituzione e il ruolo della Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione.

In particolare l'attenzione si focalizzerà sul dibattito svolto in seno all'Assemblea costituente (ma ancora mai del tutto sopito) tra monismo e pluralismo giudiziario e sulle differenze concettuali tra unità e unicità della giurisdizione.

Verrà quindi prospettato il ruolo costituzionale della giustizia amministrativa in Italia, anche in raffronto con gli altri ordinamenti europei.

La riflessione su questi temi si impone con tutta evidenza per comprendere l'attuale ruolo della Corte di Cassazione come Corte regolatrice della giurisdizione.

In conclusione l'analisi porterà a soffermarci sul tentativo della Cassazione, da alcuni paventato, di aumentare la portata del proprio sindacato sulle decisioni dei giudici "speciali".

Il III capitolo verrà dedicato agli aspetti più propriamente processuali del ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione.

Oltre alle problematiche afferenti la sospensione del giudizio e l'instaurazione dello stesso, centrale sarà la riflessione sulle tipologie di provvedimenti impugnabili.

A tal proposito verranno illustrati alcuni casi che si ritengono dubbi, avanzando alcune possibili soluzioni interpretative. Si tratta dei provvedimenti cautelari e interlocutori, delle decisioni rese in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, delle sentenze non definitive e parzialmente definitive, delle sentenze del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

Infine le riflessioni si incentreranno sul significato di motivi inerenti alla giurisdizione, così come delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Si affronterà, quindi, il tema del difetto relativo e del difetto assoluto di giurisdizione, nonché quello dell'erronea composizione del collegio giudicante.

Nel IV capitolo, in conclusione, la ricerca svolta si soffermerà sulle due tipologie più controverse di motivi inerenti alla giurisdizione, ossia eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione.

Con riferimento a tali istituti si lambiranno diverse tematiche, partendo soprattutto dalla casistica giurisprudenziale che ha interessato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Si tratta dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale (UE e CEDU); del giudizio di ottemperanza; del sindacato sugli atti delle autorità amministrative indipendenti e sulla discrezionalità tecnica nonché sulle valutazioni tecniche opinabili (anche nella prospettiva della *full jurisdiction*); del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale; della pregiudiziale amministrativa; dei c.d. *errores in procedendo* e *in iudicando* esclusi dal sindacato della Corte di Cassazione.

Infine, si rifletterà sulle similitudini del ricorso in cassazione per eccesso di potere giurisdizionale rispetto al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sindacabile dalla Corte Costituzionale.

CAP. I.

I RAPPORTI TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIUDICE ORDINARIO: STORIA ED EVOLUZIONE

1 Profili di carattere storico sulla nascita del sistema di giustizia amministrativa in Italia e in Francia

Per comprendere la portata ed i limiti dell'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato *per motivi inerenti alla giurisdizione* è necessario, se non indispensabile, procedere ad un'analisi storica del sistema di giustizia amministrativa in Italia.

Com'è stato opportunamente rilevato dalla dottrina, infatti, tale peculiare impugnazione affonda le proprie radici all'origine del contenzioso amministrativo.¹

Non è agevole, però, dare una definizione esaustiva di “giustizia amministrativa”.

Data l'eterogeneità dei rimedi, anche profondamente diversi nei vari ordinamenti occidentali (basti confrontare i sistemi di *common law* con quelli *a droit administratif*), è solamente possibile tracciare, in via generale e onnicomprensiva, i suoi tratti essenziali.

Essi coincidono, in via di prima approssimazione, con il controllo giurisdizionale (*rectius* giustiziale) dell'azione amministrativa, diretto ad assicurare al privato una tutela nei confronti del potere esecutivo.

¹ Così M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 3, la quale richiama gli studi di P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990.

Quel che è certo è che la giustizia amministrativa è il frutto di un'evoluzione storica, di stratificazioni ideologiche e filosofiche che, nei singoli territori, hanno plasmato lo Stato ed il suo rapporto con i consociati.

Esemplare rimane la sinossi storica di Sabino Cassese, secondo cui il diritto privato è nato quando la società ha iniziato a raggiungere un certo grado di stabilità, il diritto costituzionale si è sviluppato quando il governo di una collettività ha raggiunto un certo grado di complessità, mentre il diritto amministrativo si è affermato solo nella fase matura dello Stato, quando, cioè, questo ha iniziato ad articolarsi in strutture esecutive, regolative ed erogative.²

1.1 La giustizia amministrativa nell'Ancien Régime

Il diritto amministrativo e la giustizia amministrativa sono figli dello Stato moderno e, in particolare, dell'assetto politico-istituzionale che è nato in Europa dopo la rivoluzione francese del 1789.³

Prima di allora, durante l'*Ancien Régime*, i tre poteri principali (legislativo, esecutivo e giudiziario) erano accentrati nelle mani del sovrano, che li esercitava per mezzo dei suoi funzionari.

² S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 4. Si ricordi in proposito anche la fortunata definizione di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, III ed., 14, secondo cui il diritto amministrativo "è il diritto dello Stato".

³ Sulla genesi del diritto amministrativo si v. le opere fondamentali di C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, 1897, 1088 ss..

Essendo il sovrano *legibus solutus*, i suoi atti, di regola, non potevano essere sottoposti al sindacato di un giudice da parte dei sudditi che, pertanto, erano privi di qualsiasi tutela nei confronti del potere pubblico.⁴

In verità, in Francia, anche in epoca pre-rivoluzionaria, oltre alla giurisdizione ordinaria esercitata dai *prévôtes*, dai *bailliages*, e dai *Parlements*, nacquero alcuni organi, come la *Chambre des Comptes* e gli *Intendants*, istituiti per risolvere alcune controversie che vedevano interessata l'amministrazione. Ma essi erano pur sempre espressione del potere regio.⁵

Con il passaggio dal sistema feudale all'assolutismo monarchico – che raggiunse la sua acme sotto Luigi XIV – la figura del sovrano si elevò da *primus inter pares* (rispetto agli altri signori feudali) a tributario di un potere totale e illimitato, di investitura divina, tale da giustificare l'accentramento di tutti i poteri dello Stato.⁶

Anzi, la figura del sovrano e quella dello Stato coincidevano, come evoca la celebre espressione “*l'État c'est moi*” che, attribuita a Luigi XIV, esprime, efficacemente, la forte idea accentratrice del potere che caratterizzò quella fase storico-politica in Francia e, più in generale, in Europa.

⁴ Per una ricostruzione storica si v. altresì A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in ID (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 2013, 1 ss.; J. L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Parigi, 1985; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Parigi, 1995; L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.

⁵ Durante l'*Ancien Régime*, la giustizia veniva erogata da vari organi (*prévôtés*, *bailliages*, *Parlements*, etc.) in nome del sovrano, come se fosse stata loro delegata da quest'ultimo. Per tale ragione, tuttora, si parla di *justice déléguée*.

Si distinguevano le giurisdizioni inferiori (*prévôtés* e *bailliages*), da quelle “sovrane”, quali i *Parlements* e i *Conseils provinciaux*.

In particolare, i *Parlements* erano tredici ed erano al vertice della giustizia civile e penale, con competenza a giudicare gli appelli nei confronti delle pronunce degli organi inferiori, ma anche in unico grado in una serie di casi peculiari. Per una ricostruzione più approfondita della giurisdizione nell'*Ancien Régime* si v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma, 2009, 11 ss.

⁶ Si v. L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino, 2015, 6.

La *voluntas principis* rappresentava la vera fonte del diritto, che doveva essere applicata in nome del re da giudici scelti da quest'ultimo.

Il giudice, dunque, era un semplice funzionario deputato ad applicare la legge per come essa proveniva dal sovrano, senza poter apportare alcun contributo interpretativo personale.

Come correttamente è stato evidenziato, erano gli albori del positivismo giuridico e dell'idea di "certezza del diritto", per cui le decisioni del giudice avrebbero dovuto essere prevedibili, in quanto, per ogni controversia, vi sarebbe stata un'unica soluzione possibile.⁷

Fu in questo contesto che Luigi XIV, nel 1667, adottò il primo codice di procedura civile *ante litteram*, ossia il c.d. *code Luis (Ordonnance civile del 1667)*, in cui si affermava solennemente la soggezione dei giudici soltanto alla legge.⁸

Tale principio – che ancora oggi troviamo negli ordinamenti occidentali (si ricordi l'art. 101, comma 1, Cost.) per sancire l'indipendenza del potere giudiziario – all'epoca assumeva tutt'altre sfumature, volendo significare la sudditanza del giudice rispetto alla volontà del sovrano.

Nell'*Ordonnance civile*, conseguentemente, venne fatto divieto ai giudici di interpretare la legge. Questi, infatti, in caso di incertezze, avrebbero dovuto rivolgersi al re per conoscerne l'esatto significato.

⁷ Così L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, cit., 6.

⁸ Per un'analisi dell'*Ordonnance* del 1667 si rimanda a D. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, II, Parigi, 1769; N. PICARDI, *Code Louis, I, Ordonnance Civile (1667)*, In N. PICCARDI e A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 1996; M. A. RODIER, *Questions sur l'ordonnance de Luis XIV, du mois d'avril 1667*, Tolosa, 1777.

1.2 *La tripartizione dei poteri e la sua influenza sulle idee rivoluzionarie*

Fu soprattutto grazie all'elaborazione di Montesquieu⁹ che, alla fine del XVIII secolo, si diffuse capillarmente nel Vecchio Continente l'idea della separazione dei poteri, ossia la tesi per cui i tre poteri fondamentali di uno Stato dovessero essere affidati a soggetti diversi, per far sì che “*il potere arresti il potere*”, scongiurando il pericolo di abusi e soprusi che compromettessero la libertà.¹⁰

Celebre la sua frase “*una sovranità indivisibile e illimitata è sempre tirannica*”.¹¹

Nonostante, come è stato opportunamente rilevato, il principio di divisione dei poteri, di per sé stesso, non conduca necessariamente all'esistenza del diritto amministrativo¹², esso, tuttavia, richiede inevitabilmente che il potere esecutivo sia subordinato alla legge, per l'osservanza della quale vengono istituiti i giudici.

L'applicazione di tale insegnamento durante la rivoluzione francese, tuttavia, quanto al potere giudiziario, non si discostò significativamente dall'*Ancien Régime*, né ebbe notevoli effetti garantistici, posto che la principale preoccupazione dei

⁹ C. DE SECONDAT, barone di Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, traduzione italiana a cura di S. COTTA, Torino, 1952.

¹⁰ La teorizzazione della tripartizione dei poteri è stata poi ulteriormente affrontata dagli studiosi dei vari campi del sapere umanistico. Emblematica fu la ricostruzione di I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, trad. italiana a cura di G. VIDARI, *Metafisica dei costumi*, 2009, secondo cui “*ogni Stato contiene in sé tre poteri, vale a dire l'unità della volontà generale si decompone in tre persone (trias politica): il potere sovrano (la sovranità), che risiede nella persona del legislatore; il potere esecutivo nella persona che governa (conformemente alle leggi); e il potere giudiziario (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice*”. Brano riportato in F. CATTANEO, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Torino, 2013, 38, alla cui opera si rimanda per ulteriori approfondimenti sui profili filosofici.

¹¹ C. DE SECONDAT, *op. ult. cit.*.

¹² Di tale avviso è M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 2, 192 ss., precedentemente in *Studi Sassaresi*, 1940, XVIII. Secondo l'Autore, il fatto che la divisione dei poteri presupponga la difesa giurisdizionale contro le lesioni dei diritti e degli interessi degli amministrati compiute dall'amministrazione, comunque non comporta come conseguenza inevitabile la nascita di un diritto amministrativo, in quanto l'attività amministrativa potrebbe ben esplicarsi attraverso atti di diritto comune e la difesa sarebbe identica a quella che si avrebbe ove la lesione provenisse da un soggetto privato.

rivoluzionari fu (ancora) quella di limitare il potere dei tribunali per preservare le prerogative del potere esecutivo.

Anzi, il diritto amministrativo si sviluppò, in una prima fase, proprio come diritto speciale del potere esecutivo.

Sicché, *“il principio della divisione dei poteri si affermò come strumento di difesa delle autorità amministrative, oltre che dei cittadini, contro le usurpazioni del potere giudiziario, e non già come garanzia dell’indipendenza di quest’ultimo”*.¹³

Non è secondario ai nostri fini accennare sin d’ora che l’Assemblea costituente rivoluzionaria, per garantire il rispetto del principio di separazione dei poteri, qualificò l’*excès de pouvoir* del giudice come delitto (*forfaiture*, o delitto di fellonia), e, pertanto, come diretta violazione della Costituzione.¹⁴

Sarà solo in un momento successivo, con il diffondersi delle idee liberali, che il diritto amministrativo assunse connotati di garanzia dei consociati nei confronti dell’amministrazione.

Un decisivo passo in avanti per l’affermazione dell’odierno sistema di giustizia amministrativa lo si ebbe in epoca napoleonica con la Costituzione del 22 frimaio

¹³ Così F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 2, 250, che ricorda altresì come, per evitare usurpazioni da parte del potere giudiziario, già nel periodo del c.d. *droit intermédiaire*, nella legge del 16-24 agosto 1790 sull’organizzazione giudiziaria si prevedeva *“Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l’exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l’exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture”*.

¹⁴ In tal senso ancora F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 252 ss., e la bibliografia ivi menzionata.

dell'anno VIII (13 dicembre 1799)¹⁵, a partire dalla quale si attribuì al *Conseil d'Etat* una competenza generale in materia di atti amministrativi.¹⁶

Le sue pronunce, tuttavia, non erano immediatamente efficaci dovendo comunque essere confermate dal Capo dello Stato.

1.3 *La giustizia amministrativa nell'Italia pre-unitaria*

Il sistema napoleonico si riverberò in Italia, con la diffusione di un sistema di giustizia amministrativa di stampo francese.¹⁷

Con il decreto del 9 maggio 1805¹⁸, infatti, anche nel regno d'Italia venne istituito un Consiglio di Stato, la cui organizzazione fu disciplinata con il Terzo statuto costituzionale del 5 giugno 1805¹⁹.

Con il decreto dell'8 giugno 1805 venne regolamentato il c.d. contenzioso amministrativo, con i Consigli di prefettura come organi di primo grado e il Consiglio di Stato con la funzione di organo di appello.

¹⁵ L'art. 52 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII recitava “*Sotto la direzione dei consoli, un Consiglio di Stato è incaricato di redigere i progetti di legge e i regolamenti d'amministrazione pubblica, e di risolvere le difficoltà che insorgono in materia amministrativa*”. La Costituzione dell'anno VIII è stato il substrato su cui è sorta la legge sull'organizzazione amministrativa del 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800) che, ad avviso di S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1837, 20 segna “*la data di nascita del diritto amministrativo*”. Di tale avviso anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1958, 41. Una ricostruzione più composita sulla nascita del diritto amministrativo è stata data da M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, XVIII, e, poi, da E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 2, 155 ss., in cui il collegamento con la rivoluzione francese permane, ma si inserisce in un più ampio contesto storico-evolutivo.

¹⁶ Così A. SANDULLI, *La storia e i principi*, cit., 3.

¹⁷ Una breve premessa storica: fu con la seconda campagna d'Italia, e in particolare a partire dalla celebre battaglia di Marengo del 14 giugno del 1800, che Napoleone iniziò a consolidare il suo potere sulla Penisola. Tale potere lo mantenne fino al 1814.

¹⁸ Decreto 9 maggio 1805 “*Decreto col quale viene formato un Consiglio di Stato*”, in *Bollettino delle leggi del Regno d'Italia. Parte prima. Dal 1 gennaio al 30 giugno 1805*, Milano, 1805.

¹⁹ Terzo statuto costituzionale, in *Bollettino delle leggi del Regno d'Italia. Parte prima. Dal 1 gennaio al 30 giugno 1805*, Milano, 1805.

Caduto nel 1814 l'impero napoleonico, crollò con esso il sistema di giustizia amministrativa fino ad allora in vigore.

Nel periodo della Restaurazione, infatti, i singoli Stati procedettero in modo eterogeneo: nel Granducato di Toscana si continuò, seppur con alcune eccezioni, con il sistema di giurisdizione unica, affermatosi già nel 1774, in cui spettava ai magistrati ordinari conoscere delle controversie contro la pubblica amministrazione; gli Stati soggetti alla dominazione austriaca abolirono il sistema del contenzioso e l'amministrazione attiva tornò ad essere giudice delle controversie che la riguardavano²⁰; in una direzione opposta si mossero invece il Regno delle Due Sicilie²¹ e il Ducato di Parma e Piacenza in cui il sistema del contenzioso permase.²²

1.3.1 La giustizia amministrativa nel regno sabaudo

Nel Regno di Sardegna, dopo un iniziale periodo di incertezza, con le regie patenti del 25 agosto e del 31 dicembre del 1842, poi modificate dal regio editto del 29 ottobre 1847, si istituì il sistema del contenzioso amministrativo.²³

²⁰ Il Consiglio di Stato venne dichiarato cessato con il proclama del Commissario plenipotenziario austriaco conte di Bellegarde del 25 maggio 1814,

²¹ Per uno studio sulla giustizia amministrativa nel Regno delle Due Sicilie si v. O. ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Napoli 1997; A. ANGIULI, *Specialità e "giusto processo" nel contenzioso amministrativo del Regno delle due Sicilie. Una premessa per lo studio del sistema attuale della giustizia amministrativa*, in *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, 27 ss..

²² Per uno studio sulla giustizia amministrativa nel Ducato di Parma si v. F. MERUSI, G. C. SPATTINI e E. FREGOSO, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia: giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, 2013.

²³ Per una compiuta analisi della giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna si rinvia ad A. TRAVI, *Le origini del nostro sistema di giustizia amministrativa*, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019, 13 ss..

Tale sistema prevedeva una divisione tra controversie riservate all'amministrazione, per cui non era ammessa alcuna tutela giurisdizionale, e controversie di "amministrazione contenziosa", affidate in primo grado ai c.d. Consigli di intendenza e, in secondo grado, alla Camera dei Conti.²⁴

Nel frattempo, con l'editto del 18 agosto 1831 (c.d. editto di Racconigi), re Carlo Alberto, salito al trono pochi mesi prima e mosso da intenti riformatori, istituì nuovamente nel Regno di Sardegna il Consiglio di Stato al fine di "*favoreggiare il pronto incremento del pubblico bene*".²⁵

Il neonato istituto si articolava in tre Sezioni (competenti rispettivamente di: Interno, Giustizia, grazia e affari ecclesiastici e Finanze) con funzioni essenzialmente consultive per coadiuvare il re nello svolgimento delle funzioni politiche.²⁶

²⁴ Sul punto A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2019, 14.

²⁵ Sull'istituzione del Consiglio di Stato e la sua evoluzione storica si rimanda alle opere di P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990; L. AMMANATI, *Il Consiglio di Stato e la lenta definizione della sua identità. Le trasformazioni della funzione consultiva nelle aspettative e nella prassi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1993, 379 ss.; F. ASTONE, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. BARBAGALLO, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, 113 ss.; S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, *Gior. dir. amm.*, 2011, V, 547 ss.; G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 21; G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1955; ID., *Consiglio di Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 294 ss.; G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, in *Atti del convegno celebrativo del centocinquantesimo anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 63 ss.; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato come giudice e amministratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 105 ss.; G. S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del convegno celebrativo*, cit., 21 ss.; A. QUARTULLI, *L'istituzione della IV Sezione, tra ragioni pratiche e ideologiche*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, I, 77 ss.; A. C. JEMOLO, *Il Consiglio di Stato tra il 1848 e il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 440 ss.; F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, 29 ss.;

²⁶ Si v. M. TORSELLO, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, che evidenzia come, con l'istituzione del Consiglio di Stato (che forse sarebbe stato più corretto definire "Consiglio del re"), si creava una sorta di "monarchia consultiva" secondo un modello che si contrapponeva alla "monarchia costituzionale" della Francia e dell'Inghilterra dell'epoca.

Successivamente, con lo Statuto Albertino del 1848 e, quindi, con l'affermarsi di una monarchia costituzionale che vide necessariamente ridotti i poteri del re, il ruolo del Consiglio di Stato andò indebolendosi.

L'Istituto, tuttavia, per merito dell'alta qualità dei propri componenti, non scomparve e, anzi, con la riforma Rattazzi sul contenzioso amministrativo del 1859²⁷, si palesò un'occasione di riforma trasformandolo da organo consultivo del re a organo consultivo del Governo, di carattere eminentemente tecnico.

Con la riforma del contenzioso amministrativo, il Consiglio di Stato, oltre a quelle consultive, assunse in più anche funzioni giurisdizionali, oltre che di giudice di appello del contenzioso amministrativo.

Vennero previsti, infatti, due ordini di giudici: i giudici ordinari del contenzioso amministrativo e i giudici speciali del contenzioso amministrativo.

Ai primi era attribuita la funzione di risolvere le controversie che vedevano coinvolta la pubblica amministrazione. Essi erano: i Consigli di Governo (che andavano a prendere il posto dei Consigli di Intendenza come giudici di primo grado) e il Consiglio di Stato in sede di appello (che sostituiva la Camera dei conti).

Ai secondi, invece, veniva affidata una competenza settoriale, riguardante speciali materie appositamente elencate.

Tra questi giudici speciali del contenzioso amministrativo è utile in questa sede ricordare, in particolare, il Consiglio di Stato (e, più nel dettaglio, la III Sezione) che, in prima e ultima istanza, avrebbe conosciuto di particolari materie, come l'interpretazione dei contratti di prestito tra lo Stato e i suoi creditori, gli affari

²⁷ Ci si riferisce alle quattro leggi (nn. 3705, 3706, 3707, 3708) emanate dal governo Rattazzi il 30 ottobre 1859.

ecclesiastici, la liquidazione delle pensioni statali, le controversie su miniere, cave, etc..

Sicché, con la riforma del contenzioso amministrativo²⁸, al giudice ordinario vennero affiancati i giudici del contenzioso amministrativo, competenti anche a conoscere di controversie riguardanti diritti, inclusi quelli di carattere patrimoniale (come nel caso delle procedure di appalto o in tema di pensioni).

1.4 La giustizia amministrativa dopo l'Unità d'Italia

Con l'unità d'Italia nel 1861 si rese necessario attuare una necessaria *reductio ad unum*, ovverosia ordinare i molteplici ed eterogenei sistemi presenti negli Stati pre-unitari, in particolar modo l'assetto amministrativo e del contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione.

Fu così che Giovanni Lanza, all'epoca nel ruolo di Ministro dell'Interno, presentò al Parlamento la proposta di approvare alcuni provvedimenti per l'unificazione amministrativa del Regno.

Nacque così la legge 20 marzo 1865, n. 2248 con il titolo “*Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*”.

È fin troppo noto il contenuto di tale legge. Basti pertanto ricordare che – nonostante all'Allegato E si decise di abolire il sistema del contenzioso amministrativo, eliminando i rispettivi tribunali per affidarne le funzioni al giudice

²⁸ La riforma della giustizia del 1859 si preoccupò anche di elencare quali fossero i giudici ordinari. Il decreto 13 novembre 1859, n. 3784, all'art. 1, recitava “*La Giustizia, nelle materie non attribuite a giurisdizioni speciali, è amministrata: Da giudici di Mandamento e di Polizia; Da Tribunali di Circondario; Da Corti d'Appello; Da Corti di Assise; Da una Corte di Cassazione*”.

ordinario²⁹³⁰ – si mantenne immutata la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.³¹

Sicché, diversamente da quanto comunemente si afferma, nemmeno con la legge abolitiva del contenzioso (o l.a.c.) si ebbe nel nostro ordinamento un sistema di giurisdizione unica, giacché permasero considerevoli materie affidate alle giurisdizioni speciali.

Uno dei compiti affidati dall'art. 10 dell'Allegato D alla *giurisdizione propria* del Consiglio di Stato fu quello di pronunciarsi sui conflitti che fossero sorti tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria, ossia sui c.d. *conflitti di attribuzione*. Si trattava di una soluzione di compromesso, in cui si cercava di scongiurare tanto la prevalenza del potere amministrativo sul potere giudiziario (secondo il modello della legge sabauda del 1859), quanto la supremazia del potere giudiziario sul potere esecutivo (così come, invece, prevedeva la Costituzione belga).³²

Tale Allegato, peraltro, confermava la possibilità di esperire in ogni caso il ricorso straordinario al re, il quale veniva deciso su parere del Consiglio di Stato.

²⁹ L'art. 1 della legge prevedeva “*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*”. All'art. 2, invece, si affermava che “*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di 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*”.

³⁰ Nodale la riflessione di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 808, secondo cui la legge abolitiva del contenzioso “*che sembra a noi il principio del riconoscimento della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione [...] fu, al contrario, la riaffermazione della indipendenza dell'amministrazione di fronte al giudice*”.

³¹ L'art. 12 della statuitiva “*Colla presente legge non viene fatta innovazione né alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, né alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo*”.

³² F. ASTONE, *La giustizia amministrativa*, cit., 11.

2 *Le conflit d'attribution e il Tribunal des Conflits*

L'istituto dei conflitti di attribuzione nasce nell'esperienza francese come *actio finium regundorum* per regolare i rapporti tra autorità amministrativa e giudice ordinario e, pertanto, per sottrarre all'autorità giudiziaria la cognizione di determinate controversie.³³

Nasce, cioè, in buona sostanza, per limitare il potere giurisdizionale dinnanzi al potere esecutivo.³⁴

Già a partire dal periodo rivoluzionario (legge del 7-14 ottobre 1790), con l'intento di assicurare il rispetto del principio della separazione dei poteri, si avvertì l'esigenza di regolare i *conflits d'attribution*, ossia di porre rimedio alle eventuali intromissioni (c.d. sconfinamenti) dei giudici in affari riservati ai *corps administratif*.

Le prime embrionali forme di risoluzione del conflitto tra giudici e amministrazione contenziosa o attiva si possono perfino rintracciare in epoca monarchica e, come è facile intuire, esse spettavano al sovrano (che provvedeva tramite il suo *Conseil du Roi*).

Successivamente, tale prerogativa passò al Ministro della giustizia, che la esercitava sentito il Direttorio. Questo sistema, tuttavia, rendeva il Ministro giudice dei propri atti o, comunque, giudice degli atti dell'esecutivo di cui faceva parte.

³³ Si v. V. E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, 1895-1898, VIII, II, 896 ss.

³⁴ In tal senso G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Dei conflitti di attribuzione. Trattato teorico-pratico*, Firenze, 1873, 11.

Solo a partire dal 1800, con la Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII, tale competenza venne conferita al *Conseil d'Etat*.³⁵

Successivamente, a seguito delle sempre crescenti perplessità sull'opportunità di affidare una così delicata funzione ad un Istituto chiaramente espressione del potere esecutivo, nel maggio del 1872, il compito di risolvere i conflitti tra l'*ordre judiciaire* e l'*ordre administratif* venne attribuito ad un apposito *Tribunal des Conflits* a composizione mista con un pari numero di membri del *Conseil d'État* e della *Cour de Cassation* e presieduto dal Ministro della giustizia (che aveva il ruolo di *juge départiteur* in caso di parità).³⁶

Solo nel 2015, con la legge 16 febbraio 2015, n. 2015-177, la presidenza del Ministro è stata soppressa, per attribuirla ad uno dei componenti togati. In tal modo si è eliminato qualsiasi residuo di supremazia del potere esecutivo su quello giudiziario.

2.1 *I rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato nell'esperienza francese. La nascita del Tribunal de Cassation*

Come si è avuto modo di constatare, la disciplina dei conflitti tra giudici e amministrazione mirava ad evitare, in primo luogo, lo sconfinamento dei giudici nella sfera di attribuzioni riservata al potere esecutivo.

³⁵ P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016, 53 ss..

La Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII, all'art. 52, statuiva “*Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*”.

³⁶ Bisogna specificare che il *Tribunal des Conflits* venne inizialmente istituito con la Costituzione del 1848, salvo poi essere soppresso nel 1952.

Si v. sull'argomento V. WRIGHT, *La Réorganisation du Conseil d'Etat en 1872*, in *Études et documents du Conseil d'Etat*, 1972, 25, 21.

Tuttavia, la portata del sindacato dei giudici sulle attività dell'amministrazione non si può comprendere appieno se non si volge lo sguardo al periodo pre-rivoluzionario e al ruolo che il giudice ricopriva all'epoca.

Come si è già avuto modo di accennare, durante l'età dell'assolutismo monarchico, al giudice – considerato un mero applicatore della legge che promanava dal sovrano – era fermamente vietato esorbitare dalle competenze a lui attribuite.

Ove lo avesse fatto, oltre a risponderne personalmente, avrebbe potuto vedere impugnata la propria sentenza con lo scopo di farne dichiarare la nullità.

L'ordinamento, oltre all'impugnazione, conosceva un altro rimedio, da esperire in qualunque fase processuale finché non fosse stata pronunciata una sentenza definitiva: l'*évocation* dinnanzi al *Conseil du Roi*.³⁷

Il *Conseil du Roi*, e, in particolare, quella sua componente che era il *Conseil des parties*³⁸, aveva importanti funzioni di controllo e di revisione delle decisioni dei vari giudici, tra cui quella di annullare (*casser*), in nome del sovrano, le decisioni dei vari *Parlements*.³⁹

La cassazione degli *arrêt* non era, pertanto, un atto di giurisdizione, bensì del potere esecutivo esercitato dal monarca (per mezzo dei suoi organi) in qualità di sovrano. Inizialmente l'esercizio di tale prerogativa avveniva d'ufficio ("*du propre mouvement du Roi*"), poi diventò perfino un mezzo di tutela dello *ius litigatoris*,

³⁷ P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 48.

³⁸ Come riportato da P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VI 2019, 332, il *Conseil du Roi*, a partire dal 1578, si divise in due sezioni. La prima, il *Conseil d'État*, competente per gli affari politici, e la seconda, il *Conseil des parties*, per gli affari giudiziari. Il *Conseil des parties* aveva, in particolare, il compito di pronunciarsi su *demande en cassation* che le parti proponevano avverso le sentenze dei giudici che erano contrarie alle ordinanze regie. Con il tempo vennero creati altre sezioni del Consiglio del re, ma il *Conseil des parties* rimase fino al periodo rivoluzionario

³⁹ Questo era un potere riservato al sovrano a partire dall'ordinanza de Blois del 1579.

attraverso una domanda, c.d. *demande en cassation*, avanzata dalle parti private proprio per provocare l'annullamento delle sentenze emesse dei giudici.⁴⁰

Tanto era avvertita l'esigenza di contenere i poteri del giudice che la stessa *Ordonnance* del 1667 prevedeva un particolare procedimento, la *prise à partie*, volto a sanzionare direttamente il giudice che pronunciava fuori dai casi affidati a quella che oggi chiameremmo la sua "competenza per materia".

Come si è già avuto modo di accennare, anche in epoca rivoluzionaria si volle fortemente limitare il ruolo del giudice – che doveva essere *bouche de la loi*⁴¹ – e che, pertanto, non avrebbe potuto, tramite operazioni interpretative, oltrepassare le proprie competenze, né nei confronti degli altri giudici, né tantomeno nei riguardi del potere legislativo ed esecutivo.

Tale idea fu fortemente sostenuta dai giacobini durante le sedute dell'Assemblea costituente.

Esemplificative furono le parole di Maximilien Robespierre nella seduta dell'Assemblea costituente del 10 novembre 1790, secondo cui la parola *jurisprudence des tribunaux* avrebbe dovuto essere espunta dai vocabolari, giacché le pronunce dei giudici non avrebbero dovuto essere "*autre chose que la loi*".⁴²

In aggiunta, per evitare operazioni interpretativo-creative da parte del giudice, l'art. 12 della legge 16 agosto 1790 impose a quest'ultimo, in caso di dubbi circa il

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Torino, 1920, 311 ss..

⁴¹ Celebre espressione di C. DE SECONDAT, barone di Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit.. L'idea del giudice assoggettato alla legge, senza alcuna possibilità di interpretarla, si deve anche all'influsso delle teorie di J. J. ROUSSEAU, *Du contract social*, Ginevra, 1762. In base a tali teorie, la sovranità non è altro che "l'esercizio della volontà generale" e la massima espressione di tale volontà comune è la legge. Essa, secondo le teorie illuministiche, era espressione di scelte razionali, e, pertanto, avrebbe dovuto solamente essere applicata tramite un procedimento logico-deduttivo, non essendo consentite operazioni manipolativo-interpretative.

⁴² *États généraux, Du 23 octobre au 26 novembre 1790*, in *Archives parlementaires*, XX, Parigi, 1867.

significato o la portata delle espressioni contenute nei testi legislativi, di sospendere il giudizio per chiedere, tramite il meccanismo del *référé législatif*, un'interpretazione autentica del Parlamento.⁴³

Insomma, si cercarono di eliminare a monte le possibili ingerenze del potere giudiziario nei confronti degli altri poteri dello Stato.

Sicché, così come il re in precedenza, tramite il *Conseil des parties*, aveva tutelato le prerogative del potere esecutivo contro le decisioni dei *Parlements*, così l'Assemblea rivoluzionaria diede vita, nel novembre del 1790, al *Tribunal de Cassation*, con la funzione di controllare e sanzionare i giudici che avessero oltrepassato i propri poteri.⁴⁴

Si badi bene: il *Tribunal de Cassation*, in origine, non nacque come espressione del potere giudiziario, bensì come organo connesso al potere legislativo (l'art. 20 della Costituzione del 1791 lo definiva "*auprès du Corps Législatif*") finalizzato ad assicurare l'esatta osservanza della legge da parte dei giudici.⁴⁵

⁴³ L'istituto del *référé législatif* nacque già durante l'*Ancien Régime*, in particolare venne posto al centro dell'*Ordonnance civile* del 1667 con l'intento di limitare il potere dei *Parlements*, i quali – con il pretesto di poter emanare i c.d. *arrêts de règlement*, ossia provvedimenti giurisdizionali cui però era riconosciuta efficacia normativa *erga omnes* – nella sostanza emanavano vere e proprie leggi obbligatorie, sebbene pronunciate in occasione di una lite. Per un'ampia ricostruzione del *référé législatif* si v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Divieto di "interpretatio" e "référé législatif" nei "cahiers de doléances" del 1789*, in O. CONDORELLI (a cura di), *Panta rei, Studi dedicati a Manlio Bellomo*, 2004, vol. I, 101 ss., e la bibliografia ivi richiamata.

Merita di essere evidenziato, inoltre, che un antecedente storico del *référé législatif*, con uno sguardo ampiamente retrospettivo, lo si può rintracciare perfino in un istituto del diritto romano quale la *relatio ad principem* (sul tema E. TÄUBLER, *Relatio ad principem*, Klio, XVII, 1921, *passim*).

⁴⁴ Per una compiuta disamina della genesi e dell'evoluzione storica della Corte di Cassazione non si può non fare riferimento all'opera monumentale di P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., In tema si v. altresì P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 57 ss.; M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 3 ss.

⁴⁵ Per L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789*, in *Revue d'économie politique*, 1893, 592, "*Le Tribunal de cassation est sous la surveillance immédiate du Corps Législatif*".

Così lo intese Robespierre che, nella seduta del 25 maggio 1790, qualificò il *Tribunal de Cassation* come organo “*établi dans le sein du corps législatif*” al fine evitare la “*rébellion contre la volonté générale*”.⁴⁶

Data la sua natura politica, si discusse a lungo sull’opportunità di denominarlo *Tribunal*.

Jean Baptiste Charles Chabroux suggerì di battezzarlo “*inspecteurs de justice*” o “*Conseil national pour la conservation des lois*”.⁴⁷

Alla fine si scelse di mantenere la denominazione di *Tribunal de Cassation*, con la funzione di annullare ogni sentenza che presentasse “*contravention express eau texte de la loi*”.

2.2 *L’excès de pouvoir e l’incompétence*

Con la Costituzione del 3 settembre 1791, all’art. 27, Titolo III, Capitolo V, venne statuito che “*Il Ministro della giustizia denunzierà al Tribunale di Cassazione tramite il commissario del re, e senza pregiudizio del diritto delle parti interessate, gli atti per cui i giudici avrebbero oltrepassato i limiti del loro potere (ndr., nel testo originale: excédé les bornes de leur pouvoir). Il Tribunale li annullerà; e se essi danno luogo alla prevaricazione, il fatto sarà denunziato al Corpo Legislativo che pronunzierà il decreto d’accusa, se vi è luogo, e rinverrà gli imputati davanti all’Alta corte nazionale*”.

⁴⁶ Si v. la ricostruzione di F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1139.

⁴⁷ F. CORDERO, *op. ult. cit.*, 1139.

Per comprendere meglio la suddetta disposizione è utile precisare che il Tribunale di Cassazione, data la sua estraneità al potere giudiziario⁴⁸, poteva solo annullare le sentenze, senza potersi pronunciare in alcun modo sulla causa tanto in punto di fatto quanto in punto di diritto.

La disposizione, inoltre, oltre per il suo indubbio contributo giuridico-ricostruttivo, va altresì ricordata perché, come è stato opportunamente notato da attenta dottrina, si tratta del primo testo accreditato in cui si trova l'espressione *excès de pouvoir*.⁴⁹ L'espressione *excès de pouvoir* verrà poi ripresa con la legge del 27 ventoso anno VIII, in cui, all'art. 80, si sanzionavano tutti gli atti "*par lesquels les juges auront excédé leurs pouvoirs*". Si trattava, cioè, di una forma di ricorso più orientata a presidiare il c.d. interesse della legge che quello delle parti di un giudizio.

Il termine *excès*, infatti, come diretto derivato del termine latino *excessus*, richiama immediatamente alla mente un contesto in cui si travalicano dei limiti previamente stabiliti. Se poi lo si affianca al termine potere (*pouvoir*), allora si deduce che si tratti di una situazione in cui l'atto espressione di quel potere è viziato non avendo rispettato un parametro normativamente predeterminato, o con riferimento ai presupposti per il suo esercizio o con riguardo alle modalità attuative.

Da quanto considerato è facile dedurre, pertanto, che il ricorso per *cassation* non aveva come finalità ultima quella di tutelare le posizioni giuridiche dei singoli,

⁴⁸ La tesi della natura non giurisdizionale del *Tribunal de Cassation* fu sostenuta con decisione da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 497, che ne metteva in risalto la sua funzione "*di censura, di controllo, di polizia sul potere giudiziario*". Contra S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962, 176 s. e F. MAZZARELLA, *Passato e presente della Cassazione*, *Riv. trim., dir. e proc. civ.*, 1972, 99, secondo i quali nonostante nell'animo dei rivoluzionari l'istituzione del *Tribunal de Cassation* fu dettata dalla volontà di limitare e controllare il potere dei giudici, non si poteva negare la sua natura giurisdizionale in quanto operava con modalità proprie dei giudici. Per un'analisi comparativa delle due posizioni si v. M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 4 ss.

⁴⁹ P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 58.

bensì quella di presidiare il diritto obiettivo e, nel caso di eccesso di potere, dichiarare la nullità assoluta (“*nullité radicale*”) della sentenza.⁵⁰

Si ricordi a tal proposito la ben nota frase di Joly de Fleury “*la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables*”.⁵¹

Ma il vizio di eccesso di potere non era l'unico a cui conseguivano tali effetti. Ad esso – che si aveva allorché il giudice avesse adottato decisioni a lui vietate – se ne affiancava un altro vizio, comportante la cassazione della sentenza: l'*incompétence*. Questa tipologia di vizio si distingueva dall'eccesso di potere in quanto affliggeva la decisione del giudice qualora questi si fosse pronunciato fuori dai casi consentiti, cioè fuori dalle proprie competenze.⁵²

Non mancò, tuttavia, chi accostò i due vizi ritenendoli speculari ed equivalenti.

Così Henrion de Pansy che affermò “*tout excès de pouvoir est une incompetence, comme toute incompetence renferme un excès de pouvoir: la raison en est que, dans l'un comme dans l'autre cas, le juge franchit le cercle de ses attributions*”.⁵³

2.3 *La Cour de Cassation*

Il ruolo del *Tribunal de Cassation* mutò in epoca napoleonica, nel periodo delle codificazioni. Infatti, a seguito della diseconomicità dello strumento del *référé*

⁵⁰ P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Parigi, 1828, 223.

⁵¹ Frase riportata da P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cit., 415.

⁵² Per la distinzione tra eccesso di potere e incompetenza nella Francia rivoluzionaria si v. l'opera più volte citata di P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 43 ss.

⁵³ P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, cit., II, 441, citato in P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 77.

legislatif, che causava intollerabili lungaggini processuali, il *Code Napoléon*, per la prima volta, ammise l'interpretazione della legge da parte di giudici.

A questo punto, il problema che si pose non fu quello di evitare le attività esegetiche dei giudici, ma quello di assicurare l'uniforme interpretazione della legge. Tale funzione si decise di attribuirle al *Tribunal de Cassation*, il quale, dal 1803, assunse la denominazione di *Cour de Cassation*⁵⁴, divenendo un vero e proprio organo del potere giudiziario.⁵⁵

Da questo momento in poi, data la mutata natura, la *Cour de Cassation* non si occupò solamente di garantire l'esatta interpretazione della legge e, quindi di censurare la sua violazione, ma anche quello di annullare le sentenze che della legge ne facessero una falsa applicazione (*fausse application de la loi*).⁵⁶

In questo contesto, se durante l'*Ancien Régime* e in epoca rivoluzionario la *demande en cassation* rappresentava, in primo luogo, una denuncia contro l'*excès de pouvoir* del giudice; in epoca napoleonica il ricorso in Cassazione assumeva i connotati di un'autentica impugnazione dinnanzi ad un organo posto all'apice del potere giudiziario.

3 *L'origine dei conflitti di attribuzione e il giudizio di Cassazione nell'esperienza italiana*

⁵⁴ All'art. 136 del Senatoconsulto del 28 floreale dell'anno XII (18 maggio 1803) stabilisce "Il Tribunale di Cassazione prende il nome di Corte di cassazione".

⁵⁵ L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, cit., 19.

⁵⁶ L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, cit., 20.

In Italia, dopo essersi proceduto all'abolizione del contenzioso amministrativo, con una soluzione singolare, la risoluzione dei conflitti venne attribuita al Consiglio di Stato, ossia ad un organo espressione del potere esecutivo.⁵⁷

Spettava al Consiglio di Stato, perciò, delimitare il potere del giudice ordinario e, quindi, stabilire se un atto o un comportamento della pubblica amministrazione fosse da quest'ultimo sindacabile.

Si era di fronte ad una sorta di cortocircuito giuridico e istituzionale perché, se da un lato la legge del 1865 sottraeva al Consiglio di Stato la cognizione delle controversie che interessassero la pubblica amministrazione, dall'altro attribuiva al medesimo Consiglio di Stato la decisione, in ordine ad una singola controversia, sulla sussistenza o meno del potere giurisdizionale del giudice ordinario.

In altre parole, era il Consiglio di Stato a decidere, in ultima istanza, se nei confronti del potere esecutivo fosse il giudice ordinario o la stessa pubblica amministrazione in sede amministrativa a dover fornire tutela.

Tale funzione, in realtà, era già stata affidata al Consiglio di Stato sin dal momento della sua istituzione.

Infatti, l'art. 23 dell'Editto di Racconigi contemplava tra le competenze del Consiglio di Stato quella di pronunciarsi attraverso pareri sui *“conflitti di giurisdizione giudiziaria e di amministrazione, sempre quando non vi avrà provveduto qualche legge speciale”*.

⁵⁷ Non pochi commentatori hanno segnalato l'anomalia di tale scelta del legislatore. Tra tutti si ricordi V. E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, cit., 897, che la definì *“mostruosità giuridica”*.

Ma fu solamente con il regio editto del 29 ottobre del 1847 e, poi, con la legge 20 novembre 1859, n. 3780, “*Legge sui conflitti di giurisdizione*”, che nel Regno di Sardegna si disciplinarono più compiutamente i conflitti di attribuzione.

L’art. 1 di quest’ultima legge, accennando una prima definizione, statuiva che “*vi è conflitto quando l’Autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell’Autorità amministrativa, o quando un Tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo*”.

La legge divideva i conflitti in *positivi* (quando due autorità di ordine diverso si ritenevano entrambe competenti) e *negativi* (quando, al contrario, ciascuna di esse negava la propria competenza).

I primi si verificavano allorché dinnanzi ad un tribunale ordinario vertesse una causa riservata alla cognizione dei tribunali del contenzioso amministrativo⁵⁸, oppure quando vi fosse uno sconfinamento da parte del giudice ordinario o del Tribunale del contenzioso amministrativo nel campo di esclusiva competenza dell’amministrazione.

Tra i conflitti negativi, invece, erano ricompresi tanto i casi in cui un Tribunale ordinario ed un Tribunale del contenzioso amministrativo si dichiarassero rispettivamente incompetenti a conoscere di una stessa controversia, quanto quelli in cui l’autorità giudiziaria e l’autorità amministrativa affermassero la propria incompetenza a deliberare su un ricorso.

La legge, nel caso di conflitti positivi, attribuiva al rappresentante del potere esecutivo, cioè al Governatore (che, successivamente, sarebbe stato il Prefetto), la

⁵⁸ Lo sconfinamento da parte del Tribunale del contenzioso nella sfera riservata al giudice ordinario non venne neppure contemplata dal legislatore, come fa notare L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V ed., I, Milano. 1923, 166.

facoltà di intervenire in giudizio per chiedere la sospensione del procedimento e la rimessione della causa al tribunale del contenzioso amministrativo, o la dichiarazione di incompetenza nel caso in cui la competenza si fosse ritenuta dell'autorità amministrativa.

Laddove, dopo tale richiesta, il giudice non avesse fatto luogo all'istanza (o nel caso in cui la decisione di accoglimento dell'istanza fosse stata appellata) allora il Governatore avrebbe potuto, con suo decreto, sollevare il conflitto.

I conflitti negativi tra tribunale ordinario e tribunale del contenzioso o tra autorità giudiziaria e amministrazione, invece, avrebbero dovuto essere sollevati dalla “*parte più diligente*” dinnanzi al Ministero dell'Interno, e la competenza sarebbe stata determinata per decreto reale a norma dell'art. 17 della Legge 30 ottobre 1859, n. 3707.

Il sistema dei conflitti, per come delineato dalla legge del 1859, era, come si è potuto notare, uno strumento finalizzato non tanto alla verifica della giurisdizione, bensì ad ostacolare la possibile intromissione dell'autorità giudiziaria negli affari riservati alla pubblica amministrazione e, quindi, nelle sue scelte discrezionali.

Alla luce del sistema fino ad allora affermatosi, non deve dunque stupire che il legislatore del 1865 abbia deciso di dare continuità alla tradizione e mantenere in capo al Consiglio di Stato, e dunque all'amministrazione, la funzione di regolare i conflitti.

Infatti, dinnanzi ad un atto o comportamento della pubblica amministrazione, spettava al Consiglio di Stato sia qualificare la situazione giuridica del privato sia

stabilire se la sua tutela spettasse all'autorità giudiziaria ordinaria o al giudice amministrativo nell'ambito del ricorso straordinario al re.⁵⁹

Siffatta attribuzione, tuttavia, destò non poche insoddisfazioni, sia al momento dell'approvazione della legge, ma soprattutto nel corso della sua applicazione.⁶⁰

I giudici del Consiglio di Stato, per di più, operavano un'interpretazione molto rigorosa di ciò che doveva considerarsi “*diritto civile o politico*”, la cui tutela spettava al giudice ordinario. Peraltro, i giudici di Palazzo Spada, qualificavano sovente *iure imperii* gli atti impugnati, riservandoli così alla competenza dell'amministrazione.⁶¹

Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato soleva affermare che quando una controversia riguardasse provvedimenti amministrativi e, in particolare, quelli discrezionali, allora essa non avrebbe potuto ledere diritti soggettivi, essendo peraltro esclusa dall'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.⁶²

Inoltre, tale sistema si prestava anche a strumentalizzazioni indebite, consentendo alla pubblica amministrazione di ottenere, *ad libitum*, la sospensione del processo.

Lo dimostrerebbero le statistiche: tra il 1865 e il 1877, furono sollevati ben 500 conflitti (con una media di 42 conflitti l'anno, rispetto a quella francese di 8), di cui, peraltro, 305 vennero decisi in favore dell'amministrazione, rilevando l'insussistenza di un diritto civile o politico.⁶³

⁵⁹ M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 23 s..

⁶⁰ In particolare si ricordi la forte voce critica di G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871-1873, *passim*, secondo cui fu proprio il ruolo attribuito al Consiglio di Stato, e la sua giurisprudenza sui conflitti, la principale causa del fallimento della riforma del 1865

⁶¹ M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 25.

⁶² F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011, 6.

⁶³ Analisi statistica riportata da G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, III, Firenze, 1878, 240 ss. Si v., inoltre, G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 11; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 97 s..

3.1 *La legge 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti*

Preso atto dell'anomalia del sistema, nonché delle numerose critiche di matrice liberale che vi si rivolgevano, nel 1877, il legislatore approvò una nuova legge, intitolata "*Norme sui conflitti di attribuzione*" che – se si esclude la legge abolitiva del contenzioso – rappresenta, a tutt'oggi, la prima vera trasformazione del sistema di giustizia amministrativa italiano.

Per "conflitti di attribuzione", secondo una nota definizione di Santi Romano, s'intendevano quei conflitti "*che insorgono fra tribunali ordinari da un lato e le autorità dell'amministrazione attiva dall'altro*".⁶⁴

In passato, invece, si trovava più frequentemente l'espressione "conflitti di giurisdizione" (v. legge sarda del 20 novembre 1959)⁶⁵; locuzione poi utilizzata esclusivamente per indicare i conflitti tra due organi investiti di funzioni giurisdizionali.

Stranamente, la legge 31 marzo 1877, n. 3761 (detta anche legge Mancini-Peruzzi, dal nome dei rispettivi proponenti), malgrado la sua intitolazione, nel corpo dell'articolato, non menzionava mai espressamente i conflitti di attribuzioni, in nessuno dei suoi articoli.

Questo, ad avviso di alcuni attenti osservatori, fu dovuto ad un compromesso politico tra coloro che sostenevano che l'istituto del conflitto fosse una necessaria garanzia delle istituzioni e coloro che, al contrario, ritenevano logicamente

⁶⁴ S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., III, 1180.

⁶⁵ La legge sarda del 20 novembre 1959 ("*Norme da adottarsi nei vari conflitti di giurisdizione*"), all'art. 1 recitava "*Vi è conflitto, quando l'autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'autorità amministrativa, o quando un tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai tribunali del contenzioso amministrativo*".

erroneo configurare un conflitto tra la giurisdizione ordinaria e l'amministrazione attiva.⁶⁶

In base a quest'ultima ricostruzione, in un ordinamento che sottopone gli atti amministrativi al sindacato dell'autorità giudiziaria, non potrebbe mai parlarsi di conflitto tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa in quanto, i rispettivi compiti, non sono sovrapponibili: ove il giudice si sostituisca all'amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale lì vi sarebbe difetto (assoluto) di giurisdizione, ma non conflitto di attribuzione giacché la controversia riguarda, più semplicemente, i limiti all'esercizio del potere giurisdizionale, e non la rivendicazione del medesimo potere da parte di entrambi.⁶⁷

Venendo al contenuto della legge, essa, al suo primo articolo, attribuiva due strumenti alla pubblica amministrazione per eccepire l'incompetenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

La prima facoltà, definita "ordinaria", era una semplice eccezione processuale che consentiva all'amministrazione – parte di un giudizio o che avesse diritto ad intervenire – di opporre, in qualunque fase del processo, l'incompetenza dell'autorità giudiziaria.

Il secondo rimedio, invece, era il c.d. mezzo straordinario, ossia lo strumento di avvio del vero e proprio conflitto.⁶⁸

⁶⁶ Così S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 1180.

⁶⁷ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 1192 s..

⁶⁸ In realtà, tale strumento non mirava alla risoluzione di un autentico conflitto, bensì alla declaratoria di incompetenza del giudice ordinario. Per S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 1193, posto che si decise di non definirlo conflitto di attribuzioni – non essendo logicamente coerente qualificarlo in tal modo – si scelse l'espressione "*mezzo straordinario*": denominazione, di per sé, a detta dell'Autore, ambigua e insignificante.

Ove l'amministrazione fosse stata parte del giudizio, il mezzo straordinario avrebbe potuto essere esperito finché la causa non fosse stata definitivamente decisa in primo grado.

Al contrario, nel caso in cui l'amministrazione fosse rimasta estranea al giudizio (ad esempio nel caso in cui la controversia, pur svolgendosi tra privati, comportasse una valutazione circa la legittimità di un provvedimento amministrativo), allora avrebbe potuto sollevare il conflitto in ogni stato della causa, quand'anche decisa definitivamente in primo grado.

L'unico limite era rappresentato dall'avvenuto passaggio in giudicato di una precedente dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria: quest'ultima, infatti, avrebbe potuto pronunciarsi prima che venisse sollevato il conflitto ove fosse stata eccepita in giudizio la sua incompetenza.

L'art. 2 della legge, sul modello francese, individuava nel Prefetto l'autorità amministrativa incaricata a sollevare il conflitto. Questa scelta del legislatore fu dovuta verosimilmente alla presenza territoriale del Prefetto, in grado, quindi, di avere "*pronta e sicura conoscenza dell'opportunità di elevare il conflitto*"; sicché, trattandosi di competenza attribuita per legge, sarebbe stato privo di effetti un conflitto sollevato da un organo gerarchicamente inferiore al Prefetto, o superiore ad esso (come nel caso del Ministro).⁶⁹

È bene notare come, nonostante le critiche al sistema precedente, il legislatore abbia deciso di mantenere, come conseguenza del conflitto, la sospensione del processo *a quo*. In questo modo l'apparato amministrativo permaneva *dominus* della prosecuzione del procedimento dinnanzi al giudice ordinario.

⁶⁹ V. E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, cit., 899, a cui si rimanda per una compiuta analisi della legge.

Ma la vera novità della legge del 1877 fu quella di sottrarre al Consiglio di Stato la competenza a risolvere i conflitti di attribuzione, per attribuirli alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione romana.⁷⁰

3.1.1 *La nascita della Corte di Cassazione e le sue funzioni*

Nell'Italia preunitaria, sulle orme dell'esperienza francese, per assicurare *“l'uniforme applicazione della legge”*, Carlo Alberto, con l'editto del 30 ottobre 1847, n. 638, istituì a Torino la Corte di Cassazione.⁷¹

Il neonato organo, composto in due sezioni (dette “classi”) avrebbe avuto il compito di *“annullare i giudicati in ultima istanza che contenessero una manifesta violazione di legge”* e, tra l'altro, di risolvere, a classi riunite, i conflitti di giurisdizione.⁷²

⁷⁰ Favorevoli all'attribuzione della competenza in parola alle Sezioni Unite erano P. C. BOGGIO, *Riforma del Consiglio di Stato*, in *Riv. amm. del Regno*, 1853, 190 poiché era richiesta *“una cognizione profonda del diritto e delle teoriche del procedimento, che ha appunto il magistrato supremo”* e anche M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, 1, Torino, 1864, 304, ad avviso del quale *“per dirimere i conflitti fra tribunali ordinari e tribunali amministrativi, la competenza razionale apparterrebbe [...] alla Corte di Cassazione, quale rappresentante dirimpetto all'amministrazione, la suprema autorità giudiziaria”*. Entrambi gli Autori e le loro citazioni sono riportati in P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 95, nt. 62.

⁷¹ Con l'intento di rispettare il principio di separazione dei poteri, con il r.d. 27 ottobre 1859, si decise di trasferire la Corte di Cassazione in una città diversa da quella in cui aveva sede il Governo. Fu così che la sua sede, a partire dal 1 maggio 1860, da Torino passò a Milano (città in cui permase fino a che, con la legge 18 dicembre 1864 non fu ritrasferita a Torino).

⁷² Anche in Italia la Corte di Cassazione nasce come conseguenza di quell'utopia legalistica di matrice illuministica secondo cui la legge, onnipotente ed autosufficiente, dovendo trovare esatta applicazione da parte dei giudici, necessità di una Corte che ne garantisca l'unica corretta interpretazione (*rectius* applicazione). Si v. in tal senso S. SATTA, op. ult. cit., 175 ss..

Una precisazione peraltro si impone: dopo l'Unità d'Italia si scelse di mantenere le Corti di Cassazione degli Stati preunitari, fu così che coesistero le Corti di Cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, alle quali venne aggiunta nel 1875 la Corte di Cassazione di Roma. Quest'ultima, a partire dal 1888 (l. 6 dicembre 1888), divenne l'unica nel territorio nazionale per i giudizi penali, e poi, con il r.d. 24 marzo 1923, n. 601, anche per quelli civili. Sull'unificazione della Cassazione si v. G. F. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, II ed., Torino, 2016, 23 ss.; M. PISANI, *La «unificazione» della Cassazione in materia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 6, 1338 ss..

In più, a norma degli artt. 14, 16 e 17, il legislatore scelse di attribuire alla Corte la funzione di cassare le sentenze dei giudici, ordinari o speciali, per “*incompetenza od eccesso di potere*”.

Successivamente, nell’ambito della riforma della giustizia avviata da Urbano Rattazzi, nel 1859, si adottò il nuovo codice di procedura civile che, con un’operazione di riordinamento del sistema processuale, all’art. 586 statuiva che poteva proporsi ricorso in cassazione avverso le sentenze pronunciate in ultima istanza in materia civile e commerciale, affette dai vizi di violazione o falsa applicazione della legge.

Andando più nel dettaglio, a norma dell’art. 588, la falsa applicazione della legge vi sarebbe stata ove una disposizione generale fosse stata applicata “*a caso sottratto per legge dal dominio di quella disposizione*” o quando si fosse applicata in via generale una disposizione speciale.

Per converso, il vizio di violazione di legge era possibile rinvenirlo in sei casi appositamente elencati, tra cui primeggiavano quelli di *incompetenza ed eccesso di potere*.⁷³

Iniziando dal primo vizio, il legislatore del 1859 definiva “incompetenza” quello che oggi definiremmo difetto di giurisdizione.

⁷³ In base all’art. 588 cod. proc. sard. 1859, oltre all’incompetenza e all’eccesso di potere, si aveva violazione di legge “3. *Quando la sentenza contiene una pronuncia contraria ad una disposizione espressa della legge; 4. Quando l’Autorità giudiziaria pronuncia sentenza sovra procedure nelle quali siano state violate od omesse forme prescritte dalla legge sotto pena di nullità, o quando l’Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza le ha violate od omesse, e contro le violazioni od omissioni da essa commesse non è dalla legge conceduta la dimanda di revocazione; 5. Quando vi ha contrarietà di giudicati proferiti tra le stesse parti e sovra gli stessi mezzi da Tribunali diversi. In questo caso il ricorso in cassazione è concesso solo contro la seconda sentenza come contraria alla cosa giudicata colla prima; 6. In tutti gli altri casi che sono specialmente determinati dalle leggi”.*

Il testo integrale dei Codici preunitari è consultabile presso la Biblioteca digitale dell’unificazione giuridica del Ministero della Giustizia in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_2.wp..

Con una definizione lapidaria, infatti, si statuiva che vi fosse incompetenza allorché un'autorità giudiziaria avesse pronunciato in causa la cui cognizione spettasse ad altra autorità giudiziaria.

In realtà, però, è bene precisare ulteriormente che in quegli anni i termini competenza e giurisdizione venivano utilizzati, alternativamente, con una certa disinvoltura, considerandoli pressoché sinonimi. Ciò era dovuto ad un'idea di base per cui tra le giurisdizioni vi fossero solamente differenti ambiti di intervento (competenze, appunto) *ratione materiae*.⁷⁴

L'eccesso di potere, invece, lo si rinveniva in due casi: quando l'autorità giudiziaria avesse conosciuto di una causa la cui cognizione non le fosse stata attribuita in via generale, oppure avesse emanato provvedimenti eccedenti le facoltà di cui era stata investita.

A seguito di tali definizioni, incompetenza ed eccesso di potere risultavano speculari: erano entrambe ipotesi di violazione di legge.

La situazione mutò con il primo codice di procedura civile dell'Italia unita (detto anche *codice Pisanelli*), adottato nel 1865, che, all'art. 517, disponeva che i motivi di ricorso in cassazione erano la violazione e la falsa applicazione della legge, senza menzionare più l'incompetenza o l'eccesso di potere. Il vizio di incompetenza, tuttavia, compariva al successivo art. 544 come motivo legittimante l'annullamento della sentenza.

In definitiva, quindi, scompariva dalla scena solamente il vizio di eccesso di potere.

Tuttavia, come è stato puntualmente osservato, ad una più attenta analisi, anche il

⁷⁴ Tale idea si protrasse fino alla metà del secolo XX, tanto che lo stesso F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, 38 s., sostenne che i rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali fossero questioni di competenza.

codice Pisanelli sembra aver preso in considerazione il vizio di eccesso di potere, seppur con una diversa terminologia.

Infatti, all'art. 544, comma 3, n. 1, si statuiva che si dovesse procedere alla cassazione della sentenza quando *“l'autorità giudiziaria non pote[ss]e pronunciare”*.⁷⁵ In questo caso la Cassazione cassava senza rinvio.

In conclusione bisogna precisare che nel codice di procedura del 1865, il ricorso in cassazione veniva tratteggiato come mezzo di impugnazione straordinario che, pertanto, presupponeva la formazione di un giudicato.⁷⁶ Fu solo a partire dal codice di procedura civile del 1940 che il ricorso in Cassazione divenne un mezzo di impugnazione ordinario.⁷⁷

3.2 L'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761

Procedendo ad un'analisi più dettagliata della legge 31 marzo 1877, n. 3761, merita di essere ricordato che, al n. 1 dell'art. 3 si precisava che la neoistituita Cassazione romana avrebbe avuto il compito di giudicare sulla competenza dell'autorità giudiziaria ogni qual volta la pubblica amministrazione adoperasse il mezzo straordinario.

Al n. 2, invece, le si attribuiva il compito di regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa nei casi di conflitto negativo.

⁷⁵ Si P. PATRITO, v. I «*motivi inerenti alla giurisdizione*», cit., 89.

⁷⁶ L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, cit., 24 s..

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 324 c.p.c. *“Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395”*.

Questa disposizione fu sicuramente un retaggio storico associato al passato sistema del contenzioso amministrativo, il quale, com'è noto, si affiancava al contenzioso ordinario.

Dopo l'abolizione del contenzioso amministrativo, tuttavia, fu alquanto improprio parlare di conflitto di competenza, posto che si trattava di autorità che esercitavano poteri dello Stato diversi e non sovrapponibili.

Un altro conflitto era quello preso a riferimento dall'art. 3 n. 3, in cui come accennato, si affidava alle Sezioni Unite la risoluzione dei conflitti di giurisdizione, positivi e negativi, tra i tribunali ordinari e speciali.⁷⁸

In realtà, si potrebbe opinare che, una volta aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, non vi sarebbe stata più alcuna possibilità di rinvenire conflitti di giurisdizione, in quanto tutte le situazioni giuridiche giustiziabili dovevano essere fatte valere dinnanzi al giudice ordinario.

Tuttavia, è bene ricordare che legge n. 2248 del 1865 aveva lasciato in piedi alcune residuali ipotesi di giurisdizione dei giudici speciali (v. *supra*).

Alle Sezioni Unite il n. 3 affidava anche una peculiare competenza, ossia quella di dichiarare la nullità delle sentenze emanate dalle giurisdizioni speciali “*per incompetenza od eccesso di potere*”.

⁷⁸ Secondo V. E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, cit., 897 (il quale riprende le riflessioni di G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni*, cit., 41, nella prospettiva della giustizia amministrativa, la definizione di conflitto dovrebbe stupire posto che, a partire dall'abolizione dei tribunali del contenzioso, si è continuato a chiamare “conflitti”, quelli che, in realtà, conflitti non erano in quanto si trattava solamente di regolare una questione di competenza.

3.2.1 *Incompetenza ed eccesso di potere giurisdizionale*

Come si può notare, il legislatore italiano, con la legge del 1877, ha ripreso, almeno nella terminologia, le espressioni contenute nella legislazione francese sul ricorso in Cassazione.

Molto si discusse sul significato di tali espressioni, tanto che si contrapposero due distinti orientamenti.

Da un lato vi erano coloro che, sulle orme dell'esperienza d'oltralpe, ritenevano che il giudice incorresse nel vizio di eccesso di potere laddove invadesse (c.d. *empiétement*) le attribuzioni del potere esecutivo o di quello legislativo. In particolare, secondo tale corrente di pensiero, l'eccesso di potere non era qualsiasi violazione di norme sostanziali o processuali, bensì il travalico dei recinti che delimitavano la giurisdizione e all'interno dei quali questa veniva distribuita tra più giudici.

In altre parole, l'eccesso di potere si poteva ravvisare solo allorché il giudice compisse atti che non fossero affatto espressione del potere giurisdizionale, travalicando i suoi poteri a danno del potere legislativo o esecutivo.⁷⁹

⁷⁹ In questo senso G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione*, cit., 224 ss.. Si v. anche A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 16 (e ripubblicato in *Foro amm.*, 9, 1989, 2563 ss.).

Il medesimo Autore rileva come G. D. ROMAGNOSI, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., V, Firenze, 1832, 113, distingue l'eccesso di potere (o incompetenza di attribuzione) dalla incompetenza di giurisdizione. La prima intercorreva "tra gerarchie diverse", la seconda "fra i gradi di una stessa gerarchia".

Su questa linea si collocava la giurisprudenza della Corte di Cassazione di Palermo nel 1839 e di quella di Torino (sentenza 2 gennaio 1866) secondo cui l'eccesso di potere si rinveniva ove il giudice che creasse una legge o invadesse la sfera del potere esecutivo, e non quello che invadesse la giurisdizione di un altro giudice, nel qual caso vi sarebbe stato il vizio di incompetenza.

Non avrebbero rappresentato eccesso di potere gli altri “titoli di nullità” come, ad esempio, la falsa interpretazione o la cattiva applicazione della legge, o l’inosservanza delle norme processuali.⁸⁰

Sulla base di tali considerazioni, vi sarebbe stata, invece, incompetenza ove il giudice avesse usurpato le attribuzioni di un’altra giurisdizione, giudicando, dunque, fuori dai casi o dalle materie a lui affidati.

Secondo la tesi opposta, invece la formula “eccesso di potere”, era tale da poter ricomprendere tutti i casi più gravi di degenerazione della funzione giurisdizionale, come il difetto assoluto di giurisdizione o la c.d. mancanza di forme essenziali.⁸¹

Nel solco di tali riflessioni si affermò che l’eccesso di potere fosse la risultante di un cattivo uso dei poteri conferiti per l’espletamento della funzione giurisdizionale. Ciò poteva avvenire allorché si fossero oltrepassati i limiti della funzione, o fossero mancati i presupposti giustificanti la pronuncia del giudice, oppure ancora, pur ricorrendo tali condizioni, il giudice avesse fatto un uso del suo potere in modo incoerente o contraddittorio.⁸²

⁸⁰ Così G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, II, Firenze, 1881, 645.

⁸¹ V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 802.

⁸² E. REDENTI, *Intorno al concetto di eccesso di potere*, in *Temi veneta*, 1908, ora in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 802.

3.3 *L'eccesso di potere e l'incompetenza dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*

Nonostante l'evidente portata innovativa del nuovo conflitto di giurisdizioni delineato dalla legge del 1877, non se ne fece un uso significativo, e la stessa dottrina se ne disinteressò in gran parte.

La situazione, tuttavia, mutò radicalmente una volta istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, denominata “*per la giustizia amministrativa*”, con la legge 31 marzo 1889, n. 5992.⁸³

Tale legge, all'art. 3, comma 1, per la tutela di “interessi individuali”, attribuiva alla IV Sezione del Consiglio di Stato il compito di annullare i provvedimenti amministrativi per eccesso di potere, incompetenza o violazione di legge, “*quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria*”.⁸⁴

Nonostante la legge non qualificò mai la IV Sezione come giudice né le sue decisioni come sentenze, sin dalla sua istituzione si discusse animosamente circa la sua natura.

⁸³ Sui lavori parlamentari che condussero all'approvazione della legge del 1889 si rimanda a V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 646 ss. il quale ricorda che la storia dei tentativi di riforma dell'ordinamento italiano creato con la legge del 1865 cominciarono subito dopo l'attuazione della medesima ma che, per varie vicissitudini politiche e parlamentari, solo nel 1889 si riuscì ad approvare una legge di riforma.

Merita di essere altresì ricordato che l'anno seguente, con la legge 1 maggio 1890, n. 6837, vennero istituite presso le Prefetture le Giunte provinciali amministrative per decidere le controversie riguardanti i provvedimenti delle amministrazioni locali. Le disposizioni sulla competenza giurisdizionale delle Giunte provinciali amministrative sono state dichiarate incostituzionali dalla Corte Costituzionale con la sentenza 9-20 aprile 1968, n. 33 per violazione dei principi di imparzialità e indipendenza dei giudici.

⁸⁴ Il testo completo del comma 1 dell'art. 3 è il seguente “*Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*”.

Se da un lato vi erano coloro che, anche valorizzando la relazione di accompagnamento della legge⁸⁵, lo ritenevano un organo appartenente al potere esecutivo e, perciò, capace di annullarne i provvedimenti, dall'altro vi era chi ne valorizzava il carattere sostanzialmente giurisdizionale.⁸⁶

La qualificazione in un senso o in un altro, come è facile intuire, non era priva di importanti rilievi pratici, tra cui la possibilità o meno del sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a norma dell'art. 3 n. 3 della legge del 1877.

Furono infatti proprio le Sezioni Unite che, per evitare che la IV Sezione sottraesse competenze al giudice ordinario, qualificarono quest'ultima come un giudice speciale, così da poterne annullare le decisioni per incompetenza o eccesso di potere.⁸⁷

La Cassazione romana, infatti, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite del 21 marzo 1893, n. 177, affermò costantemente che *“la IV Sezione del Consiglio di Stato è stata investita dalle leggi 31 marzo 1889 e 1 maggio 1890 di una vera e propria giurisdizione, la quale ha pure il carattere speciale di fronte a quelle*

⁸⁵ Tale relazione dichiarava che *“il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale od eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. Perciò, a differenza dell'antico contenzioso amministrativo, esclude ogni confusione di poteri costituzionali; ed i conflitti che possono nascere fra le autorità amministrative e la sezione del contenzioso sono e rimangono nella cerchia del potere esecutivo”*. Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 648.

⁸⁶ Sulla natura non giurisdizionale della IV Sezione si v. A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 205; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1912, 219 ss. Si v. altresì l'importante contributo di V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 1, 410 ss..

⁸⁷ Come ricordano M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 245, citando Giuseppe Saredo *“dal giorno in cui la IV sezione venne istituita «non venne inaugurato una volta l'anno giudiziario della Corte suprema senza che nell'orazione del Procuratore generale fosse fatta larga parte a una vera polemica con la sezione IV”*.

generiche assegnate all'autorità giudiziaria, donde l'ammissibilità del ricorso per incompetenza ed eccesso di potere anche contro le decisioni della IV Sezione".⁸⁸

Siffatta linea interpretativa sulla natura giurisdizionale della IV Sezione trovò poi un deciso ed esplicito consolidamento normativo con la legge 7 marzo 1907, n. 62, tacitando, così, qualsiasi residuo di disputa.

3.3.1 Il dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale

Una prima operazione chiarificatrice dei due concetti la fece la stessa Corte di Cassazione romana, la quale affermò che *“mentre l'incompetenza è violazione dei confini di giurisdizione fra diverse magistrature giudicanti, in materia suscettiva di giudizio, l'eccesso di potere è violazione dei confini di attribuzioni tra la magistratura giudicante (ordinaria o speciale che sia) e il potere esecutivo o legislativo”*.⁸⁹

Su queste direttrici si sviluppò anche il dibattito dottrinale.

Dopo la legge del 1889, se il vizio di incompetenza⁹⁰ non diede origine a significative dispute interpretative – riconducendosi, pressoché unanimemente da

⁸⁸ Cass., Sez. Un., 21 marzo 1893, n. 177, in *Foro it.*, I, 1893, 294 ss..

⁸⁹ Cass. Roma, 8 febbraio 1893, in *Giur. it.*, 1883, I, 3, 133, riportata da L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, II ed., I, Torino, 1897, 395, il quale cita anche il discorso inaugurale del procuratore generale AURITI pronunciato il 3 gennaio 1895, secondo cui *“Se nell'atto di autorità eccesso di potere è qualunque arbitrio, qualunque abuso di autorità con violazione di legge, nell'atto di giurisdizione eccesso di potere non è l'aver giudicato male, ma bensì l'aver giudicato incompetentemente, quando ciò sia non in materia deferita ad altra autorità giurisdizionale dello stesso ordine (incompetenza in senso proprio), ma in materia deferita ad autorità di ordine diverso, o sottratta a qualsiasi giurisdizione (eccesso di potere)”*.

⁹⁰ Sotto il profilo normativo l'art. 19 della legge n. 5992 del 1889 statuiva che *“L'incompetenza per ragione di materia può essere elevata in qualunque stadio della causa. Il Consiglio di Stato può elevarla d'ufficio”*, e poi proseguiva *“Nulla è innovato alla legge del 31 marzo 1877, n. 3761”*. La legge, pertanto, chiarendo che nessuna modifica era apportata al sistema dei conflitti, disponeva che l'eccezione di incompetenza poteva essere avanzata in qualunque momento del giudizio dalle parti o d'ufficio dal Consiglio di Stato. All'art. 20, invece, stabiliva che *“Sollevata dalle parti o di ufficio*

parte della giurisprudenza della Cassazione, all'ipotesi in cui un giudice speciale si fosse pronunciato in una controversia affidata al giudice ordinario o ad altra giurisdizione speciale, ossia quello che oggi chiameremmo *difetto relativo di giurisdizione* ⁹¹, si fece, invece, più dinamico e vivace il dibattito sulla nozione di eccesso di potere.⁹²

Non godette di molto credito la tesi per cui le differenze tra incompetenza ed eccesso di potere fossero talmente esigue da risultare poco utile distinguerli.

Una posizione intermedia, invece, fu assunta da Silvio Lessona, la cui opera monografica sull'eccesso di potere giurisdizionale rappresenta uno dei più preziosi contributi di inizio Novecento.

Questi muoveva i passi da una sostanziale equiparazione tra i due istituti, ritenendo che *“incompetenza ed eccesso di potere rappresentano due aspetti di un identico fenomeno che si manifesta attraverso due momenti successivi. Chi non può compiere se non una serie limitata di atti è incompetente per tutti gli altri non compresi nel limite; chi varcando il limite tali atti compie eccede dal proprio potere”*.⁹³

la incompetenza dell'autorità amministrativa, la sezione sospenderà ogni ulteriore decisione e rinvierà gli atti alla Corte di cassazione per decidere sulla competenza”.

⁹¹ Merita essere segnalata la ricostruzione di V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, 4, 29 s., secondo cui l'unica accezione di incompetenza a cui la legge si riferiva era quella del Consiglio di Stato (considerato ancora dalla legge come autorità amministrativa) nei confronti del giudice ordinario, sicché *“la legge del 1889 in altri termini considerando il Consiglio alla stregua di un'autorità amministrativa non prese dunque affatto in considerazione l'ipotesi di un conflitto tra IV Sezione ed altre autorità amministrative e tanto meno intese demandare la soluzione di un conflitto del genere alla Corte di Cassazione, che rimase dunque il giudice chiamato a garantire, come vertice dell'organizzazione giudiziaria, la tutelabilità della sfera dei diritti soggettivi dei privati nei confronti dell'autorità amministrativa”*.

⁹² In base alla ricostruzione di P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 110 ss., la dottrina di inizio Novecento può suddividersi in due gruppi: gli amministrativisti e i processualciviltisti, i quali, rispettivamente, sostenevano concezioni ristrette o più ampie di eccesso di potere.

⁹³ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, Torino, 1925, 41.

In base a tale ricostruzione, incompetenza ed eccesso di potere raffiguravano due facce della stessa medaglia. La prima descriveva una “*situazione negativo-potenziale del fenomeno*”, mentre l’eccesso di potere era l’aspetto positivo, ossia “*l’incompetenza che si traduce in atto*”.⁹⁴

Lessona, partendo da un’analisi storica, sosteneva che il legislatore del 1877 non fosse intenzionato ad abbandonare l’originario concetto di eccesso di potere preso a riferimento nella legislazione francese, ossia l’usurpazione delle attribuzioni costituzionali del potere legislativo o esecutivo.⁹⁵

In particolare, considerava come fondamentale contributo esegetico l’art. 15 della legge 25 maggio 1838, secondo cui “*le sentenze pronunciate dai giudici di pace potranno essere impugnate per mezzo del ricorso per cassazione solo per eccesso di potere*”.

La norma fu il frutto di un fertile dibattito parlamentare in occasione del quale Lessona ricorda le parole del guardasigilli Barthe, il quale, nella seduta della Camera dei Pari dell’8 maggio 1837, disse che l’”*eccesso di potere, distinguendolo dall’incompetenza, consiste non in atti coi quali il giudice di pace abbia compiuto una incursione nelle attribuzioni di un’altra giurisdizione, ma in atti coi quali egli abbia fatto ciò che non sarebbe permesso a nessun organo giurisdizionale, come, per es., se avesse disposto con un regolamento, fatto uno statuto di polizia, tassato*

⁹⁴ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere, cit.*, 41.

⁹⁵ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere, cit.*, 48-50. L’Autore valorizza il significato di eccesso di potere che diede nel tempo la legislazione francese. In particolare l’art. 77 della legge 27 ventoso dell’anno VIII che statuire “*Non è dato gravame per cassazione né contro le sentenze dei giudici di pace, se non a motivo d’incompetenza o di eccesso di potere, né contro le sentenze dei tribunali militari di terra e di mare se non, parimenti, per incompetenza od eccesso di potere*”, e l’art. 80, in base al quale “*Il Governo, per mezzo del suo commissario e senza pregiudizio delle parti interessate denuncerà al tribunale di cassazione gli atti coi quali i giudici avranno ecceduto dal loro potere*”. Speculari erano le previsioni contenute nel codice penale che sanzionavano per il delitto di fellonia i giudici che “*auraient excédé de leur pouvoir en s’immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives*”.

delle derrate, vietata l'esecuzione della legge, si fosse opposto ai provvedimenti persi dall'amministrazione. In queste circostanze, sempre rare, ma importanti, l'ordine generale è turbato".⁹⁶

Sicché, in definitiva, *"eccesso di potere è la usurpazione per parte di organi del potere giurisdizionale di attribuzioni proprie del potere esecutivo o legislativo (in contrapposto alla incompetenza che è usurpazione di attribuzioni affidate ad altri organi dello stesso potere giurisdizionale)"*.⁹⁷

Tuttavia, afferma Lessona, seppur l'originario intento del legislatore del 1877 fosse pienamente sintonico rispetto alla legislazione francese, lo sviluppo del concetto di eccesso di potere giurisdizionale (anche per i significati che, in parallelo, ha assunto il concetto di eccesso di potere nell'atto amministrativo), è andato anche a ricomprendere *"tutti quei vizi della sentenza, sieno essi di attività o di giudizio, i quali non rivestendo carattere specifico di violazione di legge e pur senza rappresentare una usurpazione del potere legislativo od amministrativo, costituiscono una degenerazione o deviazione così grave della funzione giurisdizionale da annullare praticamente le finalità che attraverso appunto l'esercizio della funzione giurisdizionale lo Stato si prefigge"*.⁹⁸

Sempre con riferimento al vizio di eccesso di potere giurisdizionale, uno dei padri del diritto pubblico italiano, Vittorio Emanuele Orlando, riprendendo la

⁹⁶ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere*, cit., 48. In definitiva, secondo Lessona (p. 49), *"l'eccesso di potere è la violazione appunto della legge costituzionale"* che disciplina la divisione dei poteri, sicché *"commette eccesso di potere quell'organo giurisdizionale che fa ciò che a nessun organo giurisdizionale è lecito fare"*.

⁹⁷ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere*, cit., 55.

⁹⁸ S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere*, cit., 56. È interessante notare come per l'Autore, tra i sintomi più importanti vi fossero il "travisamento dei fatti" (ad es. se, leggendo male un contratto, lo si ritenga già scaduto) o il "travisamento della legge" (il quale non è un'erronea interpretazione della legge, bensì una "arbitraria sostituzione della volontà del giudice a ciò che risulta dagli atti o dalla legge").

giurisprudenza della Cassazione di Francia riassunta da Laferrière⁹⁹ distinse tre casi in cui potesse ravvisarsi tale vizio: (i) usurpazione di un potere interdetto ad una autorità giudiziaria; (ii) usurpazione di un potere appartenente ad una autorità giudiziaria di natura diversa o di un ordine più elevato; (iii) violazione delle regole sostanziali che assicurino la validità dei giudizi.¹⁰⁰

Sulla base di tali considerazioni, Orlando sostenne che l'eccesso di potere non assumeva una connotazione propria e peculiare, ma, usando una celebre espressione di Mantellini, "*rincara sulla competenza*", ossia "*esce fuori da ogni limite che contiene la giurisdizione e dentro cui la si distribuisce fra più giudici*".¹⁰¹

In altri termini, secondo Orlando, l'eccesso di potere costituiva una manifestazione più grave del vizio di incompetenza o di violazione di forme essenziali, ciò che Laferrière chiamava "*les cas les plus caractérisées d'incompétence et de vice de forme*".

Su diversi binari interpretativi si collocava, invece, chi, come Santi Romano, intensificò i tentativi di riempire di contenuto quelle espressioni a prima vista decisamente indeterminate e generiche, valorizzandone le differenze.

Iniziando con il perimetrare la portata dei concetti, secondo Romano era da escludere che l'art. 3 n. 3 della legge del 1877, quando parlava di incompetenza, si riferisse a tipi di incompetenza diversi da quella per materia.¹⁰²

⁹⁹ E. L. J. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, VI, Parigi, 1888.

¹⁰⁰ V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., III, 801.

¹⁰¹ G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni*, cit., 224.

¹⁰² S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V. E. ORLANDO, *op. ult. cit.*, 1252, secondo cui ciò si deduce dal suo precedente storico, ossia l'art. 43 della legge sulla Corte dei Conti del 1862, a mente del quale le decisioni di quest'ultima potevano essere annullate dal Consiglio di Stato "*soltanto per motivi di eccesso di potere, o d'incompetenza per ragioni di materia*".

Per quel che riguarda l'eccesso di potere, invece, Romano esclude che a tale nozione possano essere ricondotte tanto la violazione di forme essenziali quanto lo sviamento.¹⁰³

Secondo Raggi, invece, vi sarebbe stato eccesso di potere tutte le volte in cui un giudice facesse un cattivo uso del potere; e ciò sarebbe potuto avvenire se vi fosse stata o inosservanza dei presupposti di fatto o di diritto, o vizi di forma, oppure scopi eccentrici rispetto a quelli che la legge assegnava.¹⁰⁴

Tra i processualcivili si fece largo la posizione di Enrico Redenti, il quale per definire l'eccesso di potere partiva da una preliminare distinzione tra funzione e potere di un organo, concetti, a suo dire, spesso sovrapposti o confusi.

La prima rappresentava il compito che un organo adempiva, il potere, invece, non era altro che un mezzo, un *instrumentum*, per conseguire quel fine.¹⁰⁵

Fatta questa necessaria premessa, Redenti considerava eccesso di potere l'“*uso dei poteri conferiti per una data funzione, fuori dai limiti della funzione stessa*”.¹⁰⁶

Su questa linea, un altro illustre processualcivile, Francesco Carnelutti, affermò che l'eccesso di potere giudiziario sorgesse ove un potere giudiziario fosse esercitato per una finalità non giudiziaria, cioè fosse indirizzato “*non*

¹⁰³ S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, cit., 1252.

¹⁰⁴ L. RAGGI, *A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 2, 550 ss..

¹⁰⁵ E. REDENTI, *Intorno al concetto di eccesso di potere*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 221 ss.

¹⁰⁶ E. REDENTI, *Intorno al concetto di eccesso di potere*, cit., 222, secondo cui “*I limiti che si possono per tal modo eccedere, sono di due ordini. L'uno riguarda i presupposti per l'esercizio effettivo della funzione e quindi per l'uso dei poteri (non è ammissibile l'uso dei poteri quando ne manchino i presupposti); l'altro riguarda il modo e la misura (verificandosi cioè i presupposti, l'uso dei poteri deve esser fatto in modo coerente e coordinato alla funzione)*”.

all'accertamento, ma alla costituzione del diritto obiettivo o all'esercizio del diritto subiettivo".¹⁰⁷

Secondo Carnelutti l'eccesso di potere altro non era che una violazione di legge, per cui il giudice, ogni qualvolta fosse caduto in un errore di diritto (o di giudizio) – non, quindi, errore di fatto – avrebbe inevitabilmente commesso un eccesso di potere, in quanto il potere esercitato fuoriusciva dai limiti che la legge gli assegnava.¹⁰⁸

Ciononostante, ad avviso di Carnelutti, se l'eccesso di potere era una forma di violazione di legge, non necessariamente valeva il contrario, cioè, non ogni violazione di legge rappresentava un caso di eccesso di potere.

Tale asserzione era pressoché imposta dalla stessa legge del 1877, che circoscriveva il ricorso in Cassazione contro le sentenze dei giudici speciali alle sole ipotesi di eccesso di potere (oltre che di incompetenza), e non a tutte le forme di violazione di legge.

In più, tirando le fila del discorso, secondo Carnelutti, si aveva eccesso di potere solo laddove il giudice violasse la legge *consapevolmente*, ossia, laddove, sviando dal proprio fine (*détournement de pouvoir*) – quello di applicare la legge – mirasse alla “creazione del diritto obiettivo o all'esercizio del diritto subiettivo”.

In altri termini è “*la direzione del giudizio [del giudice] che caratterizza l'eccesso di potere*”, non dunque il contenuto della decisione.¹⁰⁹

¹⁰⁷ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. trim., dir. e proc. civ.*, 1924, 33. Ad avviso dell'Autore “*In genere il giudice non può provvedere che secundum ius, cioè applicando le norme del diritto obiettivo; se decide diversamente usurpa un potere altrui, che può essere o il potere sovrano (legislativo) o il diritto subiettivo (in specie, potere discrezionale dell'amministrazione)*”.

¹⁰⁸ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, *cit.*, 42.

¹⁰⁹ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, *cit.*, 47.

Siffatta tesi, tuttavia, non andò esente da critiche, in particolare per aver incentrato la qualificazione del vizio sui propositi del giudice.

Solo attraverso un incerto processo alle intenzioni si sarebbe potuto comprendere se il giudice commise la violazione di legge per non aver inteso correttamente il suo significato o per uno spirito ribelle che lo portò a sostituire la propria volontà a quella del legislatore.¹¹⁰

La restante parte della dottrina processualcivilistica, come evidenziato, tendeva ad ampliare l'originario significato di eccesso di potere per fargli assumere un'accezione del tutto diversa: vi si ascrivevano tutte le ipotesi gravi di cattivo uso del potere giurisdizionale, indipendentemente dall'invasione della sfera degli altri due poteri dello Stato.¹¹¹

3.4 Dalla legge 7 marzo 1907, n. 62 al nuovo codice di procedura penale del 1930

Fino al 1907 la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato veniva solamente affermata in via dottrinarica oltre che dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione romana.

A partire da tale anno, invece, grazie all'intervento della legge 7 marzo 1907, n. 62, fu il legislatore a qualificare come tale la IV Sezione. A questa, peraltro, ne affiancò un'altra, la V, con funzioni giurisdizionali estese al merito¹¹².

¹¹⁰ Così M. D'AMELIO e A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 344 s.. Secondo gli Autori, la descrizione fornita da Carnelutti non si discosta molto dalla giustificazione storica dell'eccesso di potere, ossia limitare lo spirito di ribellione dei *Parlements* al monarca.

¹¹¹ Si v. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 295 ss..

¹¹² Il r.d. 30 dicembre 1923 abolì la distinzione tra le competenze della IV e della V Sezione del Consiglio di Stato, affidando ad entrambe le medesime funzioni giurisdizionali.

Di tale legge merita di essere ricordato l'art. 6 comma 2 (poi divenuto art. 40 del T.U. 17 agosto 1907, n. 638¹¹³) il quale statuiva che “*le decisioni pronunziate in sede giurisdizionale possono agli effetti della legge 21 marzo 1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso per cassazione. Tale ricorso tuttavia è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato*”.

Infine, il successivo Testo Unico del Consiglio di Stato, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, all'art. 48 recepiva integralmente tale disposizione.

Il legislatore, pertanto, cambiando radicalmente la formula lessicale di derivazione francese utilizzata in precedenza, consentiva l'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato “*soltanto per difetto assoluto di giurisdizione*”.¹¹⁴

Si pose allora il problema di chiarire la portata di questa nuova espressione.

Una parte della dottrina sostenne che, nonostante la nuova formula utilizzata dal legislatore, l'*ubi consistam* della disposizione fosse rimasto immutato, avendosi difetto assoluto di giurisdizione tutte le volte in cui vi fosse eccesso di potere e incompetenza.¹¹⁵

Sulle origini del sindacato di merito si v., *ex multis*, M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 857 ss., nonché U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 499 ss., e G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008.

¹¹³ A tale atto normativo seguirono, sempre nello stesso anno, il T.U. sulla giunta provinciale amministrativa (r.d. 17 agosto 1907, n. 639) e il Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (r.d. 17 agosto 1907, n. 642).

¹¹⁴ Curioso è notare, come riporta L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, 253, che diversi autori si contesero la paternità dell'espressione. Da un lato infatti la si attribuiva a Giorgio Giorgi, presidente del Consiglio di Stato e senatore del Regno; dall'altro a Lodovico Mortara che aveva utilizzato tale espressione nel tomo IV del proprio Commentario alle leggi di procedura civile. Si fa notare che anche Vittorio Emanuele Orlando utilizzò nel Trattato della Giustizia Amministrativa tale espressione.

¹¹⁵ Si v. in argomento F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 332 ss.; L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, cit., 217 ss..

Ancora su questa interpretazione storica A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in federalismi.it, 2018, 5, secondo cui “*Per difetto assoluto di giurisdizione, quindi, si intende la mancanza originaria o l'esercizio gravemente illegittimo di un potere giurisdizionale che in tal*

Altra dottrina, invece, ritenendo preferibile valorizzare la portata innovativa della nuova espressione, ritenne che le intenzioni del legislatore fossero state quelle di ridurre la portata del sindacato della Cassazione, data la sua tendenza di esercitare sul Consiglio di Stato *“un controllo sempre più penetrante, che scivola nel sindacare, non la esistenza della vera e propria giurisdizione dell’organo massimo della giustizia amministrativa, ma l’applicazione della legge che il Consiglio di Stato abbia fatto”*.¹¹⁶

Per giungere a tale risultato si valorizzava specificatamente l’aggettivo *assoluto* riferito al difetto di giurisdizione. Da altri, al contrario, venne definito *“pleonastico”*, pur riconoscendogli il merito di scolpire più efficacemente i limiti del sindacato della Cassazione, avendo questa l’obbligo *“di astenersi dal sindacare l’uso del potere, competentemente esercitato dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, nell’interpretare e nell’applicare la legge”*¹¹⁷

Secondo Mortara il difetto assoluto di giurisdizione non era la mancanza di potere dell’organo che lo ha erroneamente esercitato, ma di qualunque altro organo che possedesse funzioni giurisdizionali.¹¹⁸

In base a tale ricostruzione la nozione di difetto assoluto di giurisdizione era destinata a coincidere con quella di difetto di attribuzioni.¹¹⁹

senso può dirsi giuridicamente assente: così vanno intese le parole “incompetenza” ed “eccesso di potere” usate nella legge del 1877. Tuttavia, se è vero che in linea di principio nulla doveva mutare con la nuova formula del “difetto assoluto di giurisdizione” introdotta dalla legge del 1907 e dal r.d. del 1923, non si può negare che nella concreta esperienza giurisprudenziale l’atteggiamento della Cassazione fu poi ispirato a un crescente self restraint che si fece nel tempo più accentuato, fino al punto di delineare il confine tra le censure ammissibili e quelle inammissibili, avverso le sentenze del Consiglio di Stato, nel superamento dei limiti esterni e interni alla giurisdizione amministrativa, secondo la ben nota teoria”.

¹¹⁶ L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, cit., 219 s.

¹¹⁷ L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, cit., 253.

¹¹⁸ L. MORTARA, *Commentario*, cit..

¹¹⁹ Così M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 32.

Il Raggi, invece, identificava il difetto assoluto di giurisdizione nella mancanza del potere di giudicare in cui sarebbe incorso qualunque giudice dell'ordine a cui apparteneva quello che ha giudicato.¹²⁰

La tesi che però risultò dominante fu quella per cui il difetto assoluto di giurisdizione altro non fosse che il già conosciuto eccesso di potere giurisdizionale nel suo originario significato di straripamento di potere.¹²¹

Il Testo unico del 1924, pertanto, avrebbe semplicemente chiarito la portata del sindacato dell'eccesso di potere giurisdizionale, escludendo le ipotesi di cattivo uso del potere.

La *voluntas legis*, perciò, seguendo tale linea esegetica, era quella di confinare il sindacato della Cassazione alla violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione, non anche dei limiti interni (ossia i casi di *errores in procedendo e in iudicando*).¹²²

In sintonia con la ricostruzione appena tratteggiata è quella che, più recentemente, ha avanzato Franco Modugno, secondo cui l'eccesso o straripamento di potere, nella sua originaria (e più corretta) accezione, sarebbe proprio il “difetto di giurisdizione” o “carenza di potestà giurisdizionale”, ossia il caso in cui il giudice invada gli ambiti riservati al legislatore o all'amministrazione.¹²³

¹²⁰ L. RAGGI, *A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1908 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 545 ss..

¹²¹ Così M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 183; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, 324.

¹²² Di questo avviso R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, in www.sipotra.it, la quale continua affermando che “In ogni caso difetto assoluto di giurisdizione significa sia difetto perché nessun giudice ha giurisdizione e dunque si sconfinano nei poteri riservati alla legge o alla p.a., sia perché si sconfinano nella giurisdizione di altro giudice. Come si vede, al di là delle diverse formulazioni letterali, il significato pratico è lo stesso.”

¹²³ F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere (Profili generali)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 4 ss..

Sicché non potrebbe definirsi estranea alla funzione giudiziale l'attività interpretativa – quand'anche erronea – dei giudici, i quali hanno il precipuo compito di applicare la legge al caso singolo sottoposto al loro esame.¹²⁴

Di poco successivo al T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato fu il nuovo codice di procedura penale del 1930 che, seguendone l'impronta, all'art. 524 annoverò tra i motivi di ricorso in Cassazione anche l'“*esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri*”.

3.5 *Dal nuovo codice di procedura civile alla Costituzione repubblicana*

Il sistema dei conflitti del 1877 (poi innovato nel 1889) venne delineato dal legislatore in un contesto che tendeva all'unità della giurisdizione, in cui, cioè, il Consiglio di Stato non era per lo più considerato giudice speciale.

Successivamente, grazie all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione, ma anche agli interventi del legislatore (come quelli del 1907 e del 1923, prima accennati) il sistema di giustizia amministrativa subì un significativo sviluppo in termini di autonomia e di attribuzioni giurisdizionali (giurisdizione sugli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche sulle controversie riguardanti diritti soggettivi).

¹²⁴ F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere*, cit., 5.

Questo, secondo parte dei commentatori, rese obsoleto il sistema dei conflitti e il ruolo risolutivo della Corte di Cassazione, avvertendosi la necessità dell'istituzione di un apposito Tribunale dei conflitti di stampo francese.¹²⁵

Di tali critiche, tuttavia, non si tenne conto nel 1940 quando venne approvato il nuovo codice di procedura civile con il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443.

Nel nuovo codice di rito (tuttora in vigore), infatti, la Corte di Cassazione permane nel ruolo di giudice risolutore delle questioni di giurisdizione, anche con riferimento alle giurisdizioni speciali.

Rinviando ai capitoli successivi un più approfondito esame delle questioni processuali, è sufficiente adesso specificare quali sono le possibili questioni di giurisdizione che la Suprema Corte è chiamata a conoscere.

La prima è rappresentata dal difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione¹²⁶ o dei giudici speciali.

A norma dell'art. 37 c.p.c., il conflitto è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.¹²⁷

La medesima questione può essere deferita alle Sezioni Unite attraverso il regolamento preventivo di giurisdizione disciplinato dall'art. 41 c.p.c.. Tale norma statuisce che fin quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte possa chiedere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di risolvere le questioni di giurisdizione di cui al precedente art. 37 c.p.c..

¹²⁵ Cfr. V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa*, cit., 35.

¹²⁶ Secondo parte della dottrina (ad esempio S. SATTÀ e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 26), anziché di difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, sarebbe più corretto parlare di difetto o conflitto di attribuzione, riprendendo la vecchia terminologia risalente al 1877.

¹²⁷ La questione di giurisdizione è una questione pregiudiziale di rito in quanto ciascun giudice, prima di risolvere una controversia, deve verificare se la sua conoscibilità rientri nella sfera di poteri giurisdizionali attribuitigli.

L'art. 41 c.p.c., in più, al secondo comma, disciplina il c.d. difetto assoluto di giurisdizione prevedendo che *“La pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato”*.¹²⁸

Altre ipotesi riguardano il riparto di giurisdizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, o tra giurisdizioni speciali.

Un altro caso è quello di cui all'art. 362, comma 2, c.p.c., a mente del quale *“possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario”*.

Ma la norma che più interessa ai nostri fini, riguardante l'oggetto della presente analisi sul ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, è il primo comma dell'art. 362 c.p.c. in cui si stabilisce che le sentenze pronunciate da un giudice speciale, in grado di appello o in unico grado, possono essere impugnate con ricorso in Cassazione *“per motivi attinenti alla giurisdizione”*.¹²⁹

¹²⁸ Anche in tale caso il codice disciplina un'ipotesi di conflitto di attribuzioni. Il difetto di giurisdizione nei confronti della p.a. si ha ad esempio quando un privato vanta una situazione giuridica non tutelata dall'ordinamento (come può avvenire ove faccia valere un mero interesse di fatto, o, amministrativamente protetto, privo pertanto di tutela giurisdizionale ed affidato alle scelte discrezionali dell'amministrazione). Sotto il profilo processuale, a norma dell'art. 368 c.p.c., finché non si sia formato un giudicato, il conflitto può essere sollevato dal prefetto del luogo in cui pende il giudizio di merito.

¹²⁹ Norma di analogo tenore, con riferimento al giudice ordinario, è quella contenuta nell'art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c.. Non è possibile, invece, impugnare per cassazione le sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali: cfr. Cass. Sez. Un., 10 gennaio 1984, n. 175, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 93 ss., con nota di S. SANTORO, *Ammissibilità del ricorso alle SS.UU. della Cassazione avverso una sentenza del T.A.R. emessa in sede di ottemperanza*.

Seguirono questa impostazione anche i Padri costituenti che, seppur con una lieve differenza terminologica, al terzo comma (oggi, comma 8, a seguito della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2) dell'art. 111 Cost., hanno previsto che contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è ammesso il ricorso in Cassazione per i “*soli motivi inerenti alla giurisdizione*”.

È evidente, pertanto, che anche nell'intelaiatura della Costituzione repubblicana la Corte di Cassazione continua ad esercitare funzione di giudice della giurisdizione. Questo ruolo è reso ancor più manifesto nella legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) che, all'art. 65, comma 1, dispone “*La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge*”.

Si tratta dell'unica disposizione che definisce la Corte di Cassazione organo supremo della giustizia (complessivamente intesa), posto al vertice del sistema giurisdizionale con il compito di regolare i limiti delle diverse giurisdizioni.

Tale impostazione risente indubbiamente del contributo dato da Calamandrei, che evidenziò la necessità che la Cassazione mantenesse una posizione sovraordinata rispetto agli altri giudici.¹³⁰

Lo stesso Calamandrei, in risposta a coloro (tra cui Targetti e Togliatti) che avrebbero preferito il ritorno alle cinque Corti di Cassazioni regionali dell'epoca

¹³⁰ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, cit., passim*.

Sul ruolo della Corte di Cassazione nell'ordinamento giudiziario si v. anche G. AZZARITI, *Giurisdizioni speciali e ricorso per cassazione*, in *Foro pad.*, 1949, 4, 110 ss.; M. TARUFFO, *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in *ID.*, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 51 ss..

pre-fascista, si batté con decisione in seno all'Assemblea costituente per far inserire in Costituzione il principio di unità e di primazia della Cassazione. A tal fine presentò un emendamento così formulato *“Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, sta la Corte di cassazione”* (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

Per l'acume delle argomentazioni addotte, merita di essere riportato un passo del discorso di Calamandrei atto a giustificare la *ratio* di un'unica Corte posta al vertice dell'ordinamento giudiziario.

Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 affermò *“La Cassazione è stata inventata in Francia, dopo secoli di lotte tra il potere monarchico centrale e le tendenze centrifughe delle corti di appello regionali, ognuna delle quali interpretava suo modo le ordinanze regie. È stata inventata dalla rivoluzione francese proprio allo scopo di unificare il diritto, di difendere lo Stato nella sua unità, in quanto ordinamento giuridico unitario, scegliendo tra le interpretazioni difformi della stessa legge date da diversi magistrati quella più esatta e annullando tutte le altre. A questo serve la Cassazione; e per servire a questo scopo unificatore bisogna, naturalmente, che sia unica. Se non serve a questo, non serve a nulla [...]. Si può ricorrere in Cassazione soltanto per errore di diritto, Non per errore di fatto: voi capite che per il litigante che si senta colpito da una sentenza ingiusta, è perfettamente indifferente che tale ingiustizia derivi da un errore di diritto o da un errore di fatto. L'ingiustizia c'è; e per quel che riguarda il suo concreto interesse personale ci sarebbe ugualmente ragione di dare al soccombente un mezzo di ricorso. Ma la ragione per la quale il ricorso si dà soltanto quando l'ingiustizia, di cui il litigante è stato vittima, derivi da errore di diritto, è che in Cassazione non si*

va per difendere soltanto l'interesse del litigante, quello che gli antichi giuristi chiamavano jus litigatoris, ma altresì per difendere lo jus constitutionis, che è appunto l'interesse pubblico della difesa del diritto e della sua unità".¹³¹

Questa incursione negli atti dell'Assemblea costituente ci consentirà di soffermarci sul ruolo che il nostro ordinamento costituzionale affida alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato (anch'esso definito *giurisdizione superiore*, ex art. 135, comma 2, Cost.) e, prima ancora, sull'intero assetto giurisdizionale che la Costituzione delinea, in perenne bilico tra il c.d. monismo e il pluralismo.

¹³¹ Si ricordi solo un efficace passo della replica che Palmiro Togliatti fece nella stessa seduta: *"Si dice che con la pluralità delle Cassazioni si distruggerebbe l'unità giurisprudenziale. Ma questa unità non esiste nemmeno con la Cassazione unica, perché la giurisprudenza varia da sezione a sezione"*.

Scettica fu anche la replica di Vittorio Emanuele Orlando: *"Noi abbiamo a Roma la Cassazione unica: di quanti magistrati si compone? In civile le sezioni sono tre; ma è un'apparenza; in realtà saranno sette od otto, perché, dato il numero totale dei consiglieri, essi ragionevolmente, per sopportare il peso del loro lavoro, debbono fare dei turni nella sezione. Quindi, effettivamente, le sezioni civili, che siedono a Roma, sono sette od otto. Ebbene, si potrà con piena coscienza affermare che se questi egregi magistrati si riuniscono a Roma in giorni successivi, la certezza del diritto, la giusta unità del diritto è assicurata; mentre, invece, se si riunissero oltre che a Roma, a Napoli, a Torino, a Firenze, a Palermo, allora addio unità del diritto? Spunterebbe, allora, il mostro a cinque teste"*.

All'esito del dibattito l'Assemblea costituente decise di non inserire nel testo costituzionale una disposizione che si occupasse della struttura, unica o plurale della Corte di Cassazione.

Targetti ed altri, infatti, proposero un emendamento secondo cui *"La legge sull'ordinamento giudiziario regolerà l'istituto della Corte di cassazione"*. Tale proposta, nonostante venne ampiamente approvata, fu poi soppressa dal Comitato di coordinamento dell'Assemblea in una seduta di cui non è stato redatto alcun verbale.

CAP. II

I RAPPORTI TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIUDICE ORDINARIO E IL RUOLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE COME GIUDICE DELLA GIURISDIZIONE

1 Monismo e dualismo giudiziario: questione di prospettive

Com'è noto la nostra Costituzione, al primo comma dell'art. 102, statuisce che “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*”.

Se, un po' sbrigativamente, ci si limitasse alla mera lettura di tale disposizione non vi sarebbe alcun dubbio su cosa rispondere a un ipotetico interlocutore che domandasse quale sistema giurisdizionale sia attualmente presente in Italia sotto il profilo degli organi deputati all'erogazione del “servizio giustizia”.

L'art. 102, comma 1, Cost. non lascerebbe spazio ad alcun equivoco: un sistema monistico in cui è il giudice ordinario ad esercitare la funzione giurisdizionale.

La sicurezza di tale risposta sarebbe destinata ad aumentare con la lettura della prima parte del comma successivo, in cui è consacrato *expressis verbis* il divieto di istituire giudici straordinari o giudici speciali.

In realtà, nel proseguire con una lettura più attenta della Carta costituzionale, ci si accorge che quella dell'ipotetico interlocutore era una domanda tutt'altro che semplice e, certamente, non banale.

Anzi, aggiungendo alla ricostruzione un po' di *pathos*, sarebbe possibile affermare che l'assetto della ripartizione del potere giurisdizionale in Italia, a partire dalla Costituzione, rappresenta un vero e proprio ginepraio, forse stimolante per

l'interprete bramoso di nuove sfide, ma certamente di difficile comprensione per il comune cittadino, poco desideroso di avventurarsi nei sentieri incerti di un sistema complesso e, a tratti, nebbioso.

Sicché, dopo essersi indirizzata verso l'affermazione del principio di unicità della giurisdizione, la Costituzione palesa vistose e significative deroghe, e ciò avviene sin dall'articolo successivo a quello esaminato.

Infatti, recependo (in parte) il sistema di giustizia antecedente, all'art. 103 la Costituzione riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti per le materie di contabilità pubblica nonché per le altre indicate dal legislatore ordinario, quella dei tribunali militari (con delle differenziazioni in tempo di guerra e in tempo di pace) e soprattutto, per quel che ci riguarda nella presente trattazione, del Consiglio di Stato e degli "altri organi di giustizia amministrativa" (che, in applicazione di quanto statuito all'art. 125 Cost., a partire dalla legge 6 dicembre 1971 n. 1034, sono i TAR).

Quindi è la stessa Costituzione che, una volta introdotto il principio di unicità della giurisdizione, subito dopo lo tempera con alcune vistose deroghe, prevedendo altre giurisdizioni rispetto a quella ordinaria. Tanto che alcuni commentatori non hanno mancato di rilevare come i Padri Costituenti non abbiano realizzato proprio "*un capolavoro di precisione e di coerenza terminologica*"¹³² e che il testo costituzionale presenta una "*vistosa contraddizione*"¹³³.

¹³² Ci si riferisce a G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 709.

¹³³ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 8.

1.1 Differenze concettuali tra unità e unicità della giurisdizione

Molto critico sull'attuale sistema giurisdizionale è stato anche M. S. Giannini che ha parlato addirittura di un “*non sistema giurisdizionale*” in cui “*l'esistenza di più giurisdizioni non omogenee dà luogo a delle zone di assenza, insufficienza e ineffettività di tutela giurisdizionale*”, al punto da creare “*una delle peggiori strutture che esistano in qualsiasi Stato, al punto che anche Stati del Terzo Mondo sono avanti a noi*”.¹³⁴

In realtà, pur non trascurando le elevate complessità tanto strutturali quanto funzionali dell'attuale conformazione del potere giurisdizionale, è comunque possibile rinvenire una certa linearità dell'insieme delle disposizioni costituzionali in tema di giurisdizione, anche per merito del rodaggio della storia e delle conseguenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Ad avviso di chi scrive bisogna tener distinta “*la giurisdizione*” (ossia l'insieme dei poteri e delle funzioni volte a rendere giustizia ai consociati), da “*le giurisdizioni*”, *rectius* le magistrature, intese come i diversi centri funzionali in grado di esercitare il potere giudiziario. A ben vedere, tali differenze semantiche sono presenti nel nostro ordinamento positivo, e sono le stesse che differenziano la nozione di giurisdizione presa a riferimento dall'art. 111, comma 1, Cost. e quella di cui all'art. 37 c.p.c..

¹³⁴ M. S. GIANNINI, *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 2, 168 s.. Per il celebre Autore il “non sistema giurisdizionale” è il frutto di una stratificazione storica in cui ogni periodo successivo ha conservato l'assetto precedente, senza avere la forza di sopprimerlo. La stessa Costituzione è stata un'occasione mancata, “*il solito compromesso italiano*”: dietro ad una “*facciata bellissima*” in cui si enuncia il principio dell'“ordine giudiziario” si annidano organi giurisdizionali diversi da quello ordinario.

Non sembra azzardato evidenziare che, nel nostro ordinamento, la funzione di rendere giustizia, cioè *la* giurisdizione, è da considerare unica in quanto “potere orizzontale”, proveniente cioè dello Stato-comunità e non dello Stato-apparato¹³⁵.

Ciò è intuitivamente riscontrabile già dalla lettura di qualsivoglia sentenza: tutte pronunciate *in nome del popolo italiano*.¹³⁶

Ne consegue che la giurisdizione non è altro che l'insieme dei meccanismi di cui una comunità si serve per rendere giustizia; e la giustizia, per essere tale, quantomeno per una comunità organizzatasi in “Stato”, non può che essere una e una soltanto.

Non vi è dubbio che i concetti di “bene” e “male”, “giusto” e “sbagliato”, più che essere materia per giuristi, appartengano al lessico degli insegnanti, dei religiosi e dei filosofi; essi però aleggiavano costantemente negli ordinamenti giuridici attraverso le regole che una comunità si dà per una civile convivenza.

Nelle riflessioni giuridiche, pertanto, la giustizia non è altro che applicazione di regole, non necessariamente scritte o codificate, spesso anche espressione di “valori” avvertiti da una comunità (così come avviene con l'applicazione diretta dei principi costituzionali), ma pur sempre regole.

Tali regole utopisticamente dovrebbero essere univoche, chiare e ben note. La realtà dei fatti spesso dimostra l'opposto.

¹³⁵ Cfr. I. M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1396 s., in cui si afferma che “*Vero che esistono tante giurisdizioni quanti sono gli ordinamenti giuridici, ma è altrettanto vero che un ordinamento giuridico può conoscere una sola «giurisdizione», un solo modo storico di (rendere) giustizia; a maggior ragione quando si tratti dell'ordinamento generale di uno Stato democratico in cui la giurisdizione rappresenta la giustizia di un popolo, quando del popolo è la sovranità*”.

¹³⁶ Ciò è un immediato riflesso di quanto disposto dall'art. 101, prima comma, Cost. che statuisce “*La giustizia è amministrata in nome del popolo*”. Da ciò si deduce *ictu oculi* la divergenza rispetto allo Statuto Albertino che all'art. 68 prevedeva “*La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce*”.

Ma il problema della loro applicazione si annida nell'attività (a monte o intrinseca) di cognizione e interpretazione delle stesse, e non nella loro attuazione, cioè nell'attività finale (a valle o estrinseca) che consiste nel fare giustizia.

Del resto, nella stessa Costituzione, in diverse occasioni compare la parola "giustizia" ma solamente nell'art. 11 essa assume il suo significato più ideologico di valore, quasi pre-giuridico o meta-giuridico. Nelle restanti disposizioni essa viene evocata unicamente come "funzione" (e, di conseguenza, come sinonimo di "giurisdizione")¹³⁷.

In definitiva, la nozione di giustizia-giurisdizione, per come traspare dal dettato costituzionale, è la risposta che dà l'ordinamento a quelle situazioni patologiche in cui esso stesso non riesce a realizzarsi spontaneamente.¹³⁸

Tale attività, da qualunque giudice provenga, rappresenta l'unica risposta che l'ordinamento offre a quel problema. Altrimenti, ragionando *a contrario*, dovremmo dedurre che vi siano tante giustizie quanti sono i giudici.

Tali riflessioni inducono ad affermare che il potere giurisdizionale, uno e uno solo, forse si presenta magmatico, ma è certamente sinergico e integrato, sicché i giudici, se considerati tali, anche appartenenti a plessi giurisdizionali diversi, concorrono tutti a "rendere giustizia", ossia a elaborare e disvelare la risposta che lo Stato offre agli inevitabili problemi che coinvolgono i membri della sua comunità.

¹³⁷ M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 36.

¹³⁸ Così A. PAJNO, *La giurisdizione*, in A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 2013, 48 ss., in cui si specifica altresì che è da considerarsi giurisdizione anche quella c.d. volontaria, in cui cioè manca un conflitto o una lite. In tali casi la funzione dell'ordinamento non è quella di attuare la volontà della legge per tutelare situazioni soggettive, bensì di realizzare la fattispecie costitutiva di uno *status*, necessaria per l'esercizio di una potestà.

Pertanto, se la giustizia è (e non può che essere) una, anche il potere di renderla è destinato ad essere unitario, giacché qualunque giudice sia scelto dall'ordinamento, esso sarà chiamato ad esercitare il medesimo potere.

In altri termini, il potere di rendere giustizia, per come delineato nella nostra Costituzione, è unico perché avente la medesima fonte (derivando direttamente dalla sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost.), la medesima funzione (perché diretto a rendere giustizia), e le medesime garanzie fondamentali sintetizzate nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost..¹³⁹

Un'ulteriore conferma di tale vocazione funzionalmente unitaria della giurisdizione la si rinviene proprio nella disposizione costituzionale da ultimo citata che, al primo comma, statuisce che *la* giurisdizione (al singolare) “si attua” attraverso il giusto processo regolato dalla legge.

In definitiva, essa è unica e si esplica attraverso il processo.

I processi possono sì essere diversi, ed è compito della legge regolarli, ma svolgono tutti la funzione di attuare la giurisdizione, ossia, si ripete, di esercitare il potere giudiziario.

L'elemento di divergenza, quindi, è solamente il processo (in senso lato), o, per meglio dire, i plessi giurisdizionali (*le* giurisdizioni), con le rispettive regole processuali e di funzionamento, comprese quelle afferenti l'accesso alla giustizia e i singoli poteri del giudice.

¹³⁹ Per una brillante analisi sull'unità della giurisdizione nonché sul rapporto tra l'art. 101 Cost. e l'art. 1 Cost. si v. M. NIGRO, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra pluralità delle giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica*, Milano, 1985, 398 ss.. Per una acuta disamina del principio giusto processo amministrativo si rinvia invece alla recente opera di M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.

Come è stato evidenziato da un indiscusso Maestro del diritto amministrativo, bisogna tener distinto il concetto di unità della giurisdizione da quello di unicità: *“unità significa unicità della fonte di legittimazione della potestà giurisdizionale, e, ancora, identità e coerenza della giurisdizione, necessità di stretta connessione fra le giurisdizioni, ma non unicità dell’organo giurisdizionale”*.¹⁴⁰

Anzi, per usare le parole di un altro celebre studioso del processo, già citato, quale Francesco Carnelutti, l’unità, a differenza dell’unicità, presuppone organi diversi.¹⁴¹

Ossia richiede organi che, concorrendo ad esercitare la funzione giurisdizionale per conseguire il fine ultimo della giustizia, siano i più “idonei” ad occuparsi degli affari sottoposti al loro esame.

Le stesse argomentazioni vennero usate, durante i lavori dell’Assemblea costituente, da Mortati che affermò, rivolto ai colleghi, che *“noi abbiamo stabilito una unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, unità funzionale che non esclude, anzi implica, secondo il sistema posto, una divisione dei vari ordini di*

¹⁴⁰ M. NIGRO, *L’effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 400. Si v. altresì A. PAJNO, *La giurisdizione*, cit., 51, che sottolinea come dall’unità della funzione giurisdizionale non deriva necessariamente, come sua stretta conseguenza, che l’esercizio della medesima sia assegnato ad un unico ordine di giudici.

¹⁴¹ Il riferimento è a F. CARNELUTTI, *Intervento*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno del 2 ottobre 1954*, Milano, 1956, 51, che anziché di “unicità” parla di “uniformità” della giurisdizione.

Nel testo, l’Autore, con indubbia eleganza argomentativa, dopo aver chiarito che l’unità della giurisdizione è un equivoco terminologico, essendo tale locuzione utilizzata per far riferimento al concetto di uniformità della giurisdizione, afferma poeticamente che *“il segreto del mondo, la meraviglia del mondo, è la unità nella diversità e la diversità nell’unità”*.

Le stesse considerazioni di fondo hanno mosso anche Costantino Mortati che, in un suo intervento dinnanzi all’Assemblea costituente (seduta pomeridiana del 27 novembre 1947) pronunciava le seguenti parole *“unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé”*.

giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé, ognuno dei quali ha una propria organizzazione”¹⁴².

In definitiva, posto che unità e unicità della giurisdizione non sono concetti sovrapponibili, si può dedurre che “*solo la prima è un principio costituzionale; l’aspirazione alla unicità, invece, è soltanto un legittimo obiettivo politico, pur con nobili radici culturali ed ideologiche*”.¹⁴³

Sul crinale di tali considerazioni si è recentemente mossa anche la Corte Costituzionale.

Il giudice delle leggi, infatti, per salvaguardare l’armonia del sistema e garantire l’effettività della tutela, con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77, consolidando il principio della *translatio iudicii*, ha delineato la giurisdizione non come un assetto a compartimenti stagni, e autoreferenziali, bensì come un terreno che, seppur composito, vedere plurimi giocatori diretti verso l’unico fine di rendere giustizia.¹⁴⁴

Sicché, l’esistenza di una pluralità di giudici è riconosciuta dal nostro ordinamento affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta.

¹⁴² C. MORTATI, intervento in Assemblea costituente durante la seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, in <http://legislatureprecedenti.camera.it/>.

¹⁴³ Così A. POLICE, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *ApertaContrada*, 2015.

¹⁴⁴ Per un commento alla sentenza e, più in generale, sui principi in essa contenuti si rinvia a C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it, 2007; A. MANGIA, *Il lento incedere dell’unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 736 ss.; A. PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 9, 956 ss.; M. A. SANDULLI, *I recenti interventi della corte costituzionale e della corte di cassazione sulla translatio iudicii*, in federalismi.it, 2007; EAD., *Note a primissima lettura delle sentenze n. 4109 delle sezioni unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte Costituzionale*, in federalismi.it, 2008; G. SIGISMONDI, *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la ‘translatio iudicii’*, in *Urb. e app.*, 2007, 7, 822 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in www.judicium.it, 2007.

La Corte, pertanto, ha affermato a chiare lettere che *“il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi – comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell’aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo) all’unità della giurisdizione, determinata dall’emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali – è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali”*.

Muovendo da tali osservazioni deve essere condotta la nostra ricerca, tenendo, quindi, ben presente la complessità del nostro sistema giurisdizionale e, al contempo, le sue reciproche interrelazioni.

2 La giurisdizione amministrativa al centro del dibattito

Poste le necessarie premesse concettuali sulla struttura del potere giurisdizionale nel nostro ordinamento, adesso è opportuno concentrare la riflessione sul sistema di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione delineato nella Costituzione, al centro di un annoso dibattito, a partire proprio dai lavori dell’Assemblea Costituente.

2.1 *La giustizia amministrativa in una prospettiva comparata*

La giustizia amministrativa assume un ruolo non secondario nell'articolato della Costituzione italiana, uno spazio sicuramente superiore a quello che le Costituzioni di Paesi a noi vicini vi dedicano.

In Francia, la patria del diritto amministrativo moderno, come è noto, la Costituzione non affronta il tema, tanto che si è reso necessario un intervento del *Conseil constitutionnel* per attestare chiaramente che appartiene ai «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» *celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle*». ¹⁴⁵

In Germania, invece, la Legge fondamentale (il *Grundgesetz*), all'art. 19 comma 4, stabilisce, in via generale, che chiunque sia leso nei suoi diritti dal potere pubblico possa adire l'autorità giudiziaria. La norma prosegue affermando che «*qualora nessun'altra giurisdizione sia competente, il ricorso è proposto innanzi alla giurisdizione ordinaria*».

Parte della dottrina, soffermandosi su quest'ultima parte, esclude che il sistema di giustizia amministrativa tedesco abbia un fondamento costituzionale, essendo

¹⁴⁵ *Décision n° 86-224 DC* del 23 gennaio 1987, punto 15.

invece rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione delle competenze del giudice amministrativo.¹⁴⁶

Anzi, la legge fondamentale di Bonn anziché preoccuparsi delle attribuzioni del giudice amministrativo, fa l'opposto, ossia si preoccupa di definire le competenze esclusive o riservate del giudice ordinario.

Così avviene all'art. 14, comma 3, in tema di indennizzo nelle espropriazioni, e all'art. 34, comma 1, con riferimento tanto al diritto al risarcimento del danno causato dal dipendente pubblico quanto al conseguente diritto di rivalsa dello Stato. Infine, la Costituzione spagnola, dopo aver disposto all'art. 106 che "*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*", afferma espressamente, nel *Título VI*, dedicato al *poder judicial*, il principio di unità della giurisdizione¹⁴⁷.

2.2 *Il ruolo costituzionale della giustizia amministrativa in Italia*

In Italia, la specifica attenzione per la giustizia amministrativa è il plastico derivato dell'incontro-scontro in seno all'Assemblea Costituente di diverse ideologie e istanze dovute all'eterogenea provenienza dei suoi protagonisti e alla loro volontà di fissare un punto fermo su un tema che, sin dalla fine del secolo diciannovesimo, è stato al centro delle discussioni politiche e giuridiche nostrane.

¹⁴⁶ Cfr. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella repubblica Federale di Germania*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXV, *Gli ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, a cura di G. RECCHIA, Padova, 1996, 269, nt. 30; A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa: cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014, 32.

¹⁴⁷ All'art. 117, comma 5, Cost. Spagn., si statuisce espressamente che "*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*".

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle norme che interessano la responsabilità dei funzionari, l'organizzazione dei pubblici uffici, l'accesso alle funzioni pubbliche, i principi dell'attività amministrativa, l'assetto multilivello degli enti territoriali, le loro competenze, etc.; tuttavia, è innegabile come tutte queste norme abbiano un chiaro riflesso anche sul sistema di giustizia amministrativa sia perché tratteggiano la struttura e il ruolo che la pubblica amministrazione è destinata a ricoprire, sia perché stabiliscono in che rapporto essa si pone nei confronti dei cittadini.¹⁴⁸

Ai nostri fini, meritano, invece, una più attenta riflessione le disposizioni costituzionali che delineano più specificamente il sistema di giustizia amministrativa, ad iniziare dagli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost..

È da tali norme che traspare l'ossatura che il legislatore costituzionale ha voluto edificare per la garanzia dei cittadini nei confronti del potere esecutivo. Un sistema in cui gli interessi legittimi sono equiparati – quantomeno sotto il profilo della tutela – ai diritti soggettivi e nel quale vi è un apposito giudice, quello amministrativo, che, dotato di elevata professionalità e in condizione di indipendenza, si ritiene in grado di offrire la migliore soddisfazione possibile a tali situazioni giuridiche soggettive.

¹⁴⁸ Sul punto V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 5 s..

2.3 *Prospettive storiche del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*

Il nostro ordinamento non riconosce al giudice amministrativo il monopolio della tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione ma, in un ben più articolato sistema, riserva altresì al giudice ordinario un ruolo determinante.

Tra le norme costituzionali sopra menzionate ve ne è una che, più di tutte, sintetizza la configurazione che i Padri costituenti hanno voluto assegnare alla tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. L'art. 113 Cost., infatti, al primo comma, statuisce che “*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*”.

Tale disposizione, è bene rilevare, se rapportata al primo comma dell'art. 103 Cost., illustra nitidamente il modo in cui il potere giurisdizionale è ripartito tra giudice ordinario e giudice amministrativo: al giudice ordinario spetta la tutela dei diritti soggettivi, al giudice amministrativo quella degli interessi legittimi.

Siffatta distribuzione del potere giurisdizionale, in realtà, non è stata un'innovativa conseguenza del dibattito costituente, posto che, già a partire dalla seconda metà del XIX secolo, è germogliato nel nostro ordinamento un criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa orbitante intorno al parametro della *causa petendi*.

Esemplari sono a tal riguardo due note pronunce della Corte di Cassazione che, nel caso *Laurens*¹⁴⁹ e nel caso *Trezza*¹⁵⁰, hanno cercato di tracciare un confine tra la giurisdizione ordinaria e l'attività della IV Sezione del Consiglio di Stato.

¹⁴⁹ Cass., Sez. Un., 24 giugno 1891, n. 460, in *Giur. it.*, 1891, I, 3, 181.

¹⁵⁰ Cass., Sez. Un., 24 giugno 1897, n. 428, in *Foro it.*, 1897, I, 1363 e in *Giur. it.*, 1897, I, 1, 744.

In entrambe le sentenze, la Corte di Cassazione, in contrasto con la sua precedente giurisprudenza inaugurata a partire dalla riforma crispina del 1889, ha rifiutato di aderire alla c.d. tesi del *petitum*, la quale tracciava il confine della giurisdizione in base al contenuto del provvedimento richiesto al giudice con l'esercizio dell'azione. Tale criterio, dunque, portava ad individuare il giudice competente sulla base della tutela desiderata: ove ad essere richiesto fosse l'annullamento dell'atto allora competente a conoscerne sarebbe stata la IV Sezione del Consiglio di Stato; laddove, invece, si fosse domandato l'accertamento della lesione di un diritto e il conseguente risarcimento del danno allora la giurisdizione sarebbe stata del giudice ordinario.

Si andava così a configurare una sorta di doppio binario in cui la medesima situazione giuridica soggettiva poteva essere tutelata da entrambi i giudici, seppur con modalità diverse.

Tale opinione, all'epoca, era il frutto di non ancora ben definite teorizzazioni e qualificazioni dell'interesse legittimo, che si considerava mera appendice del diritto soggettivo. Sicché si era portati a pensare che nell'adire il giudice amministrativo si facesse pur sempre valere un diritto, ma nella sua versione più sfumata di interesse.

La Cassazione, invece, a partire dalle due sentenze citate, ha adottato un criterio alternativo fondato sulla *causa petendi*, ossia sulla posizione giuridica azionata in giudizio: se di diritto soggettivo allora la giurisdizione sarebbe stata del giudice ordinario, ove di interesse legittimo allora bisognava rivolgersi al giudice amministrativo¹⁵¹.

¹⁵¹ Si v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, 15, che ricorda come la strada intrapresa sembrò vacillare alla fine degli anni

2.4 Il Concordato Romano-D'Amelio

Fu però solo tra il 1929 e il 1930 che la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa raggiunsero un punto di equilibrio, consacrando il criterio della *causa petendi* quale decisivo canone di ripartizione del potere giurisdizionale.

A fare da apripista fu il c.d. concordato Romano-D'Amelio (dal nome dei presidenti del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione) che proclamava il criterio del “*petitum sostanziale*”, ossia un *discrimen* impostato sulla domanda di chi agisce in giudizio per come conformata dalla situazione giuridica soggettiva che anima la pretesa.¹⁵²

Il concordato, nato in via teorica con una pubblicazione su una rivista di settore, ha trovato concreta applicazione l'anno successivo da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, ad iniziare da tre celebri pronunce.

Le prime due adottate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel caso delle *Terme stabiane*¹⁵³ e nell'affare *Possenti*¹⁵⁴; la terza, invece, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in occasione di una controversia riguardante la *Società Nazionale Ferrovie e Tramvie*¹⁵⁵.

Venti a seguito di un tentativo di ritorno al criterio del *petitum* portato avanti da parte della giurisprudenza della V Sezione del Consiglio di Stato. È bene altresì rilevare che anche la Corte di Cassazione, in alcune sue pronunce, continuò ad applicare il criterio del *petitum* (ad es. Cass., Sez. Un., 24 marzo 1916). Tali tentativi, tuttavia, furono destinati a soccombere definitivamente negli anni successivi.

¹⁵² M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929, 1, 181. Il concordato, poi, ha trovato concreta applicazione da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato a partire dal celebre affare delle Terme stabiane che, tra il 1929 e il 1930, interessò entrambe le giurisdizioni.

Sul concordato giurisdizionale e sulla giurisprudenza ad esso immediatamente successiva si v., R. CAVALLO PERIN, *cit.*, 14 ss..

¹⁵³ Cons. St., Ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, in *Giur. It.*, 1930, III, 149, e in *Foro amm.*, 1930, I, 2, 249, e in *Foro it.*, 1930, III, 169.

¹⁵⁴ Cons. St., Ad. Plen., 28 giugno 1930, n. 2, in *Foro it.*, 1931, III, 9.

¹⁵⁵ Cass., Sez. Un., 15 luglio 1930, n. 2680, in *Giur. it.*, 1930, I, 964, nonché in *Foro it.*, 1930, I, 1146

In tutti e tre i casi, la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, nelle loro composizioni più autorevoli, attestando la bontà della tesi intavolata dai rispettivi presidenti, confermavano che il confine tra le due giurisdizioni fosse rinvenibile solo prendendo a riferimento il *petitum* sostanziale.

È bene comunque rilevare che, nonostante la convergenza raggiunta tra i due supremi organi, le Sezioni Unite cassarono comunque le due sentenze dell'Adunanza Plenaria, non perché non condividessero il criterio di riparto basato sul *petitum* sostanziale, bensì per specificare e puntualizzare la corretta portata del criterio stabilito, dichiarando peraltro, in esito al giudizio, la giurisdizione del giudice ordinario.¹⁵⁶

Non è difficile notare, pertanto, che i problemi di riparto di giurisdizione furono ben lontani dall'essere risolti con il Concordato che, con molta probabilità, ne aggiunse di nuovi.

3 *Il dibattito in Assemblea costituente*

Fu durante i lavori dell'Assemblea costituente che, come accennato, il dibattito si rinfocolò.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Si fa riferimento a Cass., Sez. Un., 25 novembre 1931, in *Giur. it.*, 1932, I, 33 e a Cass., Sez. Un., 30 novembre 1931, in *Giur. it.*, 1932, I, 33.

¹⁵⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2001, 911 ss.; S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012, 64 ss..

Sull'unità della giurisdizione e i rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali si v. anche V. ANDRIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Milano, 1956; A. M. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995; G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, 714 ss..

Innanzitutto l'interrogativo di fondo fu quello se mantenere o meno una giurisdizione amministrativa e, quindi, se sposare o meno il modello dell'unicità della giurisdizione.

La discussione si polarizzò su due posizioni antitetice.

3.1 *La tesi dell'unicità della giurisdizione*

Una prima tesi, sostenuta da Piero Calamandrei già a partire dai lavori della Commissione Forti¹⁵⁸ nel maggio del 1946, vedeva di buon grado la soppressione di qualsiasi giurisdizione speciale, comprese quelle sorte nel passato, come il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, a cui comunque riconosceva il merito di essersi storicamente distinte per il loro egregio funzionamento.

Auspicata l'unicità della giurisdizione, ad avviso di Calamandrei, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto rimanere in vita soltanto quale organo consultivo, e la Corte dei Conti solamente con le funzioni di un organo di controllo contabile.

In seno alla suddetta Commissione, infine, Calamandrei predispose un progetto che, all'art. 1, statuiva *“L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario”*.

Dopo tali considerazioni non si fece attendere la risposta del supremo organo della giustizia amministrativa che, riunito in Adunanza generale, pubblicò in data 30

¹⁵⁸ La *Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, presieduta dal Prof. Ugo Forti, era una delle tre Commissioni di studio istituite dal Ministro per la Costituente Pietro Nenni all'indomani della Liberazione dal nazi-fascismo. La Commissione Forti, composta da novanta tra tecnici ed esperti designati dai partiti, si insediò il 21 novembre 1945 con il compito di procedere alla raccolta e allo studio delle questioni attinenti al riassetto dello Stato.

giugno 1946 una relazione, affidata alla penna del presidente della IV Sezione Ferdinando Rocco, volta ad evidenziare “*la salda e generale fiducia dei cittadini*” e la “*concorde considerazione degli studiosi*” verso il Consiglio di Stato, avendo questo dato prova di “*coraggiosa indipendenza*” financo sotto il regime fascista, avendo così ottenuto il “*favorevole collaudo della storia*”.¹⁵⁹

Pertanto, ad avviso dell’Adunanza generale, vi era la “*piena compatibilità dell’Istituto del Consiglio di Stato con la soluzione repubblicana del problema istituzionale*”; anzi, un sistema che affidasse al giudice ordinario la cura degli interessi legittimi avrebbe dato adito a “*gravi obiezioni, insuperabili difficoltà e seri inconvenienti*”.

Il Consiglio di Stato partiva dalla considerazione per cui l’attribuzione al giudice ordinario di un sindacato sulla discrezionalità della pubblica amministrazione, unitamente al potere di annullarne gli atti, avrebbe inevitabilmente violato il principio di divisione dei poteri.¹⁶⁰

Per poter comprendere questa affermazione è utile soffermarsi sulla considerazione che, all’epoca, il Consiglio di Stato aveva di sé medesimo e della sua natura.

Lungi dal considerarsi espressione del potere giudiziario, il Consiglio di Stato, infatti, si auto-qualificava come “*vero e proprio organo del Potere esecutivo o addirittura della stessa amministrazione dello Stato*”, e, ciononostante, “*organo*

¹⁵⁹ F. ROCCO, *Il Consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Foro amm.*, 1946, 4, 3 ss..

¹⁶⁰ Sulla giustiziabilità dell’atto amministrativo e sul ruolo peculiare del giudice amministrativo si v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., 2002, 29, il quale sostiene che “*Il controllo del rispetto della legalità non può venire esercitato dal giudice ordinario perché non si tratta di salvaguardare direttamente la libertà dei cittadini dall’ingerenza illecita dello stato, ma di stabilire se i vincoli che questo s’è dato a garanzia dell’interesse generale e della realizzazione di tale interesse sono stati rispettati. Il controllo è preteso anzitutto dall’interesse obiettivo dell’ordine giuridico; la tutela del singolo cittadino è perseguita e ordinata, ma non può essere che una tutela mediata e coordinata a quella dell’interesse pubblico*”.

estraneo ed anche superiore al potere controllato”, in una posizione di piena e assoluta indipendenza, in perfetta sintonia rispetto al potere giudiziario.

In altri termini, il Consiglio di Stato si collocava a cavallo tra il potere esecutivo e quello giurisdizionale, esercitando sia una funzione di collaborazione con la pubblica amministrazione, sia un “controllo contenzioso” che lo avvicinava al potere giudiziario, rendendolo “*quasi compartecipe, in un certo senso, del potere stesso*”.¹⁶¹

Soltanto il Consiglio di Stato, in base a tale concezione, avrebbe potuto ponderare efficacemente l’interesse pubblico, essendo composto da magistrati a cui era dato riconoscere “*le virtù del giudice e dell’amministratore*”.

Si ricordi a tal proposito la celebre massima, attribuita a Henrion de Pansey, per cui giudicare l’amministrazione significa amministrare (“*juger l’administration, c’est encore administrer*”).¹⁶²

Fu proprio per merito di questa posizione ibrida – in cui alla funzione giustiziale si affiancava quella di controllo e di protezione dell’interesse pubblico – che si giustificò il potere del Consiglio di Stato di annullare i provvedimenti amministrativi, cioè di eliminare *ab origine* gli atti che il potere pubblico emana per il conseguimento del pubblico interesse.¹⁶³

¹⁶¹ Si v. F. G. COCA, *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, in S. LORUSSO (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico. Atti del Convegno per il decennio della Facoltà di Giurisprudenza (Foggia, 24-25 novembre 2006)*, Milano, 2009, 256 ss..

Riprende pedissequamente le parole di Scoca M. TUCCI, *Doppia giurisdizione e Assemblea Costituente*, in *giustamm.it*, 2017, 4, 1 ss..

¹⁶² P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l’autorité judiciaire en France*, cit..

¹⁶³ Nella relazione, tuttavia, si rifiuta con vigore qualsiasi critica all’“*ibrida associazione di funzioni*” (consultive e giurisdizionali) del Consiglio di Stato in quanto trattasi di un’“*organica combinazione degli elementi stessi, felice e logica fusione di quelle funzioni, aventi piuttosto una medesima sostanziale natura e volte ad un medesimo e convergente fine*”. In buona sostanza, ad avviso del Consiglio di Stato “*consulenza amministrativa e giurisdizione amministrativa operano nello stesso campo della pubblica amministrazione e a suo sostanziale vantaggio, per illuminare l’azione, evitando in un caso e correggendo nell’altro errori giuridici e di convenienza amministrativa ovvero*

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, l'ambizione di affermare il principio di unicità della giurisdizione avrebbe dovuto infrangersi in tutti quei casi in cui i cittadini *“non possono far valere i veri diritti, bensì soltanto interessi la cui protezione è in ogni caso subordinata alla tutela dell'interesse pubblico”*.

Pertanto, anche in un'ottica di piena riforma costituzionale dello Stato, la relazione rimarcava la necessità che venisse salvaguardata l'indipendenza del Consiglio di Stato, anche nei confronti del giudice ordinario e, soprattutto, nei confronti della Corte di Cassazione.

La relazione sicuramente apportò un notevole e autorevole contributo anche in Assemblea costituente. Tuttavia, una volta costituita la Commissione per la Costituzione (o Commissione dei settantacinque, dal numero dei suoi componenti), Calamandrei non desistette dal riproporre recisamente la soppressione della giurisdizione del Consiglio di Stato.

Nella seduta pomeridiana della II Sottocommissione tenutasi il 9 gennaio 1947 lo Studioso fiorentino, dopo aver equiparato il Consiglio di Stato ad una vecchia casa che, nel tempo, aveva subito numerosi interventi per adattarla alle nuove necessità della famiglia, ne evidenziava l'assenza di razionalità, simmetria e armonia, richiamando l'attenzione dei colleghi sulla non infondata probabilità che le competenze del giudice ordinario si sovrapponevano a quelle del giudice amministrativo, data l'elevata difficoltà di capire esattamente dove finisse il compito della magistratura ordinaria e dove cominciasse quello delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.¹⁶⁴

il sacrificio non necessario degli interessi privati, con il definitivo medesimo risultato, di assicurare una amministrazione legale, giusta e corrispondente al pubblico interesse”.

¹⁶⁴ Ciò porterà Calamandrei, nella medesima seduta, ad affermare che *“le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato devono considerare come esaurito storicamente il loro compito”*.

I confini tra diritto soggettivo e interesse legittimo, nati quando imperava una netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ad avviso di Calamandrei, erano destinati ad assottigliarsi data la sempre più diffusa commistione tra queste due branche.¹⁶⁵

Ciò risultava dimostrato dalla necessità che si ebbe nel 1923 di prevedere una giurisdizione esclusiva del g.a..

Tali inconvenienti, invece, si sarebbero risolti ove si fossero trasformate le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in sezioni specializzate degli organi giurisdizionali ordinari.

3.2 *La tesi della pluralità delle giurisdizioni*

Sul lato opposto rispetto a quello di Calamandrei si collocava una seconda corrente di pensiero, ascrivibile a Costantino Mortati, che, invece, avrebbe voluto lasciare al legislatore ordinario la scelta se creare o meno nuove giurisdizioni speciali nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione.

Mortati, nella seduta del 27 novembre 1947, evidenziava che la *ratio* che sorreggeva il mantenimento o la creazione di “giurisdizioni speciali” la si rinvenisse considerando “*che il giudice ordinario non abbia quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati [...]. Questa la ragione per cui si crea il Consiglio di Stato, ritenendosi appunto che per certe controversie che*

¹⁶⁵ Sui fragili confini tra diritto pubblico e diritto privato si v. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 9, il quale afferma che è “ogni giorno più arduo ritrovare nella realtà di oggi le ragioni e le occasioni intorno alle quali venne edificandosi la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”.

*vertono fra l'amministrazione e gli impiegati, il giudice ordinario sia meno idoneo ad interpretare le leggi che si riferiscono a questi rapporti".*¹⁶⁶

All'orientamento che sosteneva l'unicità della giurisdizione controbatteva prontamente altresì Meuccio Ruini (Presidente della Commissione per la Costituzione e, al contempo, del Consiglio di Stato) che, pur riconoscendo l'opportunità di indirizzare l'ordinamento verso l'unicità della giurisdizione, affermò che ciò non sarebbe stato possibile in quella fase storica, a meno di non andare in contro a turbamenti e inconvenienti, a discapito dell'interesse dei cittadini.¹⁶⁷

Ruini, dopo aver messo in rilievo la funzione storica del Consiglio di Stato, formatosi *“non sottraendo la propria competenza alla magistratura ordinaria, ma conquistando nuovi campi di diritto e di libertà ai cittadini”*, ricordava che la possibilità di annullare i provvedimenti amministrativi non potesse essere accordata al giudice ordinario perché *“potrà esercitare tale delicatissima funzione soltanto un organo di struttura e di competenza amministrativa come il Consiglio di Stato”*. In conclusione, ribadendo le proprie convinzioni, affermava recisamente che la competenza del giudice amministrativo non avrebbe potuto neppure essere limitata ai soli interessi legittimi, essendo presenti materie e questioni in cui, data l'inscindibilità delle questioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, si giustificava una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁶⁶ C. MORTATI, intervento in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, in <http://legislatureprecedenti.camera.it/>. Lo stesso Mortati, nella precedente seduta pomeridiana del 21 novembre 1947 si era mostrato favorevole a un emendamento che consentisse al futuro legislatore ordinario di istituire giudici speciali.

¹⁶⁷ M. RUINI, intervento in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, in <http://legislatureprecedenti.camera.it/>.

Non meno efficace si rivelò il contributo di Giovanni Leone che, in Assemblea, nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, sostenne risolutamente che la giurisdizione amministrativa non fosse sorta “*come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*”.

Sullo sfondo di tali considerazioni vi era la convinzione che la nascita del giudice amministrativo avesse fornito al cittadino una tutela (quella degli interessi) che il giudice ordinario (competente ad occuparsi dei diritti) non avrebbe potuto garantire.

3.3 *La soluzione “mediana” dell’Assemblea costituente*

All’esito del dibattito si scelse una soluzione mediana, rifiutando l’emendamento di Mortati volto a consentire al legislatore, con riferimento alle controversie in cui fosse parte l’amministrazione, la creazione di organi giudiziari speciali a tutela del pubblico interesse, ma, mantenendo, al contempo, la giurisdizione amministrativa. Si scelse, dunque, l’ “unità nella pluralità” (o “la pluralità nell’unità”).¹⁶⁸

Fu così che nacquero gli artt. 103 e 113 Cost.: un espediente di compromesso che, pur accogliendo favorevolmente l’esperienza del sistema precedente alla Costituzione, ha avuto una portata profondamente innovativa, a partire dall’aver dato “copertura costituzionale” ad un assetto che si basava sulla legge ordinaria.

¹⁶⁸ Così F. S. MARINI, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in www.giustamm.it, 2014, 2, riprendendo le tesi di M. R. MORELLI, sub *art. 102*, in V. CRISAFULLI e L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 103.

Con l'equiparazione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi operata dall'art. 24 Cost., a cui sono assicurate le medesime garanzie di tutela giurisdizionale, è entrata in crisi la tradizionale concezione dell'interesse legittimo inteso come interesse protetto dall'ordinamento, non come tale, ma occasionalmente, in vista cioè della tutela del preminente interesse pubblico.¹⁶⁹

3.3.1 *L'equiparazione degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi nell'architettura costituzionale*

L'interesse legittimo, con la Costituzione, conquista una tutela diretta e non meramente occasionale, seppur intrinsecamente connessa con l'interesse pubblico, ma non esaurendosi, in ultima istanza, con un interesse al ripristino della legalità violata.

Si tratta di una posizione giuridica soggettiva del cittadino da vantare *contro* il potere pubblico per soddisfare interesse *propri*: l'interesse pubblico si colloca solo nello sfondo, non influenzando sull'esistenza dell'interesse legittimo, ma solo sulla sua soddisfazione.

Pertanto l'interesse legittimo è sempre protetto, sin dalla sua nascita (che coincide con il momento in cui il potere si esercita o dovrebbe essere esercitato), e, come tale, deve trovare adeguata tutela nel processo, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse pubblico.

¹⁶⁹ Per un'approfondita ricostruzione storica e disamina dell'interesse legittimo nel nostro ordinamento si v. F. G. COCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017.

Lo stesso art. 113 Cost., affermando espressamente che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi non possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti, ne assicura una piena garanzia.

Anche alla luce di ciò si spiega la portata generale dell'art. 103 Cost. che attribuisce al Consiglio di Stato e altri organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi. Si tratta di una giurisdizione che, ricomprendendo di regola tutte le controversie in cui si faccia questione di interessi legittimi, lungi dall'essere considerata speciale (cioè una *species* di un *genus* più ampio), ben può essere definita "generale"¹⁷⁰.

4 *La doppia anima del Consiglio di Stato: fondamenti e perplessità*

Per comprendere i rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato appare utile delineare, seppur brevemente, le peculiarità di quest'ultimo.

Collegandoci al ragionamento finora svolto, si può iniziare evidenziando che, con il nuovo sistema costituzionale, la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo è, tanto nella sostanza quanto nella forma, equivalente a quella del giudice ordinario¹⁷¹, distinguendosi dalla funzione consultiva del Consiglio di Stato

¹⁷⁰ Così F. G. SCOCA, *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, cit., 253. Con qualche sfumatura diversa si v. G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 349, secondo cui "il giudice amministrativo è giudice speciale in contrapposizione al giudice ordinario, ma che anch'egli è un giudice ordinario, in quanto dotato di una sfera generale di attribuzioni, essendo il giudice della discrezionalità amministrativa".

¹⁷¹ In questo senso V. BACHELET, *La giustizia amministrativa*, cit., 24.

che, in passato come oggi, rimane, ad avviso di alcuni, distonica rispetto all'ufficio di giudice.¹⁷²

In realtà, tale “doppia vocazione funzionale”¹⁷³ del Consiglio di Stato (giudice da un lato e organo ausiliario del Governo dall'altro) è espressione di una tradizione che ha trovato riconoscimento nella Carta Costituzionale.

Nella Sezione dedicata agli “*Organi ausiliari*” del Governo, infatti, all'art. 100 Cost., il Consiglio di Stato viene tratteggiato come organo di consulenza giuridico-amministrativa¹⁷⁴ e, riprendendo una celebre espressione di Silvio Spaventa, di tutela della “*giustizia nell'amministrazione*”.¹⁷⁵

Tale espressione, tuttavia, una volta riletta (e adattata) al nuovo sistema costituzionale, con buona probabilità deve considerarsi riferita al Consiglio di Stato solo allorché svolga la sua funzione consultiva e, in particolar modo, quando procede alla definizione dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato.¹⁷⁶

¹⁷² Si v. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, *passim*.

¹⁷³ Così G. C. FERONI, sub *art. 100*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 4, secondo cui per organi ausiliari devono intendersi gli organi la cui attività è diretta a favorire un migliore funzionamento degli organi legislativi o di amministrazione attiva.

¹⁷⁴ Si v. G. CARBONE, sub *art. 100*, in G. BRANCA E A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Bologna, 1994, 64; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, 391.

¹⁷⁵ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), oggi reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

In tema, *ex multis*, si v. G. M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 715 ss.; ID., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1989, V, 109 ss.; L. TARANTINO, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. e app.*, 2015, 5, 501 ss..

Sulla figura di Spaventa si v. E. CROCE, *Silvio Spaventa*, Milano, 1969; G. MELIS, *Silvio Spaventa*, in ID (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, I, Milano, 2006, 264 ss..

¹⁷⁶ In tal senso A. BARBERA, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4, 715 ss.. *Contra* F. G. SCOCA, *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, cit., 265 ss., secondo cui, nel testo costituzionale, l'espressione “giustizia nell'amministrazione” contenuta nell'art. 100 Cost. si riferisce anche all'attività giurisdizionale e, pertanto, essa oggi risulta inadeguata.

Al contrario, se si considerasse “giustizia nell’amministrazione” – incardinata, cioè, all’interno dell’organizzazione del potere esecutivo – l’attività giurisdizionale del Consiglio di Stato allora ciò si porrebbe decisamente in contrasto con le esigenze di terzietà e imparzialità, necessarie per considerare tale un giudice.

Tuttavia, anche una simile lettura del dato costituzionale non è agevole se confrontata con l’attuale struttura del supremo organo della giustizia amministrativa.

V’è da evidenziare, infatti, che, se l’accennata divisione può essere netta in via teorica, assai complessa si presenta sul piano empirico in quanto è assente una (auspicata) separazione delle carriere tra magistrati che compongono le Sezioni consultive e quelli che fanno parte delle sezioni giurisdizionali. Anzi, spesso si è verificata la contemporanea assegnazione dei medesimi magistrati alle sezioni giurisdizionali e alle sezioni consultive.¹⁷⁷

Ma, al di là delle persone fisiche, il problema circa l’indipendenza e la terzietà del Consiglio di Stato è strutturale. Si pensi soltanto all’ipotesi in cui debba pronunciarsi, in via giurisdizionale, su una questione in merito alla quale, in passato, abbia formulato un parere¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Basti pensare alla composizione della stessa Adunanza generale del Consiglio di Stato, a cui prendono parte tutti i consiglieri di Stato (sia che siano assegnati alle sezioni giurisdizionali sia che siano assegnati alle sezioni consultive). E, volgendo lo sguardo solo agli ultimi anni, esemplificativa è stata la composizione delle commissioni speciali istituite per l’esame dei disegni di decreti attuativi della c.d. riforma Madia, composta anche da consiglieri di Stato assegnati alle sezioni giurisdizionali.

¹⁷⁸ Per un’analisi fortemente critica della vigente disciplina strutturale della giurisdizione amministrativa si v. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 80 ss.. L’Autore evidenzia varie problematiche che incidono sull’imparzialità del Consiglio di Stato, tanto da considerarle incostituzionali: la nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato, il cumulo di funzioni giurisdizionali e consultive, gli incarichi extragiudiziali, la nomina governativa del presidente del Consiglio di Stato, etc..

Si veda anche l’ottima analisi di G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 889 ss., il quale, partendo dal dibattito svoltosi in seno all’Assemblea costituente, affronta le principali problematiche in tema di indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo.

4.1 *Le garanzie di autonomia e indipendenza del Consiglio di Stato nell'ordinamento sovranazionale*

L'associazione di funzioni consultive e giurisdizionali in seno al Consiglio di Stato non è certo una peculiarità dell'ordinamento italiano, tanto che, negli anni, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a partire dal caso *Procola* (che interessava il Consiglio di Stato lussemburghese¹⁷⁹), e poi nei casi *Kleyn* sul Consiglio di Stato olandese¹⁸⁰ e *Sacilor Lormines* circa il *Conseil d'Etat* francese¹⁸¹, è stata chiamata a pronunciarsi in relazione al doppio ruolo del supremo organo della giustizia amministrativa e alla sua compatibilità con l'art. 6 della Convenzione, in cui si

Uno degli autori più critici ha contestato la giurisdizione amministrativa, oltre che sotto il profilo strutturale di cui si è detto, anche in un'ottica funzionale, ossia sollevando obiezioni proprio in relazione al tipo di processo che si svolge dinanzi al giudice amministrativo. Così A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014, *passim* (e in particolare 19 ss.), ad avviso del quale nel processo amministrativo persiste una notevole asimmetria tra la parte pubblica e quella privata, con riferimento “*alla parità delle armi, al tempo del deposito e il compimento degli atti processuali, alla ridotta cogenza del principio dispositivo, alla rilevanza dell'iniziativa officiosa nell'istruttoria, alla insussistenza delle garanzie del contraddittorio nell'espletamento del mezzo tecnico (la verifica) più frequentemente utilizzato per l'accertamento dei fatti e l'acquisizione delle valutazioni tecniche, alla scarsissima utilizzazione della consulenza tecnica d'ufficio, che contribuisce all'esito negativo di tante richieste risarcitorie. (...) Altra deviazione rispetto allo statuto paritario del processo civile è la regola che limita nel processo amministrativo la portata del principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, poiché il giudicato investe solo le difese spiegate dall'amministrazione in giudizio, ma non quelle che essa avrebbe potuto spiegare, con la conseguenza che l'amministrazione è facoltizzata a rinnovare il provvedimento annullato con diversa motivazione*”.

¹⁷⁹ Corte EDU, sentenza 28 settembre 1995, *Procola c. Lussemburgo*, serie A n. 326, in cui si è considerata contrastante con la CEDU la normativa nazionale che consente ad alcuni membri del collegio giudicante del Consiglio di Stato di trattare la medesima questione di cui, in precedenza, siano stati chiamati ad occuparsene in sede consultiva. In tal caso, la commistione tra le due funzioni è stata ritenuta lesiva del principio di terzietà e imparzialità del giudice.

¹⁸⁰ Corte EDU, 6 maggio 2003, n. 39343/98, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 12, con nota di A. SANDULLI, *Indipendenza e imparzialità del giudice-consulente*. In tale *arrêt* la Corte non prende posizione sulla compatibilità astratta della struttura del Consiglio di Stato olandese rispetto alla CEDU, ma fa un'interpretazione molto restrittiva del concetto di “*même affaire*” che, se trattato nelle due sedi (consultiva e giurisdizionale), comprometterebbe l'indipendenza del giudice. Sicché, ad avviso della Corte, non sempre, ma solo in alcune circostanze, l'esercizio consecutivo di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali in seno ad una medesima istituzione può contrastare con il dettato della Convenzione.

¹⁸¹ Corte EDU, sentenza 9 novembre 2006, n. 65411/01, *Sacilor Lormines c. Francia*, in cui si riconosce che il cumulo tra funzioni giurisdizionali e funzioni consultive del Consiglio di Stato francese non è di per sé contrario all'art. 6 CEDU in quanto, seppur vi è una tradizionale vicinanza del Consiglio di Stato al potere esecutivo, ciò non è sufficiente per dedurne l'assenza di indipendenza.

riconosce ad ognuno il diritto ad essere giudicati da un tribunale “*indipendente e imparziale*”.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si afferma che, al fine di appurare se un giudice possa essere considerato indipendente, è essenziale verificare, in primo luogo, le modalità di nomina e la durata del mandato dei suoi membri. Tuttavia, quand’anche vi sia una nomina governativa, essa non è sufficiente per creare un rapporto di dipendenza tra il giudice e il potere esecutivo allorché i magistrati non ricevano pressioni o condizionamenti sulla loro attività giurisdizionale.¹⁸²

In secondo luogo va accertata l'esistenza di una tutela verso pressioni esterne e se vi sia o meno “*apparenza di indipendenza*” (*appearance of independence*)¹⁸³.

Con riferimento, invece all’ancillare condizione di imparzialità, essa, ad avviso della Corte EDU, è connotata da due aspetti.

Occorre anzitutto che il tribunale non manifesti soggettivamente alcun preconcetto né pregiudizio personale. Inoltre, esso deve essere oggettivamente imparziale, cioè offrire garanzie sufficienti per escludere a tale riguardo ogni legittimo dubbio.

La Corte, infine, mette in rilievo che “*even appearances may be of a certain importance*”.¹⁸⁴ Ne va della credibilità che i tribunali, in una società democratica, devono ispirare a coloro che sono parti di un giudizio, nonché alla collettività intera.

¹⁸² Utilissima è la *Guide on article 6* predisposta dalla Corte EDU, e consultabile nel suo sito istituzionale www.echr.coe.int, in cui, passando in rassegna la giurisprudenza della Corte, si legge “*The term “independent” refers to independence vis-à-vis the other powers (the executive and the Parliament) (Beaumartin v. France, § 38) and also vis-à-vis the parties (Sramek v. Austria)*”.

¹⁸³ Cfr. Corte EDU, 25 febbraio 1997, n. 22107/93, *Findlay c. Regno Unito*; e Corte EDU, 27 maggio 2013, n. 21722/11, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*.

¹⁸⁴ Cfr. Corte EDU, 28 ottobre 1998, n. 39343/98, *Castillo Algar c. Spagna*; nonché Corte EDU, 25 aprile 2015, n. 29369/10, *Morice c. Francia*, in cui, peraltro, si afferma che “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*”.

Con riferimento alle garanzie di indipendenza e autonomia del Consiglio di Stato italiano, la nostra Costituzione, a differenza di quanto avviene in relazione al giudice ordinario, non ha previsto l'istituzione di un organo di rilevanza costituzionale quale il Consiglio Superiore della magistratura, limitandosi, all'art. 108, comma 2, Cost., ad assicurarne l'"indipendenza" (ma non si parla di autonomia), rimettendo alla legge ordinaria la definizione delle norme che la assicurino (art. 100, ult. comm., Cost.).¹⁸⁵

5 La Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione

Nei paragrafi che precedono si è avuto modo di delineare, seppur per sommi capi, la complessità del nostro sistema giurisdizionale, frutto di vivaci elaborazioni storiche, ideologiche e giuridiche, sedimentatesi nel tempo ma sempre immerse in una dinamica e rapida evoluzione.

Si è visto come il principio di unità della giurisdizione non sia incompatibile con un assetto plurale delle giurisdizioni e che, con riferimento alla tutela nei confronti della pubblica amministrazione, la nostra Costituzione ha optato per un sistema dualistico, ai cui vertici si collocano Corte di Cassazione e Consiglio di Stato.

Quando, nel 2010, si dovette scrivere il nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) – essendo un'indubbia occasione di riforma, anche

¹⁸⁵ In questo senso G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, cit., 343 ss., secondo cui "Il modello voluto dai Costituenti fu quello di una indipendenza «forte» per la magistratura ordinaria e di una indipendenza «sufficiente» per le altre magistrature".

radicale, del sistema – vi furono plurimi dibattiti sulle varie problematiche (mai sopite) orbitanti intorno alla giustizia amministrativa.¹⁸⁶

Tra queste spiccava, però, il rapporto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione civile.

Per quel che interessa la presente trattazione, come si avrà occasione di specificare meglio nel corso dei successivi capitoli, il codice – dopo aver precisato, all’art. 7, quali controversie siano devolute alla giurisdizione amministrativa, ed aver regolamentato, negli articoli successivi, i rapporti tra la stessa e quella del giudice ordinario (in termini di questioni pregiudiziali, difetto di giurisdizione, regolamento preventivo e decisione sulle questioni di giurisdizione) – nel Libro III, si occupa dell’impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato dinnanzi alla Corte di Cassazione.

Recependo il dettato costituzionale, all’art. 110, infatti, il codice del processo amministrativo, statuisce che il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i *solì motivi inerenti alla giurisdizione*.

Analoga disposizione è contenuta anche nel codice di giustizia contabile¹⁸⁷ che, all’art. 207, statuisce che le decisioni della Corte dei conti in grado d'appello o in unico grado, e quelle emanate in sede di giudizio per la resa del conto, possono essere impuginate innanzi alla Corte di Cassazione, ai sensi degli articoli 362 c.p.c. e 111, comma 8, della Costituzione, per i *solì motivi inerenti alla giurisdizione*.

¹⁸⁶ Sull’impatto che ha avuto il codice del processo amministrativo nel nostro ordinamento si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.federalismi.it, 2012; nonché M. A. SANDULLI, *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II ed., Milano, 2013.

¹⁸⁷ Si tratta del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

In altre parole, la Corte di Cassazione si conferma quale giudice della giurisdizione, capace, quindi, di porsi *in apicibus* rispetto al giudice amministrativo.

Ma che significa giudice della giurisdizione?

Nell'ultimo decennio il dibattito intorno alla nozione di giurisdizione (ossia, secondo l'antica definizione, l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto¹⁸⁸) si è andato vieppiù intensificando a seguito del crescente ruolo che la Corte di Cassazione ha attribuito a sé stessa proprio come giudice supremo della giurisdizione.

Un concetto, quello di giurisdizione, che la giurisprudenza della Suprema Corte, più o meno convincentemente, ha cercato di rendere a maglie larghe, ossia, in un'ottica c.d. evolutiva, aperto ai condizionamenti del diritto vivente e, in particolar modo, agli influssi degli ordinamenti sovranazionali (*v. infra*).

Come si è già avuto modo di evidenziare, l'art. 65 ord. giud. e l'art. 111 Cost. assegnano alla Corte di Cassazione un duplice ruolo di vertice del sistema giurisdizionale italiano.

La prima delle due disposizioni, un po' ampollosamente, attribuisce alla Corte di Cassazione la funzione di "*organo supremo della giustizia*", che "*assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*", nonché "*l'unità del diritto obiettivo nazionale*" e "*il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*". Viene tratteggiata, quindi, come vertice dell'assetto delle giurisdizioni vocata a garantire più lo *ius constitutionis* che lo *ius litigatoris*.

Tale disposizione risulta in parte superata con la scelta pluralista effettuata dall'Assemblea Costituente, dovendo considerare Corti supreme anche il Consiglio

¹⁸⁸ S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 224 s..

di Stato e la Corte dei Conti.¹⁸⁹ Ma risulta ulteriormente smentita se si tiene conto che organi supremi della giustizia possono essere anche la Corte Costituzionale (proprio con riferimento al giudizio di costituzionalità e alle controversie di sua competenza, nonché all'interpretazione ultima delle norme costituzionali), nonché la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a cui spetta l'esatta interpretazione del diritto eurounitario.¹⁹⁰

L'altra disposizione che pone la Corte di Cassazione in un ideologico scranno più elevato rispetto al Consiglio di Stato è l'art. 111 Cost., che le attribuisce il potere di delimitare l'ambito e i limiti delle giurisdizioni.

È bene rilevare che, la c.d. questione di giurisdizione, rende il ruolo della Cassazione molto peculiare, agendo sovente sia come arbitro che come giocatore.

In altri termini, il giudice ordinario, di cui la Corte di Cassazione rappresenta il vertice, un "*vertice ambiguo*" secondo una fortunata definizione di Taruffo¹⁹¹, ben potrebbe essere uno dei giudici che "reclama" la giurisdizione per sé in una determinata fattispecie.

Questa criticità raggiunge il suo apice nel caso di conflitto (specie positivo) di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo; ma, per ovvie ragioni, risvolti non meno problematici possono rintracciarsi anche nel caso di regolamento preventivo o di impugnazione per difetto relativo di giurisdizione.

¹⁸⁹ *Contra* M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 42 s., ad avviso della quale la Costituzione si limita a prendere atto dell'esistenza di una Corte di Cassazione, recependone la struttura e le funzioni per come delineate dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

¹⁹⁰ Cfr. F. MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2003, 49, secondo cui, peraltro, quel presidio di unità e uniformità che l'art. 111 Cost. assicurerebbe, grazie al ricorso in cassazione contro tutte le sentenze, si potrebbe poi inaspettatamente vanificare proprio nel momento in cui ce ne sarebbe più bisogno, cioè in tempo di guerra, essendo consentito derogarvi per i tribunali militari.

¹⁹¹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

Tale aspetto sicuramente rischia di inficiare, anche solo in via teorica, l'obiettività e la terzietà della Corte regolatrice, che dovrebbe essere lontana da inclinazioni identitarie o ideologie di parte.

5.1 *Il tentativo della Cassazione di ampliare il proprio sindacato*

Autorevole dottrina ha recentemente parlato di una “lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica”, con ciò intendendo valorizzare il tentativo (o, quantomeno, la tentazione) crescente della Suprema Corte di intensificare il proprio controllo, anche di merito, sulle sentenze del Consiglio di Stato, quasi come quello operato sulle sentenze delle Corti d'appello.¹⁹²

Forse a tanto non siamo ancora giunti, tuttavia è innegabile – tanto da essere stato affermato anche dalla stessa Corte di Cassazione (v. *infra*) – che, logica conseguenza di una lettura evolutiva del concetto di giurisdizione, sia proprio l'ampliamento del sindacato per motivi inerenti alla stessa.¹⁹³

Il tentativo comunque non è nuovo. Già Salandra, più di un secolo fa, denunciava la tendenza della Corte di Cassazione ad allargare le sue competenze a scapito della giurisdizione amministrativa, mostrandosi “gelosa” della IV Sezione.¹⁹⁴

¹⁹² Ci si riferisce a R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss..

¹⁹³ Una decisa critica a tale orientamento è stata mossa da R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 108, secondo cui la questione di giurisdizione “è uno dei grimaldelli da utilizzare per scardinare il sistema dualistico a Costituzione invariata”.

Critico è anche G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo*, cit., secondo cui “oggi l'attacco viene anche dalla Corte di cassazione che, con un'interpretazione eccessivamente disinvolta della nozione di “motivi inerenti alla giurisdizione” tende, di fatto, a divenire giudice di terza istanza delle controversie attribuite al giudice amministrativo, con una inaccettabile forzatura del dato costituzionale”.

¹⁹⁴ A. SALANDRA, *Risoluzione delle controversie circa la competenza giurisdizionale e amministrativa*, ora in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 310, riportato in P. TANDA, *Il sistema dualistico di*

Il tema è centrale, in particolare, per la comprensione dell'intero sistema di giustizia amministrativa, posto che si tratta di delimitarne i confini di autonomia e il rapporto con le altre giurisdizioni, specie quella ordinaria.

L'indagine sull'ambito di azione della Cassazione, in definitiva, ci offre uno specchio sull'intero processo amministrativo – su ogni processo amministrativo – condizionandone i possibili esiti e, finanche, le posizioni giuridiche che in esso possono trovare tutela.

Con riferimento a tale ultimo profilo si ricordi esemplificativamente la sentenza resa dalle Sezioni Unite nel noto caso *Italia nostra* che negò consistenza giuridica ai c.d. interessi diffusi, riconosciuta invece dal Consiglio di Stato.¹⁹⁵

In tale caso, che riguardava la possibilità per una associazione ambientalista di ricorrere in giudizio avverso provvedimenti amministrativi lesivi per l'ambiente, le Sezioni Unite hanno cassato senza rinvio, per difetto assoluto di giurisdizione, la sentenza del Consiglio di Stato aveva riconosciuto all'ente esponenziale la sussistenza del potere di impugnativa.

In questa eventualità la Cassazione, andando ben oltre il semplice campo processuale, ha influito energicamente sull'aspetto sostanziale della tutela, disconoscendo rilevanza giuridica a una situazione giuridica soggettiva.

In altre parole, attraverso uno strumento processuale, le Sezioni Unite sono penetrate nel nucleo profondo dell'attività giurisdizionale chiarendo se vi fosse o meno la legittimazione ad adire un giudice, incidendo, quindi, non solo sull'ambito

contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico e giurisdizione unica, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1, 170.

¹⁹⁵ Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 1979, I, 167, che ha cassato la sentenza Cons. St., sez. V., 9 marzo 1973, n. 253. Sul caso *Italia nostra* si v. L. ZANNUTTIGH, "*Italia Nostra*" di fronte al Consiglio di Stato, in *Foro it.*, 1974, III, 33 ss..

di competenze del giudice amministrativo, ma anche sulla concreta possibilità che questi potesse accordare tutela.

Di tali problematiche si darà conto nei successivi capitoli, nei quali verrà esaminato analiticamente, nei suoi connotati salienti, proprio il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione proposto avverso le sentenze del Consiglio di Stato, la sua disciplina processuale, nonché le questioni ancora irrisolte.

CAP. III

IL RICORSO IN CASSAZIONE AVVERSO LE SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO PER “MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE”

1 Il ricorso in cassazione avverso le “sentenze” del Consiglio di Stato: profili processuali

Ultimata la panoramica generale sui fondamenti storici della giustizia amministrativa, sul suo rapporto con l'autorità giudiziaria ordinaria e sulle reciproche interrelazioni tra le due giurisdizioni, e dopo aver illustrato la genesi e la delineazione nell'architettura costituzionale dei rispettivi vertici (Cassazione e Consiglio di Stato), è bene adesso concentrare *funditus* l'attenzione sugli artt. 111, comma 8, Cost. e 110 c.p.a., e sui profili processuali del ricorso in cassazione *per motivi inerenti alla giurisdizione*.

Si tratta di un mezzo di impugnazione ordinario, la cui esperibilità, cioè, impedisce il passaggio in giudicato della pronuncia contestata.

A differenza dell'appello il ricorso in cassazione non ha effetto devolutivo e, pertanto, non assume i connotati di un terzo grado di giudizio.¹⁹⁶

Emblematica, infatti, è la sua natura di impugnazione con oggetto rescindente, essendo finalizzata a caducare la pronuncia *sub iudice*, mentre l'eventuale giudizio rescissorio spetta al giudice del rinvio.

¹⁹⁶ Sulla mitigazione di tale principio, quantomeno con riferimento al giudizio di cassazione avente ad oggetto le pronunce del giudice ordinario non si può non rinviare ad A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005, *passim*. Si v. inoltre C. CONSOLO, *Sul «processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 297 ss.; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, XXVI ed., II, 2017, 531 ss..

Come avviene di regola per ogni processo, per poter adire la Corte di Cassazione è necessario che sussistano le due condizioni dell'azione: interesse a ricorrere (determinato dalla soccombenza e consistente nella volontà di ottenere una pronuncia che soddisfi la pretesa sostanziale) e legittimazione ad agire (che, nel caso del ricorso in cassazione, coincide con la qualità di parte nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata)¹⁹⁷. L'assenza anche di una sola delle due condizioni rende il ricorso inammissibile.

Mancando specifiche previsioni derogatorie, al mezzo impugnatorio *de quo* si applicano, con tutta evidenza, anche in virtù della clausola di rinvio esterno contenuta all'art. 39 c.p.a., le disposizioni contenute nel codice di procedura civile e riguardanti l'ordinario ricorso in cassazione.

Nei paragrafi che seguono si procederà ad una rapida rassegna delle principali problematiche processuali legate al ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

1.1 La sospensione del giudizio

Una disposizione appositamente contenuta nel codice del processo amministrativo, all'art. 111, è quella che dispone che il Consiglio di Stato, su istanza di parte, in

¹⁹⁷ Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario (si v. Cass., Sez. III, 18 novembre 1993, n. 11366, in *Foro it. Rep.* 1994, voce *Impugnazioni civili*, n. 26 e *Giur. it.*, 1994, I, 1, 390), legittimato al ricorso in cassazione è anche il litisconsorte necessario che, pur essendo stato parte in primo grado, sia stato pretermesso in appello. Secondo tale tesi, il principio secondo il quale la legittimazione all'impugnazione è limitata a coloro che sono stati parti nel processo in cui la sentenza è stata pronunciata, può essere estensivamente inteso nel senso di riferirlo anche a chi, già parte in primo grado, sarebbe stato potenzialmente tale in quello di appello.

caso di *eccezionale gravità ed urgenza*, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata in cassazione e disporre le altre opportune misure cautelari.

L'istanza deve essere previamente notificata alle altre parti, consentendo così un tempestivo contraddittorio, e il procedimento si svolge con il rito camerale, seguendo il procedimento di cui agli artt. 55, commi 5, 6 e 7, e 56, commi 1, primo periodo, 2, 3, 4 e 5, c.p.a.

Il legislatore ha quindi individuato nel Consiglio di Stato l'organo preposto a sospendere gli effetti delle proprie sentenze e a concedere le misure cautelari durante il tempo necessario alla Corte di Cassazione per pervenire ad una pronuncia.

La norma è sintonica con l'art. 373 c.p.c. per cui il ricorso in cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata: è il giudice che l'ha pronunciata che, su istanza di parte, può disporre la sospensione o il versamento di una cauzione, qualora dalla sua esecuzione possa derivarne un *danno grave ed irreparabile*.

Tuttavia tra le due disposizioni a confronto vi sono delle differenze non trascurabili. La prima la si rintraccia facilmente: solo l'art. 373 c.p.c. prevede, unitamente alla sospensione della sentenza, anche il versamento di una cauzione. Tale difformità tuttavia non appare decisiva posto che l'art. 111 c.p.a. consente al Consiglio di Stato di disporre "*altre opportune misure cautelari*", tra le quali, appunto, ben può annoverarsi il versamento di una cauzione; ma soprattutto perché rinvia all'art. 55, comma 2, c.p.a.. Tale disposizione prevede, infatti, che qualora dalla decisione sulla domanda cautelare possano derivare effetti irreversibili, il collegio possa disporre

la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare.

Deve comunque specificarsi che la concessione o il diniego della misura richiesta, per espressa previsione della medesima disposizione, non può mai essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

La seconda differenza la si scorge analizzando i presupposti richiesti per la sospensione: da un lato l'art. 111 c.p.a. richiede che vi sia “*eccezionale gravità ed urgenza*”, dall'altro l'art. 373 c.p.c. che il danno sia “*grave e irreparabile*”.

La differenza qui non si deve considerare meramente terminologica.

Se nel processo civile l'impugnazione in cassazione si pone in un piano, per così dire, lineare-verticale, svolgendosi all'interno della stessa giurisdizione – per cui deve essere necessario, ma al contempo sufficiente, che vi sia un danno grave (cioè di non lieve entità) perché la sentenza venga sospesa –; l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato ha, al contrario, una proiezione trasversale, quasi eccezionale (lo dimostra il presupposto: i *soli* motivi inerenti alla giurisdizione), sicché la sospensione delle sentenze deve avvenire in casi del tutto straordinari. In entrambe le ipotesi, comunque, oltre al *periculum in mora* vi deve essere, in più, la necessaria presenza del *fumus boni iuris*, ossia concrete possibilità di successo.

1.2 *Il provvedimento impugnato*

Limitando per il momento l'analisi ai soli aspetti processuali, giova sin d'ora evidenziare che né l'art. 111, comma 8 Cost., né l'art. 110 c.p.a. circoscrivono

l'impugnabilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato alle sole pronunce in tema di interessi legittimi, sicché ben sarà possibile contestare anche quelle concernenti diritti soggettivi emanate in sede di giurisdizione esclusiva.

Un elemento di maggiore perplessità, invece, concerne l'individuazione degli atti giudiziari avverso i quali si possono adire le Sezioni Unite.

Nonostante il codice di rito amministrativo riproduca testualmente il dettato costituzionale con riferimento ai motivi di ricorso in cassazione¹⁹⁸, una divergenza – quantomeno lessicale – la si rintraccia, però, nella tipologia di provvedimenti impugnabili.

1.2.1 Casi dubbi: i provvedimenti cautelari e interlocutori

L'art. 110 c.p.a., più precisamente, disciplina l'impugnazione delle sole *sentenze* del Consiglio di Stato, contrariamente all'art. 111, comma 8, Cost. e all'art. 362, comma 1, c.p.c. che, in via più generica, fanno un indistinto riferimento alle *decisioni*.

Stando alla lettera delle disposizioni, ciò che sembra certo, pertanto, è che debba trattarsi di provvedimenti quantomeno aventi natura decisoria, ossia implicanti una pronuncia su una questione controversa o, comunque, *sub iudice*, capace di

¹⁹⁸ Una leggera differenza terminologica, senza alcuna conseguenza pratica, la si trova invece nel codice di procedura civile che, all'art. 362, parla di motivi *attinenti* alla giurisdizione. Difatti, come già evidenziato all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione da G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 276 s. (nt. 7), le espressioni "inerenti" e "attinenti" sono talmente equivalenti "*che lo stesso presidente della Commissione di redazione, nell'espone il contenuto della disposizione dettata nel capoverso, parlò di ricorso per questioni attinenti alla giurisdizione mostrando così la completa equivalenza delle due espressioni*". *Contra* L. VERRIENTI, voce *Ricorso per Cassazione (decisione giurisdizionale amministrativa)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, il quale valorizza le differenze terminologiche che, a detta dell'Autore, attribuirebbero significati parzialmente diversi.

condizionare, in modo risolutivo le situazioni giuridiche introdotte nel processo. Ciò porta inevitabilmente ad escludere, ad esempio, i provvedimenti giudiziari aventi natura interlocutoria o ordinatoria, in cui il giudice, cioè si sia limitato a regolamentare lo svolgimento del giudizio (si pensi al decreto di fissazione udienza).¹⁹⁹

Di tale avviso sembra essere anche la Corte di Cassazione, che, a sostegno di tale tesi, ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso proposto avverso l'ordinanza avente natura interlocutoria con cui il Consiglio di Stato, adito in via di ottemperanza, aveva ordinato l'integrazione del contraddittorio.²⁰⁰

Analogo orientamento si è avuto anche nel caso di impugnazione di un'ordinanza che aveva, come solo contenuto cogente, l'ordine impartito al *Commissario ad acta* di proseguire in un procedimento di ottemperanza. A tal proposito, la Suprema Corte ha qualificato l'ordinanza come provvedimento meramente interlocutorio e ordinatorio, privo, quindi, tanto del carattere della decisorietà e della definitività, quanto dell'attitudine a passare in cosa giudicata.²⁰¹

Similmente è stato disposto recentemente con riferimento al procedimento cautelare. La Suprema Corte ha affermato chiaramente che l'ordinanza cautelare con cui il Consiglio di Stato si sia pronunciato in sede di appello sulla sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo non è sindacabile *ex artt. 362 c.p.c. e 111 Cost.*

¹⁹⁹ Sui tipi di provvedimenti giudiziari si rinvia a C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, cit.*, 499 ss.; G. F. RICCI, *Natura dell'impugnativa in Cassazione e i provvedimenti ricorribili, in Il giudizio civile di cassazione*, III ed., Torino, 2019, 47 ss..

²⁰⁰ Cass., Sez. Un., 26 aprile 2013, n. 10060, in *Foro it. Rep.*, 2013, *Giustizia amministrativa*, n. 1408.

²⁰¹ Cass., Sez. Un., 4 ottobre 2019, n. 24856.

Tale rimedio, affermano le Sezioni Unite, è consentito solamente avverso pronunce dal contenuto decisorio, idonee, cioè, a incidere in via definitiva sulle posizioni dedotte in giudizio. Ciò chiaramente esclude quelle misure dal carattere ontologicamente provvisorio, quali quelle cautelari, destinate a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito.²⁰²

I provvedimenti cautelari, infatti, anche allorché interessino posizioni di diritto soggettivo, non statuiscono su di esse con la forza dell'atto giurisdizionale idoneo ad assumere autorità di giudicato, neppure sul punto della giurisdizione.²⁰³

1.2.2 La definizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Un indubbio elemento di perplessità riguarda la possibilità di ricorrere in cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* avverso il decreto che decide il ricorso straordinario al Capo dello Stato, trattandosi di provvedimento avente natura formalmente amministrativa e non giurisdizionale, tantomeno qualificabile come sentenza.

Com'è noto, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un peculiare procedimento di secondo grado, attivabile su istanza dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso e finalizzato alla risoluzione di un conflitto concernente la legittimità di atti amministrativi divenuti definitivi.²⁰⁴

Dopo le riforme avviate prima con la legge 18 giugno 2009 n. 69, e poi con il codice del processo amministrativo, il ricorso *de quo*, nonostante si concluda con una

²⁰² Cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1247, in *Giur. it.*, 2004, 2042; Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9151, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1052; Cass., Sez. Un., 27 novembre 2015, n. 24247, in *Foro it. Rep.*, 2015, *Cassazione civile*, n. 88.

²⁰³ Così Cass., Sez. Un., 4 aprile 2017, n. 8685.

²⁰⁴ La sua disciplina è contenuta nel d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

pronuncia che assume la veste formale di d.P.R., ben può essere assimilato ad un procedimento giurisdizionale, malgrado continuino a permanere alcuni elementi di criticità, soprattutto con riferimento all'istruttoria (affidata alla medesima p.a., essendo peraltro esclusa la consulenza tecnica d'ufficio), e al contraddittorio (non essendo contemplata né la pubblica udienza né la discussione orale, e neppure occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell'adunanza).²⁰⁵

Da ultimo, un'importante consacrazione della natura sostanzialmente giurisdizionale è pervenuta dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 73 del 2014, ha affermato che i plurimi interventi legislativi in materia hanno *“modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio*

²⁰⁵ Sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato la bibliografia è copiosissima, si v., tra i molti, A. AULETTA, *Il legislatore “muove un passo” (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss.; ID., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *www.giustamm.it*, 2011; 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, 2664 ss.; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012; C. E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 548 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la L. n. 69 del 2009, Notazioni a margine di TAR Lazio, Roma, Sez. I, sent. 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 617 ss.; L. MARUOTTI, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *www.giustamm.it*, 2011; G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la L. n. 69 del 2009, alla luce di una monografia sul tema*, in *www.giustamm.it*, 2010; S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni, in federalismi.it*, 2017; P. QUINTO, *Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2011; ID., *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011; ID., *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *www.giustamm.it*, 2011; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.; ID., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 1476 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 421 ss.; ID., *Alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 123 ss.; ID., *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss.; L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *www.federalismi.it*, 2011.

giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un giudizio””, quantomeno, nel caso all’esame della Corte relativo alla possibilità per la sezione consultiva del Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale.²⁰⁶

La sostanziale giurisdizionalizzazione è stata anche affermata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.²⁰⁷

Il supremo consesso dei giudici amministrativi infatti, chiamato a pronunciarsi su tale rilevante questione di diritto, ha concluso per *“la natura sostanzialmente giurisdizionale”* del ricorso straordinario e della correlativa decisione, sicché il decreto presidenziale, che recepisce il parere del Consiglio di Stato, *“pur non essendo, in ragione della natura dell’organo e della forma dell’atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell’intangibilità, propria del giudicato, all’esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti”*.

Più nel dettaglio, depongono per la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato: (i) la vincolatività del parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, così come modificato dalla l. n. 69 del 2009; (ii) la possibilità, prevista dal nuovo testo del primo comma dell’art. 13 del d.P.R.

²⁰⁶ Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 73, in *Foro it.*, 2014, I, 2402. Sull’impatto di tale pronuncia si v. in particolare E. FURNO, *La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l’insorgere di un nuovo “giudice a quo”!*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: Atti del Convegno*, Roma, 9 ottobre 2015, Torino, 2015, 6 ss..

²⁰⁷ Cons. St., Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Foro it.*, 2013, III, 476, e in *Foro amm.*, 2014, 1, 11 ss., con nota di P. GOTTLI, *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*; e n. 10, in *Corr. giur.*, 2014, 2, 224 ss., con nota di A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*.

n. 1199 del 1971, di sollevare questione di legittimità costituzionale; (iii) l'estensione del rimedio dell'ottemperanza *ex art. 112 c.p.a.*; (iv) la possibilità di agire in revocazione avverso la decisione del ricorso straordinario; (v) il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia UE (sentenza 16 ottobre 1997, in cause riunite C-69-79/96) della natura giurisdizionale del Consiglio di Stato in sede di decisione di un ricorso straordinario al fine di consentirgli di sollevare una questione pregiudiziale interpretativa; (vi) l'obbligo previsto dall'art. 37 della legge n. 111 del 2011 del pagamento del contributo unificato, così come avviene per i ricorsi in via giurisdizionale; (vii) la facoltà di opposizione prevista dall'art. 48 c.p.a., in favore di qualsiasi parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, di proporre opposizione e così trasporre il giudizio dinnanzi al TAR. Il medesimo articolo, peraltro, statuisce che, qualora l'opposizione sia inammissibile, il TAR debba disporre la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del *giudizio* (lo si qualifica proprio così) in sede straordinaria. Peraltro, al fine di evitare un'indebita sovrapposizione, il legislatore, al comma 8 dell'art. 7 c.p.a., ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (peraltro ne rimangono escluse alcune, come nel caso degli appalti pubblici *ex art. 120 c.p.a.* o del contenzioso elettorale *ex art. 128 c.p.a.*), sicché la giurisdizione diventa il generale presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto avviene per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. Di tale evoluzione dell'istituto del ricorso straordinario ne hanno inevitabilmente risentito anche i mezzi di tutela avverso le decisioni emesse al suo esito.

Infatti, sul presupposto della sua qualificazione di rimedio amministrativo – pur *sui generis*, ponendosi al di fuori dell’ordinamento gerarchico della p.a. – in un primo momento la Corte di Cassazione escludeva la possibilità di esperire ricorso *ex art.* 111, comma 8, Cost., avverso il d.P.R. che definiva il procedimento.²⁰⁸

Dopo le summenzionate riforme, e la conseguente innovazione del quadro normativo di riferimento, invece, l’orientamento è decisamente mutato.

Oggi, infatti, la Corte regolatrice afferma esplicitamente che il decreto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ricava dal parere vincolante del Consiglio di Stato la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale; pertanto, contro tale decreto deve considerarsi ammissibile il ricorso *ex art.* 111, 8° comma, Cost..²⁰⁹

Particolarmente significativa sul punto è anche la recente presa di posizione delle Sezioni Unite, le quali, riconoscendo natura giurisdizionale al ricorso straordinario, ne fanno derivare *“il corollario dell’idoneità del decreto emesso dal Presidente della Repubblica a seguito di ricorso straordinario, a formare “giudicato”. Una volta ritenuto che il procedimento relativo al ricorso in questione è esercizio di funzione giurisdizionale da parte del plesso giurisdizionale Consiglio di Stato -*

²⁰⁸ Così Cass., Sez. Un., 11 novembre 1988, n. 6075. e Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2005, n. 734.

²⁰⁹ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro it.*, 2013, I, 2587, in cui, al punto 17, si legge *“In sintesi lo sviluppo normativo e giurisprudenziale di cui si è detto finora consente di assegnare al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, nel procedimento per ricorso straordinario la natura sostanziale di decisione di giustizia e quindi natura sostanziale giurisdizionale: ossia vi è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell’atto impugnato con ricorso (straordinario) di una parte e senza l’opposizione (e quindi con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per accedere direttamente — e quindi per saltum — al controllo di legittimità del Consiglio di Stato”*.

Presidente della Repubblica, deve necessariamente concludersi che tale decreto formi “giudicato””.²¹⁰

In conclusione, quindi, la giurisprudenza della Corte regolatrice tratta le decisioni emesse a seguito di ricorso straordinario come “decisioni di giustizia” e, quindi, frutto dell’esercizio della giurisdizione, così permettendone il sindacato sulla giurisdizione.

Addirittura si parla di “*plesso giurisdizionale Consiglio di Stato - Presidente della Repubblica*”, come se i due organi si fondessero in un unico organo giurisdizionale. Tale orientamento non pare pienamente condivisibile, quantomeno in relazione alla corretta individuazione del provvedimento impugnabile.

L’art. 111, comma 8, Cost. dispone, infatti, che ad essere impuginate siano decisioni del Consiglio di Stato, e da questo dato testuale non si può prescindere!

Non appare controvertibile, infatti, che un decreto del Presidente della Repubblica, seppur conforme al parere del Consiglio di Stato, non possa mai essere un atto di quest’ultimo, né un atto soggettivamente o oggettivamente giurisdizionale, neppure per effetto del recepimento del suddetto parere.

Per recuperare la coerenza del sistema –anche sotto il profilo strettamente letterale – e rendere quindi compatibile l’art. 110 c.p.a. con le restanti disposizioni sopra menzionate, con un’interpretazione estensiva, deve verosimilmente ritenersi che, si possano impugnare dinnanzi alla Corte di Cassazione tutti i provvedimenti che, pur

²¹⁰ Cass., Sez. Un., 6 settembre 2013, n. 20569. Si v. anche Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19786, secondo cui il ricorso straordinario al Capo dello Stato è “*un procedimento di natura giurisdizionale, con una marcata connotazione di specialità*” (Cass., sez. un., 10414 del 2014), connotazione che però, lungi dall’implicare il riconoscimento della natura amministrativa della procedura e dell’atto che la definisce, risulta coerente con la volontà di enucleare un rimedio giurisdizionale semplificato, in unico grado, imperniato su sostanziale assenso delle parti”.

non assumendone la veste formale, abbiano però “*natura di sentenza*”²¹¹, ossia decisioni che, indipendente dalla loro denominazione, siano finali (e non strumentali), esplicando la *potestas iudicandi* del giudice.

E, nondimeno, deve trattarsi di decisioni connotate dal duplice requisito della *decisorietà* (ossia idonee ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, immutabili nella sede adita e destinate a passare in giudicato o, comunque, a produrre effetti preclusivi o incontrovertibili, assimilabili a quelli derivanti dal giudicato) e della *definitività* (cioè mancanza di qualsiasi rimedio impugnatorio diverso dal ricorso in cassazione).

Ma, si ripete, deve trattarsi, comunque, di decisioni del Consiglio di Stato.

Sicché, a nostro avviso, se può ammettersi l’impugnazione di una decisione per motivi inerenti alla giurisdizione, questa non può che rivolgersi contro il parere reso dal Consiglio di Stato, e non contro il decreto del Presidente della Repubblica.²¹²

Quest’ultimo rappresenta ormai, verosimilmente, un’inutile complicazione procedurale, un orpello formale che deve limitarsi a prendere atto e recepire il parere (*rectius* la decisione) del Consiglio di Stato in sede consultiva.²¹³

²¹¹ Così G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2019, 125.

²¹² Posizione avvincente quella di F. G. COCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario*, cit., 2380, che si pone tale quesito: “*se si considera decisione il ‘parere’ del Consiglio di Stato, il ricorso in Cassazione deve limitarsi ai motivi di giurisdizione, in virtù dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost.; se invece la decisione del ricorso straordinario si identifica nel decreto presidenziale, si potrebbe aprire la strada per consentire di proporre in Cassazione tutti i motivi di impugnazione elencati nell’art. 360 c.p.c. Ai posteri l’ardua sentenza*”. *Contra* F. SAITTA, *Il ricorso straordinario*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1328, il quale, in considerazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, esclude che si possa proporre ricorso avverso la decisione che definisce il ricorso straordinario. L’argomentazione, seppur autorevolmente sostenuta, non pare convincente giacché il mezzo di impugnazione (*i.e.* il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione) rispetterebbe pienamente il principio di tassatività, in quanto già previsto dal legislatore. Il problema, se mai, è quello di cui si è data evidenza, ossia se sia o meno qualificabile come “sentenza” la decisione emessa all’esito del ricorso straordinario.

²¹³ Per amor di completezza, non si può escludere, tuttavia, che al Presidente della Repubblica permanga il potere di controllo formale tanto sul procedimento svoltosi dinanzi al Consiglio di Stato quanto sul parere emesso, potendo quindi, verosimilmente, rimettere gli atti nuovamente al

Il parere, infatti, ha un'indubbia rilevanza (anche) esterna al procedimento, concludendolo nella sostanza, e in modo definitivo.

Deve ragionevolmente ritenersi, difatti, che, in virtù del principio di effettività e pienezza della tutela, – nel caso, più di scuola che patologico, in cui al parere non segua un decreto del Capo dello Stato – si possa richiedere direttamente l'ottemperanza del parere, prescindendo dunque dal decreto.

Del resto, è costantemente ammesso che il parere, di per sé solo, possa disporre misure cautelari e che per l'esecuzione di tali misure cautelari (c.d. ottemperanza cautelare) bisogna rivolgersi al Consiglio di Stato in sede consultiva.²¹⁴

Da quanto dedotto allora deve concludersi che il ricorso *ex art. 111*, comma 8, Cost. debba esperirsi contro il parere e non contro il decreto del Presidente della Repubblica.

Sicché, in caso di accoglimento del ricorso – e quindi ove il parere venisse annullato per motivi inerenti alla giurisdizione – dovrà considerarsi il d.P.R. irrimediabilmente caducato, rappresentando il parere il suo unico presupposto giuridico.

Se così è, attribuendosi natura giurisdizionale al parere del Consiglio di Stato, deve necessariamente escludersi che la Cassazione, come ha fatto in passato, possa disapplicare, ai sensi dell'Allegato E della l. n. 2248 del 1865, le decisioni

Consiglio di Stato ove, ad esempio, il ricorso non sia stato notificato a tutti i controinteressati o se il parere non riporti alcuna sottoscrizione.

²¹⁴ Così Cons. St., ordd. 23 gennaio 2017, nn. 231, 232, 233 e 234, in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI e M. LIPARI, *Foro amm.*, 2016, 12, 28881 ss., con nota di R. PAPPALARDO, *Sul difetto di competenza della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato a conoscere dell'attuazione della misura cautelare disposta dalla Sezione consultiva in sede di esame di un ricorso straordinario al Capo dello Stato*.

straordinarie rese su controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.²¹⁵

Se invece si considerasse atto giurisdizionale lo stesso decreto del Presidente della Repubblica – considerando il Capo dello Stato, quindi, alla stregua di un giudice speciale – allora il rimedio impugnatorio, a rigore, non dovrebbe essere quello di cui all'art. 111, comma 8, Cost., bensì quello di cui al comma 7 e, quindi, esteso a tutti i casi di violazione di legge.

Tale tesi non pare però condivisibile, non solo in virtù del divieto previsto dalla nostra Carta Costituzionale di istituire giudici speciali, ma anche perché altererebbe la natura di un organo costituzionale quale è il Presidente della Repubblica il quale tra le sue attribuzioni costituzionali non annovera quella di organo giurisdizionale.

1.2.3 Sentenze non definitive e sentenze parzialmente definitive

Quando si discorre di ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato sicuramente, in prima battuta, ci si riferisce alle sentenze definitive, ossia alle sentenze che concludono il processo di fronte al giudice adito, riconoscendo la spettanza o meno della tutela giurisdizionale richiesta dal ricorrente.

²¹⁵ Si v. Cass., sez. III, sentenza 2 settembre 2013, n. 20054, secondo cui “*solo i ricorsi al Capo dello Stato proposti a far tempo dal momento successivo all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo ricadano sotto il nuovo regime della giurisdizionalizzazione, dato che solo il completamento dell'evoluzione legislativa da esse segnalata ha determinato la giurisdizionalizzazione*”. Ne consegue, ad avviso della Cassazione, che solo le decisioni presidenziali adottate all'esito di ricorsi proposti a partire da tale data hanno natura giurisdizionale e sono suscettibili di passare in giudicato. Sicché, l'attitudine a divenire cosa giudicata ne esclude, conseguentemente, la natura di mero atto giustiziale di valore amministrativo, cioè provvedimento, come tale disapplicabile ai sensi dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso n. 2248, All. E, del 1865.

Si pone, invece, il problema dell'applicabilità dell'art. 111, comma 8, Cost. (e della normativa attuativa) alle sentenze non definitive e a quelle parzialmente definitive del Consiglio di Stato, ossia a quelle sentenze che si limitano a risolvere una o più questioni processuali o di merito, senza però porre fine al giudizio, oppure che accolgono o rigettano alcune soltanto delle domande oggetto del processo.²¹⁶

Va preliminarmente segnalato, infatti, che anche nel processo amministrativo si possono avere sentenze non definitive e parzialmente definitive. A sostegno di tale assunto si pone già l'art. 36, comma 2, c.p.a., in cui si statuisce che “*il giudice pronuncia sentenza non definitiva quando decide solo su alcune delle questioni, anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa*”. In questo caso il legislatore del codice del processo amministrativo riporta sotto l'unica denominazione di “sentenza non definitiva” le diverse *species* ascrivibili a tale forma di pronuncia del giudice, e di cui si darà conto *infra*.

Tornando al quesito iniziale, secondo la prospettazione che pare preferibile, ben sarebbe possibile impugnare in cassazione una *sentenza parzialmente definitiva* del Consiglio di Stato, essendo tale rimedio previsto in generale nel codice di procedura civile e trattandosi di un provvedimento dal contenuto decisorio e irretrattabile. Nell'ambito dei provvedimenti del giudice, infatti, una delle caratteristiche, forse la principale, che distingue la sentenza (sia essa definitiva o parziale) dall'ordinanza, è proprio l'irretrattabilità che connatura la prima. Sicché, una volta emanata la sentenza parzialmente definitiva, il giudice non potrà più ritornare sui

²¹⁶ Sulla distinzione tra sentenza definitiva e non definitiva si rimanda agli studi processualcivili, tra i quali si ricordano G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, IV ed., 1, Bari, 2015, I, 128 s.; A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, 1997; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IX ed., II, Milano, 2017, 179 ss..

propri passi e revocare il *decisum* o renderlo ineffettivo con una successiva pronuncia di segno contrario.

Infatti, come ci insegnano i processualcivili, “*la decisione con provvedimento che ha forma di sentenza ha la seguente caratteristica: il giudice, con la pronunzia della stessa, esaurisce il potere (e quindi anche il dovere) giurisdizionale in ordine alla questione decisa*”.²¹⁷

Insomma, “*l’essersi pronunciato con sentenza comporta per il giudice un vincolo assoluto, del quale non può in ogni caso liberarsi*”.²¹⁸

Questa soluzione, tuttavia, merita alcune precisazioni, distinguendo le sentenze parzialmente definitive (di cui si è discusso finora) da quelle non definitive.

Iniziando con le prime, ai sensi del combinato disposto dell’art. 361, comma 1, c.p.c., è ammesso il ricorso in cassazione contro le sentenze che decidono una o alcune delle *domande* senza definire il giudizio, ove parte soccombente non ne faccia apposita riserva: si tratta di sentenze parzialmente definitive perché, appunto, il giudice decide solo su alcune domande.

Sicché, ad esempio, laddove il giudice amministrativo statuisca solamente in merito alla spettanza del diritto al risarcimento danni, facendo proseguire il processo per la quantificazione degli interessi, ben potrebbe la parte soccombente impugnare in cassazione la sentenza per motivi inerenti alla giurisdizione.

Alla stregua di siffatte considerazioni, non si individuerebbero ragioni per impedire l’impugnazione in cassazione di una sentenza parzialmente definitiva del Consiglio di Stato, giacché trattasi di decisioni destinate ad incidere definitivamente sulle posizioni giuridiche delle parti, per cui non risulterebbe utile attendere una

²¹⁷ F. P. LUIO, *op. ult. cit.*, 179.

²¹⁸ F. P. LUIO, *Diritto processuale civile, cit.*, 180.

decisione successiva che mai non potrebbe indebolirne la portata precettiva. L'interesse all'impugnazione, in questi casi, sorge subito.

Conseguenza necessaria è che l'impugnazione di una sentenza parzialmente definitiva che abbia deciso su una o più domande, ove non si faccia riserva, appare necessaria per non incorrere nelle inevitabili decadenze processuali e, quindi, nel passaggio in giudicato della pronuncia.

Il ragionamento innanzi delineato si complica con riguardo alle sentenze non definitive (che decidono su questioni).

A norma dell'art. 360, comma 3, c.p.c. non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono di *questioni* insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. In tal caso il ricorso per cassazione potrà successivamente proporsi direttamente avverso la sentenza che definirà, anche parzialmente, il giudizio.

Tale disposizione, come precisato in più occasioni dalle stesse Sezioni Unite, si spiega alla luce delle esigenze deflative perseguite dal legislatore, e deve considerarsi applicabile anche ai ricorsi avverso le decisioni dei giudici speciali, non essendovi ragione di ritenerla circoscritta ai soli processi che si svolgono presso il giudice ordinario.²¹⁹

È evidente, pertanto, che il combinato disposto delle norme in esame ha così introdotto una distinzione tra “sentenze non definitive su questioni” – la cui impugnazione per cassazione sarà necessariamente differita (art. 360, comma 3, c.p.c.) – e “sentenze non definitive su domande, o parzialmente definitive”, che

²¹⁹ Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2012, n. 17841. Su tale principio di diritto con riferimento al giudizio ordinario si v., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 3 luglio 2012, n. 11070; Cass., Sez. Un., 10 luglio 2012, n. 11510; Cass., Sez. Un., 16 luglio 2012, n. 12105; Cass., Sez. Un., 28 giugno 2013 n. 16310; Cass., Sez. Un., 2 settembre 2013, n. 20073.

richiedono, invece, un'immediata impugnazione in cassazione oppure, in alternativa, un'impugnazione differita con onere di formulazione della riserva di ricorso (art. 361 c.p.c.).

La differenza si spiega in questi termini: se è pur vero che in entrambi i casi (sentenza parzialmente definitiva – sentenza non definitiva) la sentenza per prima emanata non potrà essere revocata o modificata dalla successiva pronuncia definitiva, solo nel caso di sentenza parzialmente definitiva il giudice, pronunciandosi su domande, non può vanificare il loro contenuto. Nelle sentenze non definitive su questioni, invece, la loro portata precettiva, nella sostanza, potrebbe essere vanificata con la successiva sentenza definitiva.

Così come avverrebbe, ad esempio, ove, nel contesto dell'esercizio della sua giurisdizione esclusiva, a fronte di apposita eccezione, il Consiglio di Stato si pronunciasse con sentenza non definitiva circa l'assenza della prescrizione del diritto vantato.

Ove con la sentenza definitiva il Consiglio di Stato, poi, dovesse riconoscere l'inesistenza del diritto vantato dal ricorrente – pur non potendo rimettere in discussione la precedente sentenza sull'assenza della prescrizione – nei fatti, vanificherebbe la soccombenza della parte resistente nella sentenza non definitiva sulla questione della prescrizione.

Come affermato da autorevole dottrina, infatti, *“le sentenze non definitive su questioni preliminari di merito, al pari di quelle su questioni pregiudiziali di rito, contengono un accertamento non già sull'oggetto del giudizio, ma solo su una frazione di esso, in quanto affrontano il tema dell'esistenza del dovere decisorio di merito o del diritto sostanziale controverso limitatamente ad un determinato*

*profilo, corrispondente ad uno dei fatti costitutivi od estintivi dell'effetto giuridico che si tratta di accertare. Si è così in presenza in entrambi i casi di accertamenti "preparatori", destinati a confluire in un più comprensivo giudizio".*²²⁰

A questa conclusione sembra essere giunta anche la Suprema Corte che, in diverse occasioni, ha affermato che *"in applicazione dell'art. 360 cod. proc. civ., comma 3 come modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006, art. 2 le sentenze emesse in grado di appello o in unico grado da un giudice speciale, possono essere impugnate con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso solo nell'ipotesi in cui il detto giudice speciale abbia affermato la propria giurisdizione ed abbia definito, sia pure parzialmente, il giudizio"*.²²¹

Qualche dubbio, tuttavia, potrebbe porsi con riferimento a due questioni idonee ad essere definite con sentenze non definitive: l'affermazione del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza non definitiva e la sentenza con cui si dichiara la giurisdizione amministrativa, in precedenza negata dal TAR.

1.2.4 La sentenza dell'Adunanza Plenaria che afferma il principio di diritto senza definire il giudizio

Venendo alla prima delle due questioni appena introdotte, andando più nel dettaglio, il problema si pone laddove, come sovente accade, l'Adunanza Plenaria, non definitivamente pronunciando sull'appello, enunci il principio di diritto

²²⁰ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, 40.

²²¹ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, n. 23891, in *Foro it. Rep.*, 2010, Cassazione civile, n. 72; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2012, n. 2575, in *Foro it. Rep.*, 2013, Cassazione civile, n. 56.

richiestole, rimettendo per il resto la definizione del giudizio alla Sezione remittente ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a..

In altri termini, posto l'obbligo per la Sezione semplice di attenersi al *dictum* dell'Adunanza plenaria, potrebbe (o dovrebbe) una delle due parti impugnare direttamente la sentenza di quest'ultima ove sia essa ad essere viziata per motivi inerenti alla giurisdizione?

In questo caso si tratta della risoluzione di una questione che, al contrario di quelle accennate in precedenza, non potrebbe essere vanificata dalla successiva sentenza di merito.

In realtà il rischio che la sentenza dell'Adunanza plenaria possa essere vanificata nel caso singolo vi è comunque, come nel caso in cui la Sezione a cui è stata nuovamente rimessa la causa si accorga della tardività del ricorso introduttivo del giudizio, non potendo passare dunque ad una pronuncia che recepisca il principio a cui deve attenersi.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria che enuncia il solo principio di diritto – pur trovando la sua occasione in un giudizio concreto – in realtà ha una precisa funzione nomofilattica che protende verso l'esterno, estendendosi così alla generalità dei processi amministrativi, non potendo dunque qualificarsi al pari di un provvedimento decisorio nel senso da noi inteso.

Si tratta, infatti, di una pronuncia che non è destinata a passare in giudicato, posto che non produce alcun effetto diretto nei confronti delle parti.²²²

²²² Cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 241 ss., secondo cui le sentenze dell'Adunanza Plenaria che enunciano un principio di diritto “*producono un «giudicato» «solo nel senso di «cosa decisa da un'autorità dotata del potere di ius dicere»*”, ma non richiamano la nozione di giudicato come diritto all'immodificabilità del *decisum* (giudicato formale) e come fonte di diritti (giudicato sostanziale).

Essa, infatti, è rivolta al giudice più che alle parti, e deve necessariamente trovare attuazione nella sentenza della Sezione remittente.²²³

Sarebbe infatti erroneo ritenere che all'enunciazione di un principio di diritto da parte dell'Adunanza Plenaria debba necessariamente seguire la decisione della controversia da parte di quest'ultima. La funzione nomofilattica, infatti, potrebbe perfino esercitarsi anche "nell'interesse della legge" (art. 99, comma 5, c.p.a.), laddove, ad esempio, il ricorso venga dichiarato inammissibile o improcedibile.

Su tali canoni interpretativi si è mossa anche l'Adunanza Plenaria che, in una sua recente decisione, ha sostenuto che *"l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regula iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5) c.p.c."*²²⁴

L'inidoneità della sentenza che (o nella parte in cui) enuncia il solo principio di diritto a passare in giudicato risulta, inoltre, avvalorata dal comma 3 dell'art. 99

²²³ Sulla funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria si v. G. CORSO, *L'adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, 3-4, 2014, 633 ss.; E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano*, cit.; ID., *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 103 ss.; ID., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2015; ID.; *I principi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI e A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 25 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 2, 345 ss.

²²⁴ Cons. St., Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5, 629 ss., con nota di F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*. La sentenza afferma altresì *"Nella fisiologica dinamica dei rapporti fra il Giudice della nomofilachia e quello del giudizio a quo, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto da parte del primo, spetterà a quest'ultimo l'attività di contestualizzazione della regula iuris in relazione alle peculiarità del caso concreto, dovendosi in via di principio escludere forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale"*.

c.p.a., secondo cui il principio affermato può essere messo in discussione in altri successivi giudizi attraverso un nuovo deferimento alla Plenaria.

Secondo il Consiglio di Stato nella sua composizione più autorevole, nella sentenza testé citata, il vincolo del giudicato può formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono, sia pure parzialmente, un giudizio; al contrario, tale vincolo non può ravvisarsi a fronte della sola enunciazione di principi di diritto la quale richiede, come si è avuto modo di accennare, un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente.

Secondo i giudici amministrativi, *“deve naturalmente pervenirsi a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui l'Adunanza plenaria (avvalendosi di un potere decisorio certamente ammesso dall'articolo 99, comma 4 cod. proc. amm.) si sia avvalsa della facoltà di definire con sentenza non definitiva la controversia, restituendo per il resto il giudizio alla Sezione remittente (se del caso, previa enunciazione di un principio di diritto). In tali ipotesi il Giudice a quo potrà definire con la massima latitudine di poteri decisionali i capi residui della controversia che gli sono stati demandati, restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formatosi sui capi definiti dall'Adunanza plenaria”*.

A tali conclusioni sono pervenute recentemente anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso avverso la sentenza della Plenaria che aveva affermato il solo principio di diritto in quanto provvedimento privo di carattere decisorio ed insuscettibile di costituire giudicato.²²⁵

²²⁵ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27842, in *Foro it. Rep.*, 2019, *Giurisprudenza civile*, n. 113.

Si rimanda alle parti successive del presente lavoro per la trattazione della problematica concernente la possibilità di impugnare in cassazione una sentenza di una sezione semplice del Consiglio di Stato che violi l'obbligo di rimessione alla Plenaria stabilito dall'art. 99, comma 3, c.p.a.

1.2.5 La sentenza del Consiglio di Stato che afferma la giurisdizione amministrativa, negata in primo grado dal TAR

Per concludere l'esame dei provvedimenti impugnabili in cassazione, un ultimo problema si pone nell'eventualità in cui il Consiglio di Stato, affermando la sussistenza della giurisdizione amministrativa, riformi la sentenza del TAR che, invece, l'aveva negata, rimettendo la causa dinnanzi a quest'ultimo *ex art. 105 c.p.a.* affinché la decida nel merito.

Anche in questo caso si tratta di una sentenza che risolve una questione pregiudiziale, senza definire, neppure parzialmente, il giudizio.

A rigore, a norma dell'art. 360, comma 3, c.p.c. tale sentenza non potrebbe essere impugnata con ricorso in cassazione.

E questa è stata fino ad ora la soluzione accolta dalla Corte regolatrice che, in più pronunce, ha affermato che *“la sentenza pronunciata in secondo grado dal Consiglio di Stato, che riforma la sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione e rimette al primo giudice per la decisione sul merito, non è immediatamente ricorribile per cassazione per motivi di giurisdizione, poiché non*

definisce neppure parzialmente il giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 360, 4° comma, c.p.c.”.²²⁶

Sicché, non essendo immediatamente ricorribile per cassazione dalla parte soccombente, lo diventa solo a seguito della sentenza che definisce, almeno parzialmente, il giudizio, e che sia oggetto di impugnazione.

Ciò comporta, ad avviso delle Sezioni Unite, che, *“nel caso in cui la parte soccombente sulla giurisdizione sia diversa da quella soccombente sul merito, la statuizione affermativa della giurisdizione è veicolata davanti alla Corte dalla presenza di due ricorsi: il primo è quello della parte soccombente nel merito che permette alla parte vittoriosa nel merito, ma soccombente sulla giurisdizione, di proporre con proprio ricorso incidentale la predetta questione pregiudiziale”*.²²⁷

Si deve tuttavia dare atto di un diverso orientamento recentemente avanzato in dottrina che registra un *revirement* della giurisprudenza di legittimità prima citata. Infatti, chiamata a pronunciarsi su tale questione, la I Sezione civile della Corte di Cassazione con ordinanza del n. 6127 del 26 marzo 2015 ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, l'intera questione dell'applicazione della disposizione di cui all'art. 360 c.p.c., comma 3, quale questione oggetto di contrasto interpretativo, e comunque della massima importanza (art. 374 c.p.c., comma 2).²²⁸

²²⁶ Cass., Sez. Un., 13 giugno 2012, n. 9588; Cass., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9688. Lo stesso principio è stato affermato con riferimento al giudizio contabile da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, n. 23891 e Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2012, n. 2575.

²²⁷ Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2012, n. 17841.

²²⁸ È interessante notare come nell'ordinanza in parola si rafforzi l'opportunità di un intervento delle sezioni unite sul presupposto che le pronunce pregresse delle Sezioni Unite fossero state emesse su motivi attinenti alla giurisdizione (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1) – *“e dunque, senza il crisma dell'auctoritas riconosciuta dall'art. 374 c.p.c., comma 3”*. Quasi a dire che le pronunce delle Sezioni Unite, a seconda del tipo di ricorso, possono essere più o meno autorevoli (sic!).

Chiamate a pronunciarsi, le Sezioni Unite – accogliendo le perplessità sollevate nell’ordinanza di rimessione, e riesaminando *funditus* il proprio precedente orientamento – hanno affermato che “*la sentenza, con cui il giudice d’appello riforma o annulla la decisione di primo grado e rimette la causa al giudice “a quo” ex artt. 353 o 354 c.p.c., è immediatamente impugnabile con ricorso per cassazione, trattandosi di sentenza definitiva, che non ricade nel divieto, dettato dall’art. 360 c.p.c., comma 3, di separata impugnazione in cassazione delle sentenze non definitive su mere questioni, per tali intendendosi solo quelle su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito che non chiudono il processo dinanzi al giudice che le ha pronunciate*”.²²⁹

Sulla base del nuovo orientamento della Corte regolatrice, infatti, autorevole dottrina ritiene che, per simmetria, il principio di diritto vada esteso anche alle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.²³⁰

Deve soggiungersi, inoltre, che, nel sistema così delineato, si è inserita un’ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite – dalla vocazione dichiaratamente nomofilattica – che, pur collocandosi sulla scia del precedente del 2015, affronta una questione parzialmente diversa.²³¹

La citata sentenza, infatti, – a differenza della decisione del 2015, che aveva ad oggetto una sentenza definitiva su questioni pregiudiziali, con cui il giudice di appello, annullando una decisione del giudice di primo grado, rimetteva la

²²⁹ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25774, in *Giur. it.*, 2016, 11, 2411 ss., con nota di A. RONCO, *Sull’immediata ricorribilità per cassazione della sentenza d’appello meramente rescindente ex artt. 353 e 354 c.p.c.* Il principio così affermato è stato successivamente applicato da Cass., Sez. Un., 1 luglio 2016, n. 13530.

²³⁰ Così, G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione, cit.*, 126.

²³¹ Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2017, n. 3556, in *Foro it.*, 2017, I, 3159, con nota di G. P. CALIFANO, «*Lento pede*», *le sezioni unite raddrizzano il sistema di impugnazione delle sentenze non definitive*.

decisione a quest'ultimo – ha affrontato la differente ipotesi in cui oggetto della pronuncia del giudice di appello sia una sentenza non definitiva del giudice di primo grado.

In altri termini, è affiorato il tema dell'eventuale applicabilità dell'art. 360, comma 3, c.p.c., alla decisione che il giudice d'appello renda su una sentenza appellata in via immediata ai sensi dell'art. 340 c.p.c., senza rimettere la causa al primo giudice. Sul punto le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto “*L'art. 360, 3° comma, c.p.c., quando allude alle 'sentenze che decidono questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio', intende riferirsi con il termine 'giudizio' al giudizio devoluto al giudice d'appello e non al giudizio nella sua complessiva situazione di pendenza. Ne consegue: a) che la norma si applica esclusivamente all'ipotesi in cui il giudice d'appello, ai sensi dell'art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c., applicabile al giudizio di appello ai sensi dell'art. 359 c.p.c., pronunci una sentenza parziale su una delle questioni di cui ai nn. 1, 2 e 3 dello stesso art. 279 senza definire il giudizio d'appello ed impartisca provvedimenti per l'ulteriore prosecuzione del giudizio stesso; b) che la norma non intende riferirsi, invece, all'ipotesi in cui, a seguito di appello immediato ai sensi dell'art. 340 c.p.c. contro una sentenza resa dal giudice di primo grado ai sensi del n. 4 dell'art. 279 c.p.c., il giudice di appello rigetti nel merito o in rito l'appello, così confermando la statuizione del primo giudice, con la conseguenza che in questo caso la sentenza è immediatamente ricorribile per cassazione”.*

1.2.6 *Le sentenze del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*

Problematica decisamente non marginale è quella dell'estensione del rimedio di cui all'art. 111, comma 8, Cost. alle decisioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

Un'indagine sulla natura ed eccentricità del suddetto organo, espressione di una specialità eccezionale che storicamente caratterizza la Regione Siciliana, richiederebbe sicuramente una trattazione separata.²³²

Ricordando semplicemente il suo fondamento (di rango costituzionale), va precisato che l'art. 23 dello Statuto siciliano²³³ statuisce, al primo comma, che “*gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione*”, prevedendo poi, al secondo comma, che “*le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti svolgeranno altresì le funzioni rispettivamente consultive e di controllo amministrativo e contabile*”.

²³² Per cui si rinvia a E. CANNADA BARTOLI, *In tema di giurisdizioni speciali e di Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Foro amm.*, 1957, 1, 264 ss.; ID., *Tre giudici per la trina*, in *Foro amm.*, 1974, 1, 27 ss.; R. CHIEPPA, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988; C. CRISCENTI, *Le norme speciali per Regione Sicilia, Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2014, 78 ss.; S. DE FINA, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 227 ss.; B. DELFINO, *Il nuovo Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Cons. Stato*, 2004, 2, 301; M. S. GIANNINI, *Il tribunale regionale amministrativo della Sicilia feliciter restitutum*, in *Giur. cost.*, 1975, 2, 1071; F. MAZZARELLA, *L'art. 3 della Costituzione e la disciplina processuale amministrativa differenziata in Sicilia*, in *Foro it.*, 1973, V, 177 ss.; F. MERUSI, *Sicilia: giustizia amministrativa transitoria in attesa del “giudice legislatore”*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 459; S. RAIMONDI, *Il salvataggio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, nota a Corte Cost. 4 novembre 2004, n. 316, in www.giustamm.it, 2004; ID., *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009; F. G. SCOCA, *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 20 ss..

²³³ Lo Statuto speciale della Regione Siciliana è antecedente alla Carta Costituzionale in quanto è stato approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455 (pubblicato nella G.U. del Regno d'Italia n. 133-3 del 10 giugno 1946), salvo poi essere stato convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2.

La scelta di avere un decentramento territoriale degli organi giurisdizionali statali va probabilmente rintracciato nel “*mai sopito rimpianto dei siciliani ed in particolare del foro, lasciato dalla soppressione, con l’unificazione attuata nel 1923, della Corte di Cassazione di Palermo*” che discendeva, a sua volta, dalla Corte Suprema di Giustizia del Regno borbonico.²³⁴

Fin qui però ci si limita a parlare di “sezioni” degli organi giurisdizionali centrali, sicché, per rintracciare la distinzione tra Consiglio di Stato e CGARS bisogna guardare alla sua disciplina attuativa.

Dovendosi infatti portare ad esecuzione la suddetta previsione statutaria, il Consiglio di Stato (Adunanza generale, parere 11 luglio 1946, n. 78²³⁵) si oppose decisamente all’istituzione di una Sezione territorialmente distaccata, per il rischio di compromettere “*l’unità del sistema giuridico nazionale*”.²³⁶

Fu infatti con il d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654²³⁷ che, in attuazione del citato art. 23 dello Statuto, al posto di istituire una Sezione del Consiglio di Stato, si decise di creare un nuovo organo caratterizzato da una propria particolare fisionomia e struttura, denominato Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sede a Palermo²³⁸ e competenza a decidere in via giurisdizionale gli appelli proposti avverso le decisioni delle Giunte provinciali amministrative (e poi,

²³⁴ Così S. RAIMONDI, *Il modello siciliano della giustizia amministrativa nell’esperienza del foro*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 332 s..

²³⁵ Cons. St., Ad. gen., 11 luglio 1946, n. 78, in *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri per gli anni dal 1941 al 1946*, I, 41.

²³⁶ S. RAIMONDI, *Il modello siciliano della giustizia amministrativa*, cit., 334 s., che ricorda come, nel discorso di insediamento a Presidente del Consiglio di Stato, F. ROCCO parlò di “*grido di allarme*”, quindi di “*smembramento della giustizia*”, ossia “*un pernicioso attentato all’unità della sovranità dello Stato, di cui la giustizia è gelosa espressione*”. Il discorso è pubblicato in *Foro it.*, 1948, IV, 54. Si v. in proposito anche S. DE FINA, *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, cit., 227, secondo cui il semplice decentramento delle sezioni avrebbe salvaguardato meglio l’unità dell’organo, rispetto alla creazione di un organo separato.

²³⁷ Decreto oggi abrogato e sostituito dal d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373.

²³⁸ All’art. 1 si disponeva “*È istituito, con sede a Palermo, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*”.

dopo la loro istituzione, delle Sezioni del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Siciliana).

Merita particolare attenzione la disposizione di cui all'art. 5 del menzionato decreto legislativo nella parte in cui disponeva “*Il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni in grado di appello attribuite al Consiglio di Stato*”, rimarcando quindi l'alterità soggettiva tra i due organi.²³⁹

Oggi, con l'abrogazione del decreto legislativo del 1948 e con l'adozione del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, la fisionomia del CGARS sembra essere profondamente variata, quantomeno sotto il profilo formale.

Infatti, al comma 2 dell'art. 1 del suddetto decreto del 2003 si statuisce *expressis verbis* che “*il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato*”.

Il legislatore, dunque, ha cercato di riprendere più fedelmente la portata dell'art. 23 dello Statuto e delineare le due Sezioni del CGARS come sezioni decentrate del Consiglio di Stato.

Una volta affermato ciò, conseguenza necessitata è l'equiparazione, quanto al regime applicabile, dell'impugnazione delle decisioni del CGARS a quelle del Consiglio di Stato.

In passato, l'abrogato d.lgs. n. 654 del 2004, all'art. 5 disponeva che “*avverso le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa sulle impugnative di atti e provvedimenti delle autorità amministrative dello Stato, e che non siano*

²³⁹ Oggi, invece, la disposizione è parzialmente mutata e, al comma 3, dell'art. 4 del d.lgs. n. 373 del 2003 si statuisce “*In sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia*”.

pronunciate in grado di appello, è ammesso ricorso all'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato”.

Tale disposizione è stata definitivamente abrogata dal citato decreto n. 373 del 2003, il quale, però, ne ha introdotto un'altra, prima assente.

All'art. 10, comma 2, infatti, si prevede espressamente che avverso le decisioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa è ammesso ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione “*per motivi inerenti la giurisdizione*”.

La stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è ormai granitica nell'escludere che il CGARS costituisca un giudice speciale, dovendosi considerare alla stregua di una Sezione del Consiglio di Stato.²⁴⁰

Sicché ormai è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza della Corte regolatrice che avverso le decisioni rese dal Consiglio di Giustizia Amministrativa si possa esperire ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.²⁴¹

Tuttavia, ad opinione di chi scrive, se la conclusione a cui si è giunti è condivisibile nei suoi esiti, non risulta altrettanto convincente con riguardo all'*iter* logico che la sorregge.

Superando la tentazione di un approccio formalistico, infatti, non può ritenersi che siano bastate poche righe del legislatore ordinario per trasformare un Istituto nato e

²⁴⁰ In epoca antecedente all'entrata in funzione della Corte Costituzionale, una delle prime pronunce in tal senso, sulla costituzionalità del CGARS, fu Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Giust. civ.*, 1955, 1584 ss., con nota critica di A. M. SANDULLI, *Sulla natura del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana*, nonché in *Foro amm.*, 1956, 2, 42, con nota di E. CANNADA BARTOLI.

²⁴¹ Si v., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 29 ottobre 1981, n. 5690, in *Foro it.*, 1981, I, 266; Cass., Sez. Un., 17 ottobre 1979, n. 5422; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1983, n. 3145; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1994, n. 11226; Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2010, n. 24301.

cresciuto autonomo e separato dal Consiglio di Stato, quale il CGARS, in un insieme di due Sezioni distaccate.

Depongono in senso contrario plurime considerazioni.

La prima (e non marginale) è la circostanza che il CGARS è storicamente nato come organo autonomo ed ha una propria denominazione.²⁴² Esso, inoltre, ha un proprio Presidente, una sua organizzazione e autonomi uffici, oltre ad una composizione peculiare che vede la necessaria compresenza di membri togati e “laici”.

Le sue Sezioni non possono considerarsi specializzate perché non si occupano di materie diverse dalle Sezioni del Consiglio di Stato, né propriamente “staccate” in quanto hanno una competenza propria ed esclusiva, non derivante da scelte organizzative interne. È proprio il regime della competenza che dimostra nitidamente la differenza tra il CGARS e le Sezioni del Consiglio di Stato: non sarebbe immaginabile un conflitto di competenza tra Sezioni interne, così come non sarebbe immaginabile un ricorso per incompetenza. Questi rimedi, invece, sono previsti nel caso di decisioni del CGARS.²⁴³

All’art. 10 del decreto legislativo del 2003, infatti, al comma 1 si prevede che “*Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio*”. Il comma 5, invece, devolve all'Adunanza plenaria la cognizione dei conflitti di competenza, in sede giurisdizionale, tra il Consiglio di giustizia amministrativa ed il Consiglio di Stato.

²⁴² Sul punto, incisivo, F. G. COCA, *Specialità e anomalie*, cit., 20 s., secondo cui “*Se il C.G.A. non è soltanto una espressione verbale per indicare insieme le due Sezioni, esso si erge come organismo a sé stante, distinto dal Consiglio di Stato, anche se legato a quest’ultimo per le funzioni e, in parte, per la composizione*”.

²⁴³ F. G. COCA, *Specialità e anomalie*, cit., 21 s..

Non può inoltre trascurarsi che i Consiglieri di Stato assegnati al CGARS sono, per espressa previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 373 del 2003, collocati “*fuori ruolo*”, ossia “*esercitano le loro funzioni fuori dall'Istituto al quale organicamente appartengono*”.²⁴⁴

Sotto quest'ultimo profilo bisogna comunque dar conto dell'indirizzo dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato che, nel suo parere del 27 febbraio 2003, n. 1, ha specificato che, dopo la riforma del 2003, l'espressione “collocamento fuori ruolo” non riveste più un concreto significato stante l'equiparazione tra CGARS e Consiglio di Stato quali giudici di appello.

La differenza tra CGARS e le Sezioni del Consiglio di Stato emerge anche con riferimento alle differenti modalità con cui vengono designati i Consiglieri di Stato addetti alle medesime: i consiglieri assegnati al CGARS sono scelti dal Consiglio di Presidenza *ex art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 373 del 2003*, mentre l'assegnazione alle Sezioni del Consiglio di Stato avviene con atto del Presidente del Consiglio di Stato a norma dell'art. 2 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

Il fatto che il CGARS sia un organo diverso dal Consiglio di Stato, che concorre con quest'ultimo ad occupare la posizione di vertice della giustizia amministrativa, lo si intuisce anche dalla composizione dell'Adunanza Plenaria e dell'Adunanza generale.

L'art. 6 c.p.a., rubricato “*Consiglio di Stato*”, al comma 3, dispone che “*l'Adunanza Plenaria è composta dal presidente del Consiglio di Stato che la presiede e da dodici magistrati del Consiglio di Stato, assegnati alle sezioni giurisdizionali*”, tra

²⁴⁴ Così sempre F. G. SCOCA, *Specialità e anomalie, cit.*, 21.

questi non fanno parte i magistrati del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Tale circostanza dovrebbe finanche far interrogare sull'obbligo di osservare la *regula iuris* affermata dall'Adunanza plenaria da parte del CGARS, posto che questo non partecipa alla loro elaborazione.

Gli unici casi in cui la composizione dell'Adunanza Plenaria è integrata con due membri (togati) del CGARS sono quelli di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 10 del decreto legislativo del 2003, ossia in caso di conflitti di competenza tra il CGARS e il Consiglio di Stato (comma 5) e nell'eventualità in cui il CGARS rimetta all'Adunanza Plenaria una questione di diritto che abbia dato luogo a contrasti giurisprudenziali con le Sezioni del Consiglio di Stato (comma 4).

Lo stesso avviene con riferimento alla composizione dell'Adunanza generale ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 2003.

Fatte queste considerazioni, ed escluso che il CGARS sia solamente una mera espressione verbale, ossia una denominazione alternativa attribuita a due Sezioni distaccate del Consiglio di Stato, bisogna adesso interrogarsi se la disposizione dell'art. 10 del d.lgs. n. 373 del 2003, secondo cui avverso le decisioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa è ammesso ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, abbia natura meramente riepilogativa – limitandosi a recepire quanto disposto dall'art. 111, comma 8, Cost. – o sia, invece, del tutto innovativa, dipendendo da una scelta del legislatore ordinario.

Ad avviso di chi scrive la soluzione non può che essere la prima.

Nei confronti del Consiglio di Giustizia Amministrativa – nonostante, come rilevato, costituisca formalmente un organo diverso dal Consiglio di Stato – con riferimento alle disposizioni e alle garanzie costituzionali non può che farsi applicazione analogica delle disposizioni relative al Consiglio di Stato, essendo perfettamente equiparato a quest'ultimo quanto a natura, *ratio essendi* e funzioni giurisdizionali, condividendone la *potestas iudicandi*.

In disparte, dunque, l'interrogativo in ordine alla costituzionalità della scelta di costituire un nuovo organo anziché una Sezione distaccata²⁴⁵, non può seriamente dubitarsi che i rimedi impugnatori debbano essere equivalenti.

Non rileva neppure il dato letterale posto che se è vero, da un lato, che l'art. 111, comma 8, Cost. si riferisce solo alle decisioni del Consiglio di Stato, è altresì vero, dall'altro, che quando è stata formulata quella disposizione ancora il Consiglio di Giustizia Amministrativa non era stato istituito, limitandosi lo Statuto a richiedere l'istituzione di una Sezione territoriale del Consiglio di Stato.

La previsione dell'art. 111, comma 8, Cost., infatti, non può essere correttamente percepita come mera guarentigia del Consiglio di Stato, dovendosi, al contrario, intendere come volontà del legislatore costituzionale di salvaguardare la giurisdizione amministrativa complessivamente intesa.

Se così non fosse, e quindi si ritenesse il CGARS un organo formalmente e sostanzialmente diverso dal Consiglio di Stato, e, quindi, non ricadente nell'orbita

²⁴⁵ La questione di costituzionalità del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è sempre stata rigettata a partire da Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 25. La questione sembra essere stata definitivamente risolta – con una pronuncia, a nostro avviso, non pienamente condivisibile sul punto – da Corte Cost., 4 novembre 2004, n. 316, secondo cui il d.lgs. del 2003 “ha ripristinato l'originario modello statutario di decentramento, organizzato su due sezioni “staccate” del Consiglio di Stato, dando così “piena” attuazione al principio di specialità contenuto nell'art. 23”.

applicativa dell'art. 111, comma 8, Cost., allora dovrebbe inevitabilmente considerarsi giudice speciale – seppur nelle vesti di “*altro organo di giustizia amministrativa*” di cui all'art. 103 Cost. e, quindi, non incostituzionale per effetto del divieto di istituire giudici speciali previsto dall'art. 102, comma 2, Cost. – a cui, quindi, si applicherebbe il settimo comma dell'art. 111 Cost., così consentendo l'impugnazione delle sue decisioni in cassazione anche per violazione di legge.

Questa conclusione, oltre a non potersi condividere in ragione di quanto già evidenziato, troverebbe altresì un ostacolo nel principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., non rinvenendosi alcuna valida ragione per un trattamento così profondamente differenziato solo in ragione della collocazione territoriale del giudice amministrativo di appello.

1.3 L'instaurazione del giudizio e l'atto introduttivo

Chiariti i dubbi sui provvedimenti impugnabili, è utile adesso spendere qualche parola sugli aspetti più propriamente processuali del ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

A norma dell'art. 360, comma 1, c.p.c. e 110, comma 1, c.p.a., l'atto introduttivo del giudizio di cassazione è il ricorso.

Diverge dall'atto di citazione in quanto, a differenza di quest'ultimo, non contiene la *vocatio in ius* – dovendo essere “*diretto alla corte*” in virtù di quanto statuito espressamente dall'art. 365 c.p.c. – e, conseguentemente, non indica la data di fissazione dell'udienza, la quale, quindi, dovrà essere stabilita dalla stessa Corte adita.

Si tratta, tuttavia, di un atto che presenta dei significativi elementi di differenziazione anche rispetto alle tradizionali ipotesi di ricorso.

Infatti – nonostante la natura del ricorso richiederebbe il previo deposito presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria e poi la notificazione alla controparte – nel caso del ricorso in cassazione l'ordine dei due adempimenti è capovolto.

Sicché, il ricorso prima deve prima essere notificato tempestivamente alle controparti intimare e poi depositato presso la cancelleria della Corte di cassazione.

La notificazione deve avvenire nel termine di cui all'art. 92 c.p.a., ossia sessanta giorni dalla notificazione della sentenza (c.d. termine breve) o, in difetto della notificazione della sentenza, entro sei mesi dalla sua pubblicazione (c.d. termine lungo).²⁴⁶

Quanto al contenuto del ricorso, invece, l'art. 366 c.p.c. ne indica gli elementi che questo deve contenere “*a pena di inammissibilità*”.

Essi sono, sinteticamente: (i) l'indicazione delle parti; (ii) l'indicazione della sentenza o decisione impugnata²⁴⁷; (iii) l'esposizione sommaria dei fatti della causa; (iv) i motivi inerenti alla giurisdizione per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano; (v) l'indicazione della procura, se conferita con atto separato e dell'eventuale decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato; (vi) la specifica indicazione degli atti processuali e dei documenti sui quali il ricorso si fonda.

²⁴⁶ Bisogna precisare che, a norma del comma 4 dell'art. 92 c.p.a., il termine lungo non si applica nel caso di contumacia involontaria, ossia quando la parte che non si è costituita in giudizio dimostri di non aver avuto conoscenza del processo a causa della nullità del ricorso o della sua notificazione.

²⁴⁷ In questo caso bisogna ritenere che l'omessa indicazione comporti inammissibilità solo allorquando l'individuazione della pronuncia non sia altrimenti evincibile.

Il deposito tardivo del ricorso, ai sensi dell'art. 369, comma 1, c.p.c, comporta l'improcedibilità dello stesso.

Infine, a norma dell'art. 369 c.p.c., nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Cassazione, unitamente alla relazione di notificazione, alla copia autentica della sentenza impugnata, agli atti e documenti sui quali il ricorso si fonda, alla richiesta rivolta alla cancelleria del Consiglio di Stato di trasmettere alla Corte di Cassazione il fascicolo d'ufficio munita dell'apposito visto, nonché alla procura speciale, se conferita con atto separato.

Quest'ultimo adempimento risulta necessario in quanto il ricorso, a pena di inammissibilità, deve essere sottoscritto da un avvocato, munito di procura speciale, e iscritto nell'apposito albo speciale dei patrocinanti presso le magistrature superiori.

Va infine rammentato che la decisione sul ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) – così come statuito espressamente dall'art. 374, comma 1, c.p.c. – spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sicché, per espressa previsione dell'art. 376 c.p.c., il ricorso non viene assegnato alla c.d. sezione filtro per la verifica dei presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, comma 1, nn, 1 e 5.

La scelta di far decidere il ricorso *de quo* al collegio più autorevole della Corte di Cassazione è una scelta che il legislatore ordinario ha assunto sulle orme della tradizione (seguendo l'impostazione della legge del 1877).²⁴⁸

²⁴⁸ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1979, 305 ss..

Nonostante però si tratti di una scelta avveduta – posto che, date le implicazioni trans-giurisdizionali, le relative decisioni richiedono la maggiore ponderatezza possibile e conclusioni auspicabilmente univoche, le quali non sarebbero di certo favorite se potessero pronunciarsi anche le Sezioni semplici – essa non ha fondamento costituzionale.

L'art. 111, comma 8, Cost., infatti, non specifica se la decisione debba promanare dalle Sezioni Unite, sicché ben potrebbe il legislatore ordinario, con una modifica legislativa, disporre che i ricorsi per motivi inerenti alla giurisdizione vengano decisi dalle Sezioni semplici della Corte di Cassazione, senza per questo porsi in contrasto con il dettato costituzionale.

Per lo svolgimento del processo non vi sono significative differenze rispetto al normale procedimento dinnanzi alle Sezioni Unite, sicché si applicano le disposizioni comuni contenute nel codice di procedura civile.

2 I motivi inerenti alla giurisdizione alla luce dell'art. 111, comma 8, Cost.: premesse generali.

Come si è più volte avuto modo di specificare, l'art. 111, Cost., al comma 7 ammette il ricorso in Cassazione per violazione di legge (sia sostanziale che processuale) contro le sentenze del giudice ordinario o dei giudici speciali, salvo, al comma 8, prevedere un particolare regime impugnatorio per le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, le quali possono essere impuginate “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”.

Non è difficile constatare come tale ultima espressione appartenga alla vasta schiera di concetti giuridici indeterminati che costella l'universo giuridico, tanto da prestarsi agevolmente a definizioni difformi e, finanche, contrastanti.

Ciò spinge l'interprete ad un compito tanto arduo quanto stimolante, ossia riempire di contenuto una formula (forse eccessivamente) generica, cercando però di rimanere saldamente ancorato agli stretti binari dell'interpretazione giuridica senza, quindi, deragliare nelle variopinte vallate del soggettivismo ideologico.

Un primo punto di partenza per comprendere quali siano i (soli) motivi inerenti alla giurisdizione, la cui cura i Padri costituenti affidarono alla Corte di Cassazione, non può che essere il combinato disposto degli ultimi due commi dell'art. 111 Cost. dapprima citati, posto che si tratta delle uniche due disposizioni che delineano, a livello costituzionale, la portata nonché i limiti del ricorso in Cassazione.

Come opportunamente rilevato in dottrina, l'aggettivo "soli" riferito ai motivi inerenti alla giurisdizione acquista valenza esegetica solo se si pongono a raffronto queste due norme.²⁴⁹

Dalla contrapposizione tra il comma 7 ed il comma 8 dell'art. 111 Cost. può infatti dedursi, innanzitutto, che le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti non sono mai impugnabili in Cassazione per violazione di legge, a meno che non si tratti della violazione di quelle peculiari disposizioni relative alla giurisdizione.²⁵⁰

²⁴⁹ R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 15.

²⁵⁰ Cfr. A. POLICE e CHIRICO F., «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 1, 144, secondo i quali, valorizzando anche la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 6 del 2018), una lettura evolutiva del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della corte dei Conti "metterebbe in discussione in radice la scelta di fondo operata dai Costituenti in merito all'assetto pluralistico delle giurisdizioni, scelta che presuppone appunto che sia riservata all'ordine giudiziario speciale una sfera di potere impenetrabile da parte della Corte di Cassazione, se non nei limiti di quanto strettamente necessario a verificare il rispetto del criterio di riparto della giurisdizione".

Si deve ricorrere necessariamente a una nozione ristretta di giurisdizione, prevalentemente delimitata dalle norme che attribuiscono la *potestas iudicandi*, a meno di non voler ritenere che ogni momento dell'attività di un giudice, ordinario o speciale, attenga a una questione di giurisdizione.

Se così fosse (e così non è) non avrebbe più alcuna utilità distinguere tra violazione di legge e motivi inerenti la giurisdizione posto che qualsiasi censura, siccome rivolta contro un atto posto in essere da un giudice nell'esercizio delle proprie funzioni, atterrebbe sempre e inevitabilmente alla giurisdizione.

Siffatta lettura oltre ad essere antitetica rispetto allo spirito della Costituzione – che, nel rispetto della tradizione storica, ha voluto mantenere un assetto pluralista delle giurisdizioni –, si scontrerebbe inevitabilmente anche con il dato letterale del dettato costituzionale, che circoscrive ai *soli* motivi inerenti alla giurisdizione i casi di ricorso in Cassazione, distaccandoli, pertanto, dalle restanti possibili questioni che possono profilarsi rispetto alle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

A non diverse conclusioni si può pervenire anche con riguardo alla legge ordinaria. Il codice di procedura civile, infatti, all'art. 362, circoscrive l'impugnazione delle sentenze dei giudici speciali ai soli casi di motivi attinenti alla giurisdizione, ossia uno dei cinque possibili motivi di ricorso elencati dall'art. 360, comma 1, c.p.c..

Ciò porta inevitabilmente, e in prima battuta, a iniziare a delimitare i motivi inerenti alla giurisdizione attraverso un procedimento “per sottrazione”, non facendovi rientrare: (a) la violazione delle norme sulla competenza; (b) la violazione o falsa applicazione di norme di diritto; (c) la nullità della sentenza o del procedimento;

(d) l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.²⁵¹

Resta tuttavia da comprendere fino a dove possa (e debba) spingersi il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici "speciali" e, in particolare, del Consiglio di Stato.²⁵²

Quanto all'ampiezza del sindacato della Corte regolatrice, nel corso degli anni, la giurisprudenza delle Sezioni Unite, per chiarire quali fossero i casi di ricorso *ex art.* 362 c.p.c., piuttosto che discettare di motivi inerenti alla giurisdizione, ha preferito parlare, più schematicamente, di limiti interni o esterni della giurisdizione.

Solo la violazione di questi ultimi, concernenti l'esistenza della stessa funzione giurisdizionale dell'organo decidente, condurrebbe ad un sindacato cassatorio della sentenza del giudice amministrativo.

I limiti esterni, in altre parole, sono quelli della giurisdizione in generale (ossia le controversie che possono essere decise da un giudice del nostro ordinamento, quale esso sia) o quelli della singola giurisdizione in particolare, ossia il confine che separa le diverse sfere di attribuzioni dei vari ordini giudiziari.²⁵³

²⁵¹ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1963, 2, 315 s., secondo cui, se non vi fosse la specifica previsione di cui all'art. 362, comma 1, c.p.c. collegata alla speciale competenza delle Sezioni Unite, i motivi attinenti alla giurisdizione sarebbero compresi nell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., specie ove vi sia un'erronea valutazione di una data situazione giuridica.

²⁵² Tra le prime opere appositamente dedicate al tema si v. G. AZZARITI, *Il ricorso per cassazione secondo la nuova costituzione*, in *Problemi attuali del diritto costituzionale*, 1951, 276 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, cit.; C. CERETI, *L'impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (art. 111, ult. com., cost.), in AA.VV., *Studi in memoria di Zanobini*, I, 297 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.; G. ROEHRSENN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; G. STANCANELLI, *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; C. VITTA, *Il controllo della Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 46 ss..

²⁵³ Così A. POLICE e CHIRICO F., «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*», cit., 122.

La violazione dei limiti interni, al contrario, riguardando il modo in cui viene esercitata la funzione giurisdizionale in concreto, non potrebbe essere oggetto di ricorso in cassazione. Si tratta degli *errores in procedendo o in iudicando*, il cui controllo deve essere interno, appunto, all'ordine giudiziario di appartenenza, senza possibilità di sindacato da parte del giudice di legittimità.

Nei paragrafi successivi, prendendo atto delle conclusioni raggiunte da dottrina e giurisprudenza, verranno esaminati quelli che vengono considerati limiti esterni la cui violazione comporta motivo inerente alla giurisdizione ricorribile in cassazione.

3 *Il difetto relativo di giurisdizione*

L'ambito della giurisdizione amministrativa lo rinveniamo sin dai primi articoli del codice del processo amministrativo. All'art. 7 c.p.a., infatti, si specificano quali controversie sono devolute alla giurisdizione amministrativa (che, a norma del comma 3, si articola in giurisdizione di legittimità, esclusiva ed estesa al merito).

Quanto al giudice legittimato al suo esercizio l'art. 4 c.p.a. statuisce che *“la giurisdizione amministrativa è esercitata dai tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato”*.

A tale disposizione fa eco l'art. 1 c.p.c., secondo cui *“la giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari”*.

In altre parole, il legislatore si preoccupa di delimitare gli ambiti di ciascuna giurisdizione attribuendo ad ognuna il suo giudice.

Traendo le mosse da tali considerazioni, una prima ipotesi di sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne proprio i casi di difetto

relativo di giurisdizione, ossia l'eventualità in cui il giudice speciale, affermando la propria giurisdizione, invada la sfera di attribuzioni spettante ad *altra giurisdizione*.²⁵⁴

Il difetto relativo si pone, quindi, sulla linea dell'antico vizio di *incompetenza* preso a riferimento dalla legge sui conflitti del 1877: il giudice decide *quando* non può decidere.²⁵⁵

La giurisprudenza, qualifica come difetto relativo anche l'ipotesi inversa in cui il giudice amministrativo neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altro giudice.

In questo caso sarebbe più corretto parlare di *negazione di giurisdizione* o di *difetto negativo di giurisdizione*²⁵⁶, costituente anch'esso violazione dei criteri di riparto, i quali impiantano i confini imprescindibili di ogni giurisdizione.

Anche la restrizione ingiustificata di tali frontiere, o l'erronea qualificazione circa la propria *potestas iudicandi*, infatti, ad avviso della Suprema Corte possono costituire motivo inerente alla giurisdizione denunciabile *ex art. 111, comma 8, Cost.*.

Tale assunto è stato recentemente ribadito dalle Sezioni Unite nella sentenza 29 marzo 2017, n. 8117, in cui, cassando con rinvio una sentenza del Consiglio di Stato, è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla cognizione incidentale della regolarità del DURC.²⁵⁷

²⁵⁴ Si v. da ultimo Cass., Sez. Un., 1 aprile 2019, n. 9042; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2019, n. 8311; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2019, n. 7926;

²⁵⁵ Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione*, cit., 3 s..

²⁵⁶ O, secondo R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 28, di "male intesa autolimitazione".

²⁵⁷ Sulla regolarità contributiva certificata dal DURC si rinvia a F. FRANCIOSI, *Presupposti e limiti della giurisdizione del giudice amministrativo sulla regolarità contributiva attestata dal DURC*, in *Foro amm.*, 2018, 5, 929 ss..

In tale pronuncia si legge, infatti, che “*la fattispecie concreta è pianamente sussumibile nel principio consolidato per il quale le decisioni del Consiglio di Stato possono essere cassate (...) qualora l'organo di giustizia amministrativa giudichi su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (oppure neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri)*”.

Le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali sul riparto di giurisdizione meriterebbero una trattazione separata data la complessità e l'ampiezza dell'argomento²⁵⁸; tuttavia, se una notevole difficoltà si profila nel merito delle singole questioni, le decisioni delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, siano esse più o meno condivisibili, appaiono le meno problematiche con riferimento al sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, quantomeno nei loro tratti essenziali.²⁵⁹

²⁵⁸ La bibliografia è copiosissima, si rinvia pertanto ai “classici”: E. CANNADA BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1979, 295 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, XVII ed., Milano, 2015; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; C. CONSOLO, *La riforma della giustizia amministrativa. La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo*, in *Giust. civ.*, 2000, 12, 533 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2017; M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 229 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979; A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, 4211 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 219 ss.; F. G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1989, 549 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa, cit.*; ID., *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6, 580 ss.; A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011, 67 ss..

²⁵⁹ Così R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale, cit.*, 29.

Non sembra essere contestato da nessuno, infatti, che tra le questioni di giurisdizione sindacabili dalla Suprema Corte si possa annoverare proprio la “regolazione dei confini” tra le varie giurisdizioni.

Va comunque ricordato che la questione del difetto relativo di giurisdizione può essere “recessiva” rispetto ad altri meccanismi processuali che consentono la formazione del giudicato sulla giurisdizione sin dal primo grado di giudizio.²⁶⁰

3.1.1 *Il giudicato implicito o esplicito sulla giurisdizione*

Una prima preclusione processuale è introdotta, in via indiretta, dall’art. 9 c.p.a., il quale recepisce, a sua volta, l’orientamento consolidato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.²⁶¹ Tale disposizione afferma espressamente che il difetto di giurisdizione deve essere rilevato in primo grado, o su eccezione di parte o anche d’ufficio dal giudice. Tuttavia, continua la norma, nei giudizi di impugnazione può

²⁶⁰ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 29.

²⁶¹ Si vedano Cass., Sez. Un., 18 novembre 2008, n. 27348, nonché Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883. Per una notazione critica di tale giurisprudenza delle Sezioni v. R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *federalismi.it*, 2008, secondo cui le Sezioni Unite, senza passare dalla Corte Costituzionale, hanno sostanzialmente riscritto l’art. 37 c.p.c. nella parte in cui consente il rilievo del difetto di giurisdizione in qualunque “grado” del processo. L’Autore, con una colta evocazione manzoniana, afferma che “*l’impressione che complessivamente fornisce al lettore il ricorso (sempre più costante nella giurisprudenza della Suprema Corte) al principio della ragionevole durata del processo è che la Costituzione privilegia una decisione quale che sia, emessa da un giudice quale che sia, purché emessa rapidamente: adelante, Pedro, sin juicio*”. Sulla stessa linea critica anche A. CARRATTA, *Rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *federalismi.it*, 2009, secondo cui le Sezioni Unite hanno fatto del principio della ragionevole durata del processo “*un grimaldello attraverso il quale far dire alle norme ciò che si vorrebbe dicessero, anche se questo è esattamente l’opposto di ciò che agevolmente si ricava dalla formulazione letterale della stessa norma*”.

Si vedano inoltre R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 372 ss.; F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 2009; V. COLESANTI, *Giurisprudenza “creativa” in tema di difetto di giurisdizione*, *Riv. dir. proc.*, 2009, 5, 1125 ss.; A. LAMORGESE, *Dall’art. 37 CPC alla sentenza delle Sezioni unite n. 24883 del 2008*, in *www.giustamm.it*, 2008, 12; G. G. POLI, *Le sezioni unite e l’art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, 1, 810.

essere rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, abbia statuito sulla giurisdizione.²⁶²

In altri termini, ove non si proponga apposita censura in appello²⁶³ avverso il capo in cui il giudice amministrativo abbia affermato la propria giurisdizione, sulla questione di (riparto di) giurisdizione si forma il giudicato interno.

In più, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite, l'inosservanza di tale preclusione da parte del Consiglio di Stato – che, violando tale giudicato interno, dichiara, quindi, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo pur in assenza d'impugnazione sulla statuizione del giudice di prime cure che espressamente o implicitamente afferma la sua giurisdizione – comporta la violazione dei limiti esterni della giurisdizione e, pertanto, la cassazione della sentenza per motivi inerenti alla giurisdizione.²⁶⁴

²⁶² Analoga disposizione è contenuta nell'art. 15 del d.lgs. n. 174 del 2016 recante il Codice della giustizia contabile.

²⁶³ Si deve comunque ritenere che il difetto di giurisdizione, per essere efficacemente proposto come motivo di appello, debba comunque essere eccepito sin dal primo grado di giudizio.

²⁶⁴ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 1987, n. 411; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, 1, 1013, con nota di R. ORIANI, *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*; Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23306. *Contra*, qualificando il suddetto vizio come *error in procedendo*, Cass., Sez. Un., 5 maggio 2008, n.10971; Cass., Sez. Un., 21 novembre 2008, n. 27618; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5468 secondo cui “*la violazione del giudicato interno sulla giurisdizione non ridonda in una violazione delle regole sulla giurisdizione; ne consegue che, nei confronti della pronuncia del Consiglio di Stato che abbia dichiarato il difetto di giurisdizione in assenza di impugnazione sul punto, il vizio di violazione del giudicato interno non può né essere rilevato d'ufficio dalla corte di cassazione, né censurato dalle parti, ex art. 362, 1° comma, c.p.c.*”.

Per osservazioni critiche a tale orientamento si v. inoltre F. MANGANARO, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1361 ss.; e R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*, 13, secondo cui “*non è dubbio che non esiste – né può esistere - alcun razionale criterio idoneo a giustificare perché il giudicato implicito sia trattato ora come “attinente” alla questione di giurisdizione, ora come error in procedendo (...). La sensazione – accentuata dalla circostanza che entrambe le opposte pronunce invocano valanghe di precedenti conformi - che il criterio del giudicato implicito, con la sua ambivalente sindacabilità/insindacabilità, sia bon à tout faire non sembra azzardata; specie se si considera la sua intrinseca, oggettiva opinabilità*”.

La formazione del giudicato interno risulterebbe ulteriormente avvalorata dalla considerazione che il provvedimento con cui il giudice afferma la propria giurisdizione deve assumere la forma della sentenza (si v. art. 279 c.p.c.).

Come evidenziato da autorevole dottrina processualcivilistica, si tratta di un giudicato *sui generis* perché la relativa decisione vincola il giudice adito soltanto qualora sia confermativa della propria giurisdizione; laddove, invece, il giudice si dichiara privo di giurisdizione, allora una siffatta decisione non impegnerebbe il giudice dinanzi al quale le parti dovessero riassumere il giudizio. E ciò in ossequio al principio secondo cui ciascun giudice è giudice della propria giurisdizione.²⁶⁵

Il giudice della riassunzione, infatti, ben potrebbe ritenersi anch'esso privo di giurisdizione e sollevare un conflitto negativo. Solo una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, in virtù della c.d. efficacia panprocessuale²⁶⁶, può rendere incontestabile la giurisdizione del giudice individuato.

In passato, prima della stesura del codice civile e, quindi, del codice del processo amministrativo, parte della dottrina rifiutava l'idea che una sentenza di un giudice speciale potesse dar vita ad un giudicato sulla questione di giurisdizione. Si

²⁶⁵ G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali*, cit., 832.

²⁶⁶ Si v. l'art. 59, comma 1, secondo periodo, della l. n. 69 del 2009 secondo cui "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". Sull'analisi di tale disposizione e sul rilievo della questione di giurisdizione, anche con riferimento al processo amministrativo, si v. C. CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "codice della giustizia amministrativa"*, in *Corr. giur.*, 2010, 6, 758 ss.. Cfr. altresì F. CIPRIANI, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, 249.

In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 19 novembre 1999, n. 802, che afferma "a differenza delle sentenze di dette Sezioni - cui, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (cosiddetta efficacia panprocessuale) - le sentenze dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, che statuiscano sulla sola giurisdizione, non sono idonee ad acquistare autorità di giudicato in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, essendo le sentenze dei detti giudici suscettibili di acquistare autorità di giudicato (esterno) anche in tema di giurisdizione, e di spiegare, perciò, i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state rese, solo se, in esse, la statuizione sulla giurisdizione si coniughi con una statuizione di merito, e non, come nella specie, con una statuizione di carattere meramente processuale".

riteneva, infatti, che *“la sentenza pronunciata dal giudice ordinario di primo grado fuori dei limiti della sua competenza, è sempre una sentenza di giudice, e decorsi i termini per impugnarla, vale come attività dello Stato, come se fosse sentenza dell’organo competente. Invece, la sentenza del giudice speciale fuori dei limiti delle sue attribuzioni, è pronunciata ‘sub pretextu iurisdictionis’: e sebbene non sia impugnata in termini può diventare obbligatoria”*.²⁶⁷

Oggi questa impostazione è stata decisamente superata. Tuttavia non pochi dubbi permangono sulla possibilità che si possa formare un giudicato su un presupposto processuale, dovendosi, al più, parlare di preclusioni processuali per giustificare l’inammissibilità del rilievo in appello del difetto di giurisdizione.

La disciplina così come oggi è delineata – che consente il formarsi di un sindacato (esplicito o implicito) sulla giurisdizione – ad avviso della giurisprudenza e della dottrina prevalenti, non si pone in una posizione di incompatibilità con il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge né con la portata costituzionale del riparto di giurisdizione. E ciò sia in considerazione dell’obbligo del giudice di rilevare il difetto di giurisdizione in primo grado, sia in virtù di un necessario bilanciamento con il principio di ragionevole durata del processo.²⁶⁸

²⁶⁷ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli 1928, 367 s., brano riportato in G. VERDE, *op. ult. cit.*, 830-831.

²⁶⁸ Così, da ultimo Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, secondo cui, riprendendo gli insegnamenti di parte della dottrina, *“il corretto riparto di giurisdizione, pur di interesse superindividuale, “non esprime più un valore processuale assolutamente imperativo, da garantire... a pena di veder nascere una sentenza inutiliter data”*. *Contra* R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo*, cit., 107 s., secondo cui *“appare davvero assai discutibile bilanciare il valore costituzionale del giudice precostituito per legge con quello dell’ordine e speditezza del processo, dovendosi ritenere il primo, diversamente dal secondo, ricompreso tra i principi essenziali di un ordinamento democratico”*.

Questa conclusione, condivisibile, è resa possibile proprio alla luce di quanto affermato in precedenza circa l'assetto unitario della giurisdizione che caratterizza il nostro ordinamento.

Del resto la stessa Costituzione rimette l'impugnazione in cassazione ad un atto processuale di parte, cioè il ricorso.

Ragionando *a contrario*, quindi, in assenza di questa attività di parte, la pronuncia del giudice sfornito di giurisdizione deve necessariamente considerarsi validamente emessa.

Per di più, il comma 8 dell'art. 111 Cost., a differenza del comma 7, non dispone che debba essere “*sempre*” ammesso il ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per motivi inerenti alla giurisdizione, ben potendo, dunque, il legislatore ordinario mitigare tale principio bilanciandolo con altri principi di pari rango costituzionale, quale è la ragionevole durata del processo.

Con riferimento, invece, ai presupposti processuali (diversi dalla giurisdizione) e alle condizioni per la proposizione dell'azione, l'Adunanza Plenaria ha recentemente escluso che possa ricorrersi alla nozione di giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione anche in appello.²⁶⁹

²⁶⁹ Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4., in *Foro it.*, 2019, III, 67.

Per un'analisi della pronuncia si rinvia a L. BERTONAZZI, *Noticine sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1419 ss., il quale, con riferimento al giudicato implicito sulla questione di giurisdizione, non condividendo la tesi della neutralità della giurisdizione ai fini del diritto sostanziale applicabile, suggerisce, di procedere a un'approfondita indagine intorno alla legittimità costituzionale della nozione di giudicato implicito sulla giurisdizione, capace, ad avviso dell'Autore, di alterare il diritto sostanziale del caso concreto.

In altre parole il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado, avrebbe il potere e il dovere di verificare se ricorrano le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito.

A nulla varrebbe, infatti, l'obiezione per cui, così opinando, si andrebbe in contro ad un'irrimediabile contraddittorietà del sistema giacché, da una parte, si preclude la possibilità per il giudice di rilevare in appello il difetto di giurisdizione e poi, dall'altra, si mantiene integro il potere di rilievo officioso di presupposti processuali di minore spessore.

A tale critica l'Adunanza Plenaria obietta con plurime argomentazioni (tanto letterali quanto storico-sistematiche), ma, soprattutto, rilevando che *“il formarsi del giudicato implicito a cagione dell'inerzia delle parti e dell'omesso rilievo officioso del giudice di primo grado conduce ad una soluzione (quella che sulla controversia si pronunci un plesso sfornito di giurisdizione) certamente sconsigliabile, ma comunque non produttiva di conseguenze “contra ius”: al contrario, precludere al giudice di appello il rilievo officioso dell'assenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione condurrebbe a conseguenze negative sul piano del diritto sostanziale (esemplificativamente: la delibazione di un ricorso certamente tardivo, ovvero proposto da un soggetto non legittimato, etc.)”*.

Ciò chiarito, bisogna adesso domandarsi se sia o meno ammissibile un giudicato implicito sulla giurisdizione ove dinnanzi al Consiglio di Stato non sia stata impugnata una sentenza del TAR per eccesso di potere giurisdizionale.

Detta in termini più chiari, ci si interroga sulla configurabilità del giudicato implicito sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice di prime cure ove non si eccepisca tale vizio in appello.

Sul tema hanno recentemente preso posizione le Sezioni Unite, dando risposta negativa.

Va dato atto, infatti, che le Sezioni Unite hanno affermato che, all'interno del processo amministrativo (il quale si articola in due gradi di giudizio) il vizio di eccesso di potere giurisdizionale non è un vizio "autonomo", ma, al contrario, va ad integrare una questione di merito e non di giurisdizione, con la conseguenza che l'errore commesso dal giudice speciale è semplicemente rimediabile con la proposizione del gravame.²⁷⁰

Pertanto, ad avviso della Cassazione, con la proposizione dell'appello il giudice di secondo grado è investito dell'esame degli *errores in iudicando e in procedendo* imputati alla sentenza del TAR, sicché l'eventuale errore del Consiglio di Stato nella valutazione della specificità o pertinenza dei motivi di gravame integra, a sua volta, un *error in procedendo* censurabile dalle Sezioni Unite.

In conclusione, secondo le Sezioni Unite, il vizio di eccesso di potere giurisdizionale è rinvenibile "*solo rispetto alle sentenze dell'organo di vertice della giurisdizione amministrativa che, definendo il giudizio di appello mediante accoglimento o rigetto dell'impugnazione e dettando la regola del caso concreto, siano per questo in concreto suscettibili di arrecare un vulnus all'integrità delle attribuzioni di altri poteri*".

L'aspetto saliente dell'orientamento appena esposto è quello di considerare l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice di primo grado (amministrativo o contabile) come un vizio che non ha una sua autonomia concettuale e normativa

²⁷⁰ Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2019, n. 1034, in *Foro it.*, 2019, I, 2752.

rispetto alla violazione di legge e che, quindi, è destinato a trovare una soluzione interna ai meccanismi processuali del sistema delle impugnazioni.²⁷¹

Se così non fosse, a detta delle Sezioni Unite, si finirebbe per attribuire indirettamente al Consiglio di Stato (e alla Corte dei Conti) la verifica dell'esistenza dell'eccesso di potere giurisdizionale, compito che è invece costituzionalmente riservato alle Sezioni Unite.²⁷²

Pertanto, in definitiva, la formazione di un giudicato interno sulla giurisdizione per effetto della sentenza di primo grado è configurabile solo allorquando l'eccesso sia stato commesso dal TAR, la sentenza non sia stata impugnata in appello sul punto ed il Consiglio di Stato abbia a sua volta giudicato confermandola.

Allorché, viceversa, l'eccesso di potere giurisdizionale sia stato commesso con la sentenza di appello, oppure qualora sia stato commesso dal primo giudice, sia stato fatto valere come tale con l'appello ed il Consiglio di Stato ne abbia disatteso il relativo motivo di impugnazione –così avallando a sua volta l'eccesso –, allora la formazione di un giudicato interno può verificarsi ove la sentenza di appello non venga impugnata sul punto in Cassazione.²⁷³

²⁷¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2015, n. 23542.

²⁷² Cass., Sez. Un., 17 aprile 2019, n. 10770.

²⁷³ Cass., Sez. Un., 5 aprile 2019, n. 9680.

3.1.2 *Il regolamento preventivo di giurisdizione*

Uno degli strumenti che impediscono l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato per difetto relativo di giurisdizione è il regolamento preventivo di giurisdizione.²⁷⁴

Come è noto, l'art. 10 c.p.a., che rimanda all'art. 41 c.p.c., prevede che, finché la causa non sia decisa nel merito *in primo grado*, ciascuna parte possa chiedere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la risoluzione della questione di giurisdizione.

Una copia del ricorso per Cassazione, in virtù di quanto disposto dal primo comma dell'art. 367 c.p.c., deve essere depositata, dopo la notificazione alle altre parti, nella cancelleria del TAR dinnanzi a cui pende la causa, il quale potrà sospendere il processo, a meno che non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, infatti, è un rimedio dal carattere non impugnatorio che mira ad impedire una pronuncia di merito del giudice adito, prima che si risolva un incidente processuale circa la sussistenza o meno della sua giurisdizione nella controversia in atto.

Nel giudizio sospeso possono chiedersi misure cautelari, ma la sua concessione è impedita se il giudice adito non ritenga sussistente la propria giurisdizione.

²⁷⁴ Sull'istituto si v., *ex multis*, G. BALENA, *Regolamento di giurisdizione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, IV, 2000, 1063; F. CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991; S. GIANA, *sub art. 41 - Regolamento di giurisdizione*, in L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 2013, 561 ss.; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009; A. MASSARI, voce *Regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, 274; A. POLICE, *Il regolamento di giurisdizione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2005, 575 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.*, 1997, aggiornato nel 2017.

Giova altresì precisare che il regolamento preventivo di giurisdizione è l'espedito processuale principale di cui il ricorrente debba avvalersi ove voglia appurare la corretta individuazione del giudice adito (*v. paragrafo successivo*).

3.2 *Il sindacato sull'interpretazione delle norme processuali in tema di deducibilità o rilievo officioso del difetto di giurisdizione*

Fino a tempi piuttosto recenti, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 37 c.p.c., e stante l'universalità della legittimazione a proporre ricorso per regolamento preventivo *ex art.* 41 c.p.c., la giurisprudenza della Cassazione riconosceva al ricorrente il “*diritto di avere torto*” circa l'individuazione del giudice.²⁷⁵

Sicché la questione di giurisdizione poteva essere posta anche dalla stessa parte che aveva adito un giudice, salvo poi contestarne la giurisdizione, a seguito dell'interesse che le derivava dalla soccombenza nel merito.

La contestazione del difetto relativo di giurisdizione era da considerarsi preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si fosse formato il giudicato esplicito o implicito.

Si ammise addirittura la contestazione della giurisdizione da parte di ricorrenti che – dopo avere adito il giudice amministrativo ed avere difeso tale scelta anche in appello – contestavano poi la loro scelta iniziale, riconosciuta giusta in due gradi di giudizio, dinnanzi alle Sezioni Unite della Cassazione.²⁷⁶

²⁷⁵ A questo orientamento si possono ricondurre Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2010, n. 26129, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2, 409; e Cass. Sez. Un., 28 maggio 2014, n. 11916.

²⁷⁶ Si v. Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7097, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 3, 479.

Infine si considerò perfino legittima la proposizione della questione del difetto relativo di giurisdizione con ricorso alla Corte regolatrice da parte di chi l'aveva sollevata dinanzi al Consiglio di Stato, dopo avere invece sostenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo di fronte al giudice ordinario (ove la causa era stata inizialmente proposta dall'altra parte).²⁷⁷

Oggi, invece, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha chiarito che il ricorrente, soccombente nel merito in primo grado, non possa più contestare la giurisdizione in appello per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, a pena di inammissibilità della domanda.²⁷⁸

Tale principio viene enunciato considerando autonomo il *capo* sulla sussistenza della giurisdizione e, pertanto, suscettibile di giudicato implicito laddove vi sia una statuizione di merito. Da ciò se ne deduce che il ricorrente non è legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione perché, riguardo a questo, non risulta parte soccombente, ma, al contrario, è vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa.²⁷⁹

²⁷⁷ Cass. Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1006, in *Foro it.*, 2014, 5, I, 1565.

²⁷⁸ Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 977 con note di F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*; G. G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*; e A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*.

²⁷⁹ Per una lettura critica della sentenza e, in particolare, di tale passaggio si v. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 107 ss., secondo cui “Non posso nascondere di avvertire una qualche apparente artificiosità nella raffigurazione di una qualche forma di vittoria per l'attore che si vede respingere la domanda”.

Accoglie con favore la sentenza, seppur con qualche notazione, C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle Corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 6, 1562 ss., che parla di “benvenuta sentenza”.

Le Sezioni Unite, si noti, hanno affermato il suddetto principio a seguito dell'impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione.

Nella fattispecie al suo esame, infatti, Consiglio di Stato aveva dichiarato inammissibile il motivo di impugnazione con il quale il ricorrente contestava la giurisdizione del TAR da lui stesso adito. Secondo il giudice amministrativo, infatti, tale censura rappresentava un evidente abuso del diritto ponendosi indiscutibilmente in contrasto con il divieto di *venire contra factum proprium* e con le clausole generali di correttezza e buona fede che devono permeare il comportamento delle parti nel processo.

In disparte gli aspetti più propriamente processuali con riferimento alla correttezza o meno della conclusione raggiunta dalle Sezioni Unite in tema di *ius poenitendi* sulla giurisdizione e di abuso del processo²⁸⁰, ciò che più interessa in questa sede è quanto il Collegio ha affermato in tema di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

Infatti, si legge nella sentenza, è da intendere proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base all'art. 111, comma 8, Cost. e art. 362, comma 1, c.p.c. – ed

²⁸⁰ Per una compiuta analisi della pronuncia in commento si v. anche M. M. CELLINI, *Ancora sulla rilevanza in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1362 ss.; e C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiarissimi e non tutti antichi) corollari: inter multos, l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo alla figura dell'abuso del processo*, in *Corriere giur.*, 2017, 2, 267 ss.; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 793 ss..

Più in generale, sul tema dell'abuso del processo, senza presunzione di esaustività, si rinvia agli studi di S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1203 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, 23 ss.; L. P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 2, 319 ss.; G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 1 ss.; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 23 ss.; M. A. SANDULLI, *L'abuso del processo*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2013; G. TROPEA, *L'abuso nel processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

è perciò ammissibile – il ricorso per cassazione contro la decisione del Consiglio di Stato con cui sia stato ritenuto precluso l'esame della c.d. auto-eccezione di difetto di giurisdizione, ossia della questione di giurisdizione sollevata dalla parte che abbia agito in primo grado mediante la scelta di un giudice del quale, poi, in sede di appello, ne disconosca e contesti la giurisdizione.

Ad avviso delle Sezioni Unite, difatti, spetta ad esse non soltanto il giudizio sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma finanche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione.

In base a tale ricostruzione, essendo devoluto alle Sezioni Unite il controllo sulla corretta interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, non può che spettare a loro anche il sindacato sull'applicazione delle norme che regolano il rilievo de difetto di giurisdizione e di quelle correlate, che attengono cioè al sistema delle impugnazioni e che, in quanto tali, contribuiscono a delineare il regime del rilievo della questione di giurisdizione.²⁸¹

In definitiva, seguendo tale assunto, sarebbero attratti al sindacato delle Sezioni Unite tutti gli *errores in procedendo* commessi dal Consiglio di Stato in violazione delle norme sulla giurisdizione e sulla rilevabilità del correlato difetto.

Tale conclusione delle Sezioni Unite è stata fortemente avversata da autorevole dottrina, la quale ha ritenuto che non si ponga una questione di giurisdizione allorquando una pronuncia del Consiglio di Stato dichiara l'inammissibilità di una contestazione in punto di giurisdizione.²⁸²

²⁸¹ Così Cass., Sez. Un., 23 novembre 2012, n. 20727, in *Foro amm. CdS*, 2013, I, 57.

²⁸² R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo*, cit., 108, secondo cui la pronuncia delle Sezioni Unite, dilatando il concetto di questione di giurisdizione, “*rappresenta un ulteriore «attentato» alla posizione costituzionale del Giudice amministrativo*”; A. TRAVI, *Abuso del*

Chiarito ciò, ne sarebbe dovuta derivare una declaratoria di inammissibilità del ricorso da parte delle Sezioni Unite per l'insussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione, posto che spetta al Consiglio di Stato, e non ad altri, stabilire se dovesse o meno ritenersi ammissibile un motivo di appello nei confronti di una sentenza del TAR.

In base a tale orientamento, per così dire, rigorista, la possibilità di sollevare una questione di giurisdizione, e il suo scrutinio da parte del giudice, sono momenti interni alla giurisdizione, che in essa devono nascere e risolversi, concernendo solo le modalità processuali per dedurre e rilevare la questione, e non anche il merito della stessa.

Diversamente opinando, anche la decisione sulla tardività dell'appello proposto contro una sentenza di un Tribunale amministrativo per motivi inerenti alla giurisdizione non potrebbe sottrarsi al sindacato delle Sezioni Unite.²⁸³

Non si può che aderire a tale tesi.

processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?, nota a Cass. 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 983 ss., il quale afferma che “la ragione costituzionale del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) è legata all’osservanza delle regole del riparto e rispetto a queste regole nulla hanno a che vedere il tema dell’abuso del processo e le altre considerazioni invocate per escludere l’impugnazione per ragioni di giurisdizione della sentenza che abbia respinto il ricorso della medesima parte. Sostenere che anche i profili inerenti alla deducibilità e alla rilevabilità della questione di giurisdizione rappresentino essi stessi questioni di giurisdizione significa, a mio parere, confondere due piani del tutto diversi”.

Contra R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 70, la quale, aderendo all'orientamento delle Sezioni Unite, sostiene che “le norme processuali sulla giurisdizione non possono mai considerarsi “interne” a un singolo sistema processuale, ma sono sempre norme “comuni” a tutti i sistemi processuali, e l'errore su di esse ha sempre un impatto sulle reciproche sfere di attribuzioni”. Così anche G. STANCANELLI, *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971, 137 ss.; E. REDENTI, *Vizi di costituzione o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici*, cit., 693 ss..

²⁸³ Così A. TRAVI, *op. ult. cit.*

Il rilievo officioso del difetto di giurisdizione in appello è precluso al giudice amministrativo dall'art. 9 c.p.a., ossia da una *norma processuale sulle regole del processo* (si scusi il gioco di parole).

Non si comprenderebbe bene, allora, perché la medesima disposizione assurgerebbe, invece, a *norma processuale sulle regole della giurisdizione*, nell'ipotesi in cui – in base all'interpretazione delle Sezioni Unite – precluda al ricorrente di contestare la giurisdizione del giudice da lui stesso adito.

Le disposizioni processuali, infatti, si pongono su un piano decisamente distinto rispetto a quelle sul riparto di giurisdizione, anzi spesso sono destinate a prevalere. Ciò sembrerebbe ulteriormente avvalorato dalla considerazione per cui le preclusioni processuali sull'eccepibilità o sul rilievo del difetto di giurisdizione (di cui l'art. 9 c.p.a. ne rappresenta l'emblema) presuppongono inevitabilmente una disputa sulla sussistenza o meno della giurisdizione di un giudice, ma mirano proprio ad evitare che tali contestazioni possano continuare dopo un certo momento.

Quindi o dette preclusioni processuali sono incostituzionali perché precludono il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, che è garantito costituzionalmente, oppure non rappresentano questioni di giurisdizione, con la conseguenza che la loro interpretazione e applicazione è sottratta al sindacato delle Sezioni Unite.

4 *Il difetto assoluto di giurisdizione*

Uno dei motivi inerenti alla giurisdizione che incontrano il parere pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza è il c.d. difetto assoluto di giurisdizione.

Si tratta, in realtà, proprio dell'unica ipotesi di ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato presa a riferimento dall'art. 48 del T.U. n. 1054 del 1924 (riprendendo l'art. 6 della legge n. 62 del 1907).

Tale disposizione, infatti, prevede che le sentenze del Consiglio di Stato possano essere impugnate “*soltanto per assoluto difetto di giurisdizione*”.

Non è secondario rilevare che l'art. 48 cit. risulta essere ancora oggi in vigore in quanto non abrogato dal codice del processo amministrativo.

Nonostante sia ben argomentata, non è convincente la tesi di coloro che ritengono, invece, la suddetta norma abrogata in quanto non riproposta da codice del processo amministrativo.²⁸⁴

Risulta infatti perfino superfluo rilevare che se il legislatore, all'art. 4 dell'Allegato 4 del c.p.a., ha disposto l'abrogazione degli articoli *da 34 a 47* e *da 49 a 56* è di tutta evidenza che abbia voluto salvare proprio l'art. 48.

Anzi, si potrebbe sostenere che il codice del processo amministrativo, così facendo, lo abbia fatto proprio, recependolo.

Sicché, l'unico modo per ritenere compatibile l'art. 110 c.p.a. con tale ultima disposizione – rifiutandoci di pensare che quando il legislatore del codice ha preservato l'art. 48 abbia dimenticato quanto scritto poco sopra all'art. 110 – è

²⁸⁴ In tal senso A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione*, cit., 4 s., secondo cui con l'avvento della Costituzione bisogna solamente tenere conto dell'espressione “motivi inerenti alla giurisdizione”.

considerare l'art. 48 come norma interpretativa della prima e, quindi, ritenere che i "soli motivi inerenti alla giurisdizione" coincidano con le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (oltre che di difetto relativo, essendo ormai *ius receptum* il ruolo di Corte regolatrice della giurisdizione, sia *ex ante* in sede di regolamento preventivo e di conflitto di giurisdizione, sia *ex post* con il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, attribuito alla Cassazione).

Pertanto, ove le Sezioni Unite vogliano sindacare pronunce del Consiglio di Stato in casi ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'art. 48, allora sembrerebbe necessaria una declaratoria di incostituzionalità della suddetta disposizione.²⁸⁵

Si badi bene, qui non si tratta di interpretare la norma di grado superiore (l'art. 111, comma 8, Cost.) alla luce della norma di grado inferiore (l'art. 48 o, comunque, la normativa ordinaria sul sindacato delle Sezioni Unite), dovendosi, al più, procedere proprio in senso inverso. Ciò che si cerca di evidenziare, infatti, è la coerenza tra i due livelli normativi, potendosi ritenere "motivi inerenti alla giurisdizione" solamente i casi in cui proprio la giurisdizione manchi, parzialmente (difetto relativo) o del tutto (difetto assoluto).

Avendo già esaminato nel precedente paragrafo il difetto relativo di giurisdizione, resta allora da comprendere cosa sia il difetto assoluto di giurisdizione.

Recentemente la risposta l'ha data la Corte Costituzionale che, nella nota sentenza 18 gennaio 2018, n. 6 (di cui si parlerà meglio nel capitolo successivo), ha chiaramente affermato che si ha difetto assoluto di giurisdizione quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera

²⁸⁵ Così L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 718, che ritiene "molto improbabile" la paventata pronuncia di incostituzionalità "perché l'art. 48 è stato il fulcro del dibattito svolto presso l'Assemblea costituente e la base della sua scelta istituzionale".

riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta *invasione* o *sconfinamento*), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto *arretramento*).

Ai casi summenzionati deve essere aggiunta l'eventualità in cui il giudice amministrativo invada la competenza di un giudice straniero

Nel presente lavoro, comunque, per ragioni di sistematizzazione, terremo distinte le singole ipotesi sopra accennate e useremo l'espressione "difetto assoluto di giurisdizione" solo nella sua accezione in senso stretto, ossia i casi in cui il giudice amministrativo abbia pronunciato su casi affidati alla giurisdizione di un giudice straniero e quelli in cui abbia usurpato le attribuzioni di altri poteri dello Stato, invadendo, ad esempio, l'area riservata (a) alla discrezionalità amministrativa accordando tutela a meri interessi di fatto; o (b) al legislatore, giudicando su atti politici o su atti sottratti al controllo del giudice amministrativo in quanto affidati all'autodichia di alcuni organi costituzionali (come Parlamento, Presidenza della Repubblica e Corte Costituzionale).

Sono tutte ipotesi in cui – come per il difetto relativo di giurisdizione, e diversamente rispetto all'evenienze di eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione – l'assenza di *potestas iudicandi* del giudice amministrativo si può evincere *ex ante*, già dal momento in cui il ricorso è presentato.

In tali casi, ove il ricorso per cassazione venisse accolto, le Sezioni Unite dovrebbero cassare la decisione del Consiglio di Stato *senza rinvio*, a norma

dell'art. 382, comma 3, c.p.c. (giacché non vi sarebbe un giudice in grado di decidere su una pretesa non giustiziabile).²⁸⁶

Ma il difetto di giurisdizione, inteso in senso lato come eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione, potrebbe ben valutarsi *ex post* rispetto all'istaurazione del giudizio, emergendo a seguito di pronunce o provvedimenti che, per il loro contenuto obiettivo, quale che fosse il giudice, esulerebbero comunque da ogni manifestazione di potestà giurisdizionale per come questa è delineata nel nostro ordinamento.

È, ad esempio, il caso in cui il giudice amministrativo si rifiuti di decidere (violando il divieto del *non liquet*) o di accordare tutela; oppure l'ipotesi in cui emani provvedimenti totalmente eccentrici, come nei casi (di scuola) in cui condanni un funzionario alla reclusione ove vi siano debiti dell'amministrazione verso il privato, o, ancora, stabilisca nella pianta urbana il punto in cui far costruire un'opera pubblica.

Chiaramente, oltre alle ipotesi fantasiose testé accennate, vi sono altri schemi, più realistici, in cui dottrina e giurisprudenza ravvisano diniego di giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale. Di tali conclusioni, sebbene non sempre condivisibili a parer di chi scrive, si darà conto nel capitolo successivo.

²⁸⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Foro it.*, 2014, I, 568; e Cass., Sez. Un., 10 maggio 2011, n. 10174, secondo cui “l'art. 382 c.p.c., a seguito dell'introduzione nell'ordinamento del principio della *traslato iudicii*, deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta esclusivamente nel caso in cui non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, mentre, se la giurisdizione spetta a un giudice diverso da quello adito il processo deve continuare davanti a tale giudice affinché siano salvaguardati gli effetti sostanziali e processuali della domanda”.

5 *L'erronea composizione del collegio giudicante*

Prima di concludere il presente capitolo è necessario menzionare l'orientamento, ormai consolidato, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui l'erronea composizione del collegio giudicante del Consiglio di Stato costituisce – “*accanto*” alle ipotesi di difetto assoluto e relativo di giurisdizione – motivo inerente alla giurisdizione sindacabile, pertanto, dalle Sezioni Unite.

Riprendendo brevemente le argomentazioni che esplicitano la *ratio decidendi* della Corte, si sostiene che sia censurabile la sentenza emanata dal Consiglio di Stato in caso di illegittima composizione dell'organo giudicante, a condizione che il vizio di costituzione del collegio sia di *particolare gravità*.

Tale orientamento risale agli anni '50, a partire da un caso in cui la Corte affermò espressamente che la violazione delle norme organiche che disciplinano la composizione numerica dell'ufficio giudicante (in quel caso si trattava dell'Adunanza Plenaria) “*dà luogo ad inesistenza della sentenza e difetto assoluto di giurisdizione del giudice*”.²⁸⁷

In altre parole, secondo la Corte, una pronuncia che promani da un Collegio irregolarmente composto, “*per numero e qualità dei magistrati*”²⁸⁸, è inesistente in quanto non si tratta di atto che emana dallo Stato, bensì di un atto privato, privo di qualsiasi effetto giuridico e neppure qualificabile come sentenza.

²⁸⁷ Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro it.*, 1953, IV, 505 s., con nota di A. DE VALLES, e in *Foro amm.*, 1952, 2, 120, con nota di C. LESSONA. In realtà, però, sebbene fu a partire dagli anni Cinquanta che tale orientamento divenne più robusto e strutturato anche nelle sue ragioni giuridiche e teoriche, i suoi antecedenti si possono rintracciare sin dagli anni Venti. Si v. a tal proposito Cass., Sez. Un., 28 aprile 1925, in *Foro it. Rep.*, voce *Ferrovie*, 145; e Cass., Sez. Un., 22 maggio 1928, n. 2927, in *Foro it. Rep.*, 1928, voce *Impiegato governativo*, 128.

²⁸⁸ Così la massima ufficiale, che, tuttavia, non sembra aderire perfettamente alla decisione in quanto le Sezioni Unite, ritenendo fondato il motivo di censura sulla composizione numerica del collegio, hanno dichiarato assorbita la questione concernente la composizione qualitativa

Secondo la giurisprudenza più recente, in particolare, *“la carenza di giurisdizione, in relazione all’illegittima composizione del giudice speciale, è ravvisabile quando è imputabile a illegittimità costituzionale della norma sulla composizione del collegio, o nei casi di alterazione strutturale dell’organo giudicante, per vizi di numero o di qualità dei suoi membri, che ne precludono l’identificazione con quello delineato dalla legge; diversamente, si verte in tema di violazione di norme processuali, esorbitante dai limiti del sindacato delle Sezioni Unite”*.²⁸⁹

Tale conclusione non pare convincente per una fondamentale ragione.

La regola che stabilisce il numero dei componenti di un collegio non è una norma sulla giurisdizione (ossia una norma da cui discende la tutela di posizioni sostanziali, o che ha la funzione di stabilire i limiti nei confronti degli altri ordini giurisdizionali o degli altri poteri dello Stato), bensì una semplice disposizione sull’ordinamento giudiziario e, dunque, un limite interno della giurisdizione.²⁹⁰

²⁸⁹ Così Cass. Sez. Un., 1 aprile 2019, n. 9042, in cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto per motivi inerenti alla giurisdizione (e, in particolare, per un’asserita illegittima composizione del collegio) avverso una sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana. Nel caso di specie si contestava la terzietà-imparzialità del Collegio giudicante in ragione del cumulo, in capo al giudice estensore della sentenza impugnata, di funzioni giurisdizionali e di funzioni normative, derivanti dall’essere egli componente della Commissione paritetica di cui all’art. 43 dello statuto della Regione Siciliana, chiamata a determinare le norme relative all’attuazione dello statuto stesso.

²⁹⁰ Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, III ed., Torino, 2003, 343, che afferma *“La Cassazione ritiene che costituisca questione di giurisdizione anche il profilo relativo alla composizione del collegio giudicante, ma è evidente l’erroneità della tesi, trattandosi di un profilo che attiene alla validità (inesistenza) della sentenza e che quindi, nonostante il diverso avviso della Suprema Corte, nulla ha a che vedere con i problemi di giurisdizione”*. Di tale avviso anche S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa, incertezza del diritto, sindrome di Pilato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006, secondo cui *“Se si tratta di atti radicalmente nulli non sorge – ovviamente – alcun problema di riparto di giurisdizione. Se si tratta di atti di natura amministrativa (com’è indubbio per quello che dispone la composizione del collegio) la Cassazione non può annullarli, per il vincolo generale discendente dall’art. 5 della legge abolitiva del contenzioso; né può disapplicarli, perché il potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi è attribuito al giudice ordinario solo nelle materie devolute alla sua giurisdizione (sentenza 1 agosto 1995 n. 8401). Né la Cassazione potrebbe d’ufficio statuire il difetto della giurisdizione amministrativa nei confronti...di se stessa, e cioè del proprio organo di autogoverno (il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa) competente ad approvare la composizione dei collegi, perché, com’è noto, il difetto di giurisdizione nei confronti dell’amministrazione va dedotto dall’amministrazione interessata (e cioè, in questo caso, il Consiglio di presidenza) e non può essere rilevato d’ufficio”*.

I vizi di costituzione del giudice, infatti, discendono dalla violazione di leggi che hanno il compito di delineare l'architettura del processo e non la giurisdizione: esse sono le leggi sull'ordinamento giudiziario riguardanti la nomina e le altre condizioni di capacità del giudice, ivi compresa la composizione dei collegi, nonché quelle in tema di legittimazione del giudice al compimento di atti processuali.

Non vi è dubbio, chiaramente, che un collegio composto da un numero inferiore di Consiglieri di Stato sia una gravissima violazione delle norme processuali (probabilmente più grave della violazione delle norme sul riparto) e che causi nullità della sentenza *ex art 158 c.p.c.*, ma non spetta alle Sezioni Unite rilevarla.

A tali osservazioni si potrebbe controbattere sostenendo che un collegio irregolarmente composto non sia espressione della potestà giurisdizionale dello Stato, in quanto viola il meccanismo delle maggioranze necessarie a formare la volontà collegiale, richiesta espressamente dalla legge.²⁹¹

Tutto ciò è vero, ma non può tuttavia essere sottovalutata una duplice difficoltà.

²⁹¹ In questo senso Cass., Sez. Un., 19 ottobre 1951, n. 2641, in *Foro it.*, 1951, I, 1316 ss., di cui, per l'importanza e l'eleganza delle argomentazioni, merita di essere riportato un passo fondamentale della sentenza: "*Ora, a queste Sezioni unite sembra che la questione non possa risolversi se non risalendo al principio fondamentale che regola il funzionamento degli organi collegiali. Nei quali, com'è noto, la pluralità dei componenti non esclude, anzi implica la formazione di una volontà unica che all'esterno appare come la volontà dell'organo. Il congegno, mediante il quale si perviene alla formazione di questa volontà unica, è costituito, come noto, dall'applicazione del principio maggioritario, in virtù del quale la volontà della maggioranza prevale su quella della minoranza e finisce per assurgere a volontà dell'intero collegio. Or bene, è agevole constatazione, confermata d'altronde dalla norma positiva (art. 276 cod. proc. civ.), che la formazione di tale volontà presuppone la sussistenza di un minimo di volontà individuali aventi il medesimo contenuto. Ed è altrettanto agevole constatare che il numero minimo di queste volontà varia in funzione del numero dei componenti del collegio fissato dalla legge. Se, poi, si aggiunge che l'inviolabilità del segreto, che circonda la deliberazione, impedisce di ricorrere alla cosiddetta prova di resistenza, risulta pienamente giustificata la conclusione che l'elemento numerico non soltanto ha importanza fondamentale nel funzionamento degli organi collegiali giudiziari, ma serve alla stessa identificazione del soggetto investito di giurisdizione, e incide perciò sul collegamento della sua attività con la volontà sovrana dello Stato. Di guisa che ogni arbitraria alterazione nella composizione numerica (così in più come in meno) vale a degradare l'insieme delle persone, sia pure singolarmente investito del potere di decisione, in un'accolta di privati, manifestanti una loro propria personale opinione, che non può assurgere ad espressione della volontà dello Stato. E si deve, dunque, concludere che l'atto che da queste persone promana non può essere considerato come un provvedimento giurisdizionale: esso è giuridicamente inesistente*".

O riteniamo il collegio irregolarmente composto come un insieme di privati cittadini che emanano una decisione – al pari di un gruppo di amici al bar – oppure la riteniamo comunque una decisione che promana dal Consiglio di Stato.

Se è vero il primo caso allora della nullità/inesistenza della sentenza non dovranno conoscerne le Sezioni Unite e non sarà un motivo inerente alla giurisdizione, bensì si avrà un provvedimento *tamquam non esset* accertabile, in qualunque tempo, da qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento chiamato a portarlo ad esecuzione.

Questa soluzione parrebbe anche contrastante rispetto alla normativa vigente se si tiene in considerazione il combinato disposto degli artt. 158 e 161 c.p.c., da cui si evince chiaramente che i vizi sulla regolare composizione del collegio non sono rilevabili dopo la formazione del giudicato. Sarebbe infatti logicamente, prima che giuridicamente, insensato rappresentarsi un giudicato su un atto non espressione di potere giurisdizionale.

Secondo autorevole dottrina processualcivilistica, nel caso di irregolare composizione del collegio così come di irregolare nomina del giudice, non è corretto, infatti, ragionare in termini di inesistenza della sentenza.

In tali casi, il dato soggettivo concernente la persona del giudice, e quindi la composizione del collegio, è surclassato dal dato, decisivo, della pubblicazione della sentenza nelle forme e nei modi previsti: essa consente di imputare la decisione all'ufficio giudiziario come condizione di “esistenza” della sentenza.²⁹²

²⁹² G. BALENA, *La riforma del processo civile*, Napoli, 1994, 254. Cfr. anche ID., *Sulla pretesa inesistenza della sentenza resa dal giudice irregolarmente costituito*, in *Foro it.*, 1986, I, 521; e C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, 176.

In più, il codice di procedura civile solo in un caso estremo equipara, nella sostanza, la nullità all'inesistenza, ed è quello di cui all'art. 161 c.p.c., ossia la mancanza della sottoscrizione del giudice.²⁹³

Ma perfino in questa eventualità, quantunque molto grave, non potrebbe convincentemente ritenersi che una sentenza priva di sottoscrizione sia impugnabile per motivi inerenti alla giurisdizione.

Lo stesso potrebbe dirsi ove il vizio di costituzione del collegio non investa un requisito oggettivo (quale è il numero dei componenti) ma elementi soggettivi.

Altrimenti, ragionando *a contrario*, dovremmo ritenere sussistente una questione di giurisdizione laddove, ipoteticamente, tutti i membri del collegio abbiano pronunciato una sentenza in stato di incapacità di intendere e volere o sotto le pressioni di un uomo armato.

Seguendo questa linea interpretativa, tutte le volte in cui si è in presenza di un vizio grave allora lì saremmo in presenza di una questione di giurisdizione: la conseguenza sarebbe che pressoché tutte le ipotesi di nullità della sentenza (*in re ipsa gravi*) siano sempre motivi inerenti alla giurisdizione.

Con riferimento alle altre ipotesi di irregolare composizione del collegio, va infine segnalato che le Sezioni Unite, in più occasioni, hanno dichiarato inammissibili i

²⁹³ Bisogna comunque precisare che, alla mancata sottoscrizione del giudice di cui all'art. 161 c.p.c. Cons. St., Ad. Plen., 28 settembre 2018, n. 15, in *Foro it.*, 2018, III, 545, equipara le altre “*gravi patologie*” della sentenza, quali: sentenza con dispositivo assurdo, incomprensibile o incerto; sentenza emessa nei confronti di parti inesistenti o decedute prima dell'instaurazione del giudizio; sentenza pronunciata *a non iudice*; sentenza resa da un collegio giudicante illegittimamente composto.

Si v. altresì Cons. St., Ad. Plen., 19 luglio 1982, n. 13, in *Foro it.*, 1982, III, 461, secondo cui, al difetto di sottoscrizione di cui all'art. 161 c.p.c. è da assimilare ogni altro caso di nullità della sentenza derivante dalla violazione delle norme che prescrivono per tale atto giurisdizionale determinati requisiti di forma, ovvero da difetti di carattere sostanziale, tra cui quello dipendente dall'irregolare costituzione del giudice, dalla sottoscrizione di giudici diversi rispetto a quelli dinanzi ai quali si è svolta la discussione, etc.

ricorsi proposti avverso sentenze della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato nel caso di mancata astensione del giudice contabile e amministrativo, considerando la violazione e la falsa applicazione delle norme in tema di astensione o ricsuzione come *errores in procedendo* e, quindi, insindacabili dalla Corte regolatrice.²⁹⁴

Non può però, a tal proposito, non sottolinearsi la bizzarria di trattare in modo radicalmente diverso il caso in cui al collegio non abbia partecipato un magistrato che avrebbe dovuto parteciparvi da quello in cui vi abbia partecipato un magistrato che non avrebbe dovuto prendervi parte: in entrambe le ipotesi si ha un collegio composto in maniera difforme da come il legislatore ha voluto, con un numero di componenti “idonei” ad esplicare la *potestas iudicandi* inferiore rispetto a quanto richiesto dalla legge.²⁹⁵

²⁹⁴ In base a questo orientamento “*l’eventuale partecipazione alla decisione della controversia di un magistrato che avrebbe dovuto astenersi, ai sensi dell’art. 51 c.p.c., non può di per sé integrare mancanza di giurisdizione del collegio giudicante, come tale deducibile, con riguardo a pronunzia di giudice amministrativo o contabile, con ricorso per cassazione, atteso che detta carenza di giurisdizione, in relazione all’illegittima composizione dell’organo giudicante, è ravvisabile solo nelle diverse ipotesi di alterazioni strutturali dell’organo medesimo, per vizi di numero o qualità dei suoi membri, che ne precludono l’identificazione con quello delineato dalla legge*”, così Cass., Sez. Un., 13 luglio 2006, n. 15900, in *Foro it.*, 2007, I, 477. In senso analogo, con riferimento al Consiglio di Stato si v. Cass., Sez. Un., 7 dicembre 2000, n.146, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Giustizia amministrativa*, 1229; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847 e, con riferimento al CGARS si v. Cass., Sez. Un., 20 luglio 2012, n. 12607, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Giustizia amministrativa*, 1035. Si vedano anche Cass. civ., Sez. Un., 10 giugno 2006, n. 13034; Cass. civ., Sez. Un., 7 settembre 2018, n. 21926. Peraltro la Suprema Corte, in alcune occasioni, ha affermato che la partecipazione al collegio di un giudice che aveva l’obbligo di astenersi non è riconducibile alla previsione di cui all’art. 158 c.p.c. e, quindi, all’irregolare costituzione del giudice, bensì a quella di cui all’art. 51, n. 4, c.p.c. in tema di obbligo di astensione (così, da ultimo, Cass., 15 aprile 2019, n. 10537).

²⁹⁵ Le Sezioni Unite, come nel caso di mancata astensione, hanno escluso che integri carenza di giurisdizione del collegio giudicante nei casi di: (i) prosecuzione del processo e decisione a seguito della proposizione di istanza di ricsuzione, ai sensi dell’art. 18 c.p.a. (Cass., Sez. Un., 20 luglio 2012, n. 12607; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847); (ii) sostituzione del presidente o integrazione del collegio con altro magistrato senza le prescritte autorizzazioni (Cass., Sez. Un., 11 dicembre 1992, n. 870); (iii) partecipazione al collegio dell’Adunanza Plenaria, oltre del presidente dell’organo, anche di tre presidenti di sezione e non soltanto di consiglieri di Stato, così come invece era stabilito dalla l. 27 aprile 1982, n. 186 (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2007, n. 753); (iv) collocazione fuori ruolo di uno dei giudici del collegio che, invece, risultava assegnato al CGARS (Cass., Sez. Un., 1 luglio 2009, n. 15383)

In tema di ricusazione, non può comunque sottrarsi l'orientamento per cui, laddove il giudice speciale, abbia del tutto omissivo di applicare le regole processuali sulla ricusazione ovvero ne abbia fatto un'applicazione solo apparente o abnorme, lì vi sarebbe la radicale assenza di terzietà che potrebbe trasformarsi in vizio afferente la giurisdizione.²⁹⁶ In siffatta evenienza, ad avviso della giurisprudenza appena citata, il giudice non viola semplicemente le regole sulla ricusazione, ma non le applica affatto e, pertanto, sarebbe un giudice non-terzo la cui pronuncia non è espressione di *ius dicere*.

Se, invece, riteniamo la sentenza decisa da un collegio formato da un numero di componenti diverso da quanto prevede la legge, comunque, una decisione illegittima del Consiglio di Stato – riconoscendone quindi la paternità all'organo – allora non sarà più una questione di esistenza della *potestas iudicandi*, ma un problema di nullità della sentenza per violazione di norme processuali che espressamente comminano tale sanzione.

Contro la sentenza, pertanto, potrebbe esperirsi ricorso per revocazione dinnanzi al medesimo Consiglio di Stato *ex art. 395, comma 1, n. 4*, per errore di fatto risultante dagli atti della causa.

Certo, probabilmente si “forzerebbe” la portata letterale della norma sulla revocazione; tuttavia è una valida soluzione per chiudere il sistema e garantire (in ogni “grado” *ex art. 24 Cost.*) il diritto di difesa delle parti e il giusto processo.

Del resto, se il rimedio revocatorio di cui al n. 4, per costante giurisprudenza²⁹⁷, è circoscritto ai soli casi di “sviste” o di “puri equivoci” che non costituiscano errori

²⁹⁶ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847.

²⁹⁷ *Ex multis*, Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2012, 22868; Cass., Sez. lav., 9 dicembre 2013, n. 27451; Cass., Sez. I, 14 aprile 2017, n. 9673; Cons. St., Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6455, *in Foro amm.*

di giudizio, *a fortiori* non può non ammettersi ove la “svista” sia macroscopica e coincida con l’erronea valutazione del numero di componenti necessari per formare il collegio: anche tale errore ha indotto l’organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto.²⁹⁸

Si tratta, in sostanza, di un rimedio estremo che, tuttavia, in concreto, come ben si può immaginare, avrebbe dimensioni assai contenute, essendo ben pochi i casi di nullità delle sentenze del Consiglio di Stato.

Il problema comunque è annoso e – riguardando, in generale, i rimedi esperibili avverso le decisioni delle Corti Supreme – si porrebbe anche nel caso di irregolare composizione delle Sezioni semplici o delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.^{299 300}

Non è possibile, evidentemente, esaminare approfonditamente tale tema, che meriterebbe uno studio appositamente dedicato; basti pertanto ribadire che, dato che non si possono avere impugnazioni infinite ed infinite Corti supreme che sovrintendano le Corti un po’ meno supreme, e così via, allora, nei casi esposti di nullità della sentenza – che non costituiscono motivi di giurisdizione –, il rimedio

Cds, 2012, 12, 3225; Cons. St., Sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 198; Cons. St., Sez. VI, 3 luglio 2019, n. 4568.

²⁹⁸ Del resto, a partire dalla nota Cort. Cost., 31 gennaio 1991, n. 36, in *Foro it.*, 1991, I, 1033, si ammette come errore revocatorio anche l’errore che investa atti interni al giudizio, ossia quelli che il giudice esamina direttamente con una propria ed autonoma indagine di fatto.

²⁹⁹ Si veda a tal proposito Cass., ord. 5 ottobre 1981, n. 471, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Cassazione civile*, n. 35 secondo cui “nell’ordinamento vigente, per espressa previsione normativa (art. 323 c.p.c.), l’iter d’impugnazione della sentenza si inizia con l’appello e si esaurisce con il ricorso per cassazione, sicché, esaurite dette fasi, il diritto d’impugnativa deve ritenersi ormai consumato ed è, quindi, vietato alle parti di poter ulteriormente ricorrere alla corte di cassazione avverso le decisioni della stessa”.

³⁰⁰ Bisogna tuttavia precisare che il codice di procedura civile, con riferimento alle sentenze della Corte di Cassazione, prevede agli artt. 391-bis e ss. casi di revocazione diversi da quelli delineati all’art. 395. Tale normativa differenziata, invece, non è prevista per le sentenze del Consiglio di Stato. L’art. 106 c.p.a., infatti, statuisce che “(...) le sentenze dei tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato sono impugnabili per revocazione, nei casi e nei modi previsti dagli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile”.

più idoneo è la revocazione, essendo uno strumento, al contempo, rescissorio (che annulla la sentenza) e rescindente (che decide nel merito).

Ove invece, con un'interpretazione rigorosa dei casi previsti dalla legge, si ritenesse non percorribile la strada della revocazione, allora non potrebbe negarsi la possibilità di esperire un'*actio nullitatis* dinnanzi allo stesso Consiglio di Stato per l'accertamento del vizio della sentenza e la contestuale declaratoria di nullità, con tutte le problematiche che deriverebbero, però, dall'immaginare la disciplina giuridica di un'azione non prevista dal codice, e, quindi, dal mancato rispetto dei principi di tipicità e tassatività dei mezzi impugnatori.³⁰¹

In questo senso, tuttavia, sembrerebbe orientata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in un *obiter dictum*, ha affermato che, nel caso di nullità-inesistenza di cui all'art. 161, comma 2, c.p.c., la particolare gravità del vizio, non ammettendo sanatorie, consente la proposizione di un'azione di nullità della sentenza, senza limiti di tempo.³⁰²

³⁰¹ Con riferimento alla nullità delle sentenze della Cassazione si v. C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, 15 ss., che comunque, fuori dall'ipotesi di mancata sottoscrizione, esclude l'esistenza di rimedi per far valere le nullità delle sentenze della Suprema Corte. Si analogo avviso è G. BALENA, *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 107 ss..

Ammettono l'*actio nullitatis*, come rimedio per far valere l'inesistenza giuridica di una sentenza, Cass., Sez. lav., 27 maggio 2003, n. 8442, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5, e Cass., Sez. I, 1 settembre 2006, n. 18948, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9. Ai nostri fini merita soprattutto di essere evidenziata Cass., Sez. III, 7 maggio 2014, n. 9865, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, la cui massima ufficiale chiarisce che "il carattere di impugnazione eccezionale della revocazione, prevista per i soli motivi tassativamente indicati nell'art. 395 cod. proc. civ., comporta l'inammissibilità di ogni censura non compresa in detta tassativa elencazione ed esclude, di conseguenza, anche la deduzione del vizio di inesistenza o di nullità radicale della sentenza, che resta deducibile con le ordinarie impugnazioni, ovvero con un'autonoma azione di accertamento negativo ("*actio nullitatis*")".

Da ultimo, hanno affermato il carattere eccezionale della revocazione e la tassatività dei motivi indicati dalla legge Cass., Sez. lav., 26 ottobre 2018, n. 27220.

³⁰² Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11.

Un'ulteriore soluzione prospettata da parte della dottrina³⁰³, ma rifiutata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁰⁴, sarebbe la rinnovazione officiosa del giudizio da parte del giudice che abbia emanato una sentenza nulla.

Ciò chiarito, e conclusa l'analisi di quelli che vengono considerati motivi inerenti alla giurisdizione, non resta che trattare specificamente i due motivi che hanno maggiormente destato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza: eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione.

A questi due istituti verrà dedicato il prossimo capitolo.

³⁰³ G. CARLOTTI e M. FRATINI, *L'appello al Consiglio di Stato*, in F. CARINGELLA e R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, VIII, Milano, 2008, 231.

³⁰⁴ Cass., Sez. III, 29 maggio 2001, n. 7275, secondo cui una volta emanata la decisione il giudice esaurisce la sua funzione giurisdizionale e, pertanto, non può rinnovare la decisione.

CAP. IV

ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE E DINIEGO DI GIURISDIZIONE

1 Gli altri figli di Echidna: i limiti interni ed esterni alla giurisdizione

I mostri, stando al significato etimologico del termine (dal latino *monstrum*, che deriva, a sua volta, da *monere*, ossia avvisare, avvertire), sono delle creature, più leggendarie che reali, frutto per lo più delle fantasie della mente umana, che, sovente nate o create da un'autorità divina, si “mostrano” (appunto!), come qualcosa di straordinario volto a suscitare stupore e finanche paura.

Spesso sono formati da membra o parti eterogenee appartenenti a generi e specie differenti (es. il grifo, la chimera, la sfinge, il minotauro, Frankenstein, etc.).³⁰⁵

Se così è, allora non possono che definirsi “mostri” i limiti esterni o interni della giurisdizione.

Questi, infatti, sono il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie – la quale non trova piena aderenza né nel dettato costituzionale né nel corpo della legislazione (significativo è che l'espressione non compaia mai in un testo legislativo) –, che, per chiarire il significato di “*motivi inerenti alla giurisdizione*” ha individuato dei criteri, non sempre univoci e omogenei.³⁰⁶

Stando sempre sulle corde della metafora mitologica, essi sono come l'araba fenice per Metastasio: che vi sian ciascun lo dice, dove sian nessun lo sa.³⁰⁷

³⁰⁵ Cfr. voce “*móstro*” in www.treccani.it.

³⁰⁶ Cfr. V. DENTI, *Norme sulla giurisdizione, sub art. 111*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, IV, *La magistratura*, Bologna, 1987, 36.

³⁰⁷ P. METASTASIO, *Il Demetrio*, Venezia, 1731.

Tale nebulosità è verosimilmente necessitata dalla considerazione per cui la giurisdizione non è una corsa ad ostacoli, interni o esterni che siano: è, al contrario, una funzione dinamica diretta a rendere giustizia, dai decisi connotati proteiformi, dovendosi essa adattare al caso singolo per poter rendere effettive le tutele che il nostro ordinamento contempla.

Nonostante abbia riscosso notevole successo la distinzione tra limiti interni ed esterni alla giurisdizione, questa, pur avendo un indubbio pregio evocativo, non fa altro che spostare in avanti il problema (portando l'interprete ad interrogarsi su quali siano i limiti interni e quali quelli esterni). Sicché, per spiegare quali siano i motivi inerenti alla giurisdizione che consentono l'impugnazione in cassazione delle sentenze dei giudici speciali, sarà sempre necessario elencare le diverse ipotesi elaborate da dottrina e giurisprudenza che hanno tra loro poco in comune se non essere considerate, appunto, "motivi inerenti alla giurisdizione". E si ripartirebbe daccapo.

Ciò ha portato autorevole dottrina a richiedere che, con riferimento all'espressione limiti esterni e limiti interni, venga fatta una "*pulizia terminologica*".³⁰⁸

Peraltro non tutti quelli che vengono considerati limiti esterni corrispondono in realtà a confini che separano il potere giurisdizionale (o anche quella quota di potere riservata ad un ordine giudiziario) dagli altri poteri.

Ad avviso di chi scrive, infatti, il diniego di giurisdizione o il difetto negativo di giurisdizione, ad esempio, sono violazioni di limiti interni alla giurisdizione (giacché la loro violazione si pone in contrasto tanto con le prerogative quanto con le funzioni che appartengono propriamente al giudice che incorre nel vizio, senza

³⁰⁸ Così C. E. GALLO, *L'impugnazione in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 560.

intaccare in alcun modo altri poteri dello Stato), ma, ciononostante, possono considerarsi “motivi inerenti alla giurisdizione”.

Perfino il riparto di giurisdizione, sulla base della concezione funzionalmente unitaria della stessa, potrebbe considerarsi limite interno “alla giurisdizione”, ma ciò, in base a quanto chiarito, non impedirebbe comunque alle Sezioni Unite di sindacare il difetto relativo di giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.*³⁰⁹

Anzi, secondo alcuni non è nemmeno corretto parlare di “limiti interni” in quanto essi sono, più semplicemente, questioni di rito o di merito del tutto interne alla giurisdizione, tanto da non costituire “limiti”, ma modalità di esercizio della funzione giurisdizionale.³¹⁰

La manualistica tradizionale e la giurisprudenza, tuttavia, non distinguono i “limiti esterni” dai “limiti interni” prendendo come parametro riferimento la giurisdizione nel suo insieme (così come, a rigore, dovrebbe essere), ma, al contrario, guardano al singolo plesso giurisdizionale, facendo per lo più coincidere i limiti interni con gli *errores in procedendo e in iudicando*.³¹¹

Sui limiti esterni si articola ampiamente il presente lavoro. Qualche parola, invece, occorre spenderla per i limiti interni.

³⁰⁹ Cfr. V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno*, cit. 23 ss. che, ricordando P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, XXI, Padova, 1943, 53 ss., afferma che quando “*senza uscire dall’ordinamento giurisdizionale si cerca quali siano i limiti della giurisdizione affidata a ciascun tipo di organi giurisdizionali, o anche a ciascun organo appartenente ad un determinato tipo, allora si tracciano fra i vari organi che compongono l’ordinamento giurisdizionale limiti interni, oltre i quali finisce la sfera di potere di un giudice ma comincia quella di un giudice diverso*”.

³¹⁰ C. E. GALLO, *L’impugnazione in cassazione*, cit., 560 s..

³¹¹ Cfr. A. POLICE e F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*», loc. cit., nt. 22.

Come si è accennato essi sono quei vizi frutto del cattivo esercizio del potere giudiziario, che giustificherebbero il ricorso in cassazione se affliggessero le sentenze del g.o..³¹²

Per usare una terminologia chiovendiana, sono *errores in procedendo* i “vizi di attività”, sono *errores in iudicando* i “vizi di giudizio”.³¹³

Questi ultimi, peraltro, come rilevava Calamandrei, derivano “*dall’essenza stessa della funzione giurisdizionale*” giacché li può commettere solamente il giudice posto che a lui, e solo a lui, lo Stato riconosce “*l’ufficio di dichiarare con forza incontrovertibile le volontà concrete del diritto*”.³¹⁴

Sicché, muovendo da queste considerazioni, la giurisprudenza della Suprema Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi avverso le pronunce del Consiglio di Stato in cui: sia stata rilevata la mancanza di un presupposto processuale o di una condizione dell’azione³¹⁵; sia stata dichiarata l’insussistenza dei presupposti per revocare una sentenza per errore di fatto³¹⁶; si sia adottata una scelta ermeneutica diversa da quella prospettata dalle parti³¹⁷; si siano interpretate erroneamente le norme processuali che disciplinano l’attività di notificazione³¹⁸; etc...

³¹² S. GATTAMELATA, *Il ricorso in cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 1043 ss., in particolare 1055.

³¹³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 893 ss..

³¹⁴ P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, in *ID.*, *Studi sul processo civile*, Firenze, 1923, 1, 220 s..

³¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 475; Cass., Sez. Un., 28 giugno 2019, n. 17562.

³¹⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037.

³¹⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 maggio 2019, n. 14264.

³¹⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 maggio 2015, n. 10182.

2 *La nozione evolutiva di motivi di giurisdizione*

Come si è avuto modo di evidenziare nel II Capitolo, la giurisprudenza della Cassazione ha iniziato ad innestare nelle sue decisioni una interpretazione “dinamica” ed “evolutiva” della nozione di giurisdizione e, quindi, di conseguenza, un progressivo ampliamento dei motivi inerenti che ineriscono alla stessa.³¹⁹

Se si guarda, in particolare, alle pronunce degli ultimi tre lustri, viene data una lettura che, con suggestione baumaniana, potremmo definire “liquida”, in grado di adattarsi alle diverse specificità storiche e ai rinnovati contesti ordinamentali.

Secondo tale orientamento, la nozione di motivi di giurisdizione in senso elastico si impone in considerazione di molteplici fattori: il rapporto tra diritto eurounitario ed ordinamento interno che affida alla giurisdizione il compito di rendere effettivo il principio del primato del diritto comunitario; la progressiva espansione della giurisdizione esclusiva; il crescente ruolo assunto dal principio dell’effettività della tutela; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; il nuovo ruolo assunto nell’ordine delle fonti dal diritto pattizio internazionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione, etc..³²⁰

Nel campo delle elaborazioni teoriche, l’approccio evolutivo ha anche trovato il sostegno da parte di quella dottrina che valorizza il progressivo arricchimento che le previsioni costituzionali in tema di giurisdizione, prestandosi esse a diverse letture, hanno subito a seguito dei contributi degli studiosi.³²¹

³¹⁹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 3, 704 s., il quale parla di “*interventismo*” della Corte di Cassazione “*che risponde ad un disegno volto ad incidere sugli aspetti strutturali del nostro ordinamento giurisdizionale*”.

³²⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass., Sez. Un., 13 maggio 2013, n. 11345; Cass., Sez. Un., 7 aprile 2017, n. 8056; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

³²¹ A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss., in particolare 345 ss..

2.1 *La violazione dei principi del giusto processo e dell'effettività della tutela*

Se si guarda più specificamente alla dottrina, non vi è una *opinio communis doctorum* sul tema della corretta ampiezza del sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

Secondo una prima prospettiva, la funzione della Corte di Cassazione è una funzione di garanzia e, pertanto, deve essere esercitata nel modo più ampio, tanto da poter verificare la correttezza dell'esercizio della *potestas iudicandi* del giudice amministrativo nonché l'appropriatezza delle tutele apprestate.³²²

In particolare tale orientamento trova sovente un pregevole appiglio, non tanto in forza di una ricostruzione evolutiva, bensì in una prospettiva originaria, cioè ricercando il vero ed autentico significato della parola "giurisdizione".

Così, ad esempio, si sostiene che, essendo l'idea di giustizia essenziale alla giurisdizione (intesa questa come "*momento di giustizia*"), allora è compito dell'ordinamento giuridico consentire che la "giustizia" abbia modo di realizzarsi nel processo, le cui regole devono consentire tanto di perseguire quanto di conseguire i fini a cui esso è indirizzato.³²³

Seguendo tale impostazione di base per cui la giurisdizione altro non è che il modo storico che ha un sistema di rendere giustizia, si arriva ad affermare che – specie

³²² Così C. E. GALLO, *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 229 ss., secondo cui, inoltre "*La garanzia di una tutela giurisdizionale adeguata va assicurata al vertice dell'ordinamento processuale dal giudice che verifica il rispetto delle regole sulla giurisdizione e cioè dalla Corte di Cassazione: la Corte di Cassazione, perciò, deve verificare il rispetto delle regole sulla ripartizione delle materie, sulle modalità essenziali di esercizio della funzione giurisdizionale, anche ma non soltanto con il contrasto a sentenze abnormi*".

³²³ I. M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali»*, cit., 1393 ss.. Si ricordino in proposito le celebri parole di P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.* 1950, 1, 282, secondo cui il fine del processo è "*il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia*".

con il consolidarsi dei principi del giusto processo e dell'effettività della tutela – vi sia un motivo inerente alla giurisdizione sindacabile dalla Cassazione, in tutti quei casi in cui il processo non possa considerarsi “giusto” (si pensi alla violazione del principio di parità delle parti, del contraddittorio, della pubblicità dell'udienza, della ragionevole durata, etc.).³²⁴

Questo indirizzo, quasi sillogisticamente – partendo dal dato costituzionale di cui all'art. 111, comma 1, Cost. per cui “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*” – trae come diretta conclusione che la giurisdizione non venga attuata ogni qualvolta una decisione non sia conforme ai canoni del giusto processo.³²⁵

È bene evidenziare che la Corte di Cassazione finora è stata sempre molto prudente nelle sue decisioni, dichiarando inammissibile qualsiasi richiesta di censura delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione dei principi del giusto processo.³²⁶

³²⁴ Con riferimento al giusto processo amministrativo si rinvia, su tutti, a F. Francario, “Disputare de potestate”, giustizia nell'amministrazione, in F. FRANCIARIO e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 11 ss.; M. LUCIANI, *Il “giusto” processo amministrativo*, cit.; a F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 4, 1353 ss.; nonché a M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss..

³²⁵ Cfr. M. V. FERRONI, *Il ricorso in cassazione*, cit., passim, e 285 ss.. Con riferimento al processo contabile perviene, nella sostanza, alle medesime conclusioni F. SAITTA, *Giusto processo contabile e sindacato della Cassazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 869 ss.

³²⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31225, a mente della quale “*per costante giurisprudenza delle sezioni unite di questa Corte, anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nella formulazione dell'art. 111 Cost., il sindacato delle sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale eccesso dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte dello stesso Consiglio, cioè all'esistenza di vizi che riguardano i caratteri essenziali di tale funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, perciò, escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui attongono gli errores in iudicando o in procedendo*”. Si v. anche Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, a mente della quale “*Ai limiti interni della giurisdizione attongono in genere gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio attinente alla giurisdizione, ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost.*”. Cfr. inoltre Cass., Sez. Un., 25 settembre 2017, n. 22252; Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 12499; Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2018, n. 2802.

La Cassazione afferma, infatti, che *“la garanzia del “giusto processo”, posta dall’art. 111 Cost., non comporta alcuna necessità di revisione del concetto di giurisdizione (...) perché attiene al modo in cui l’esercizio della relativa funzione deve essere disciplinato dal legislatore ordinario per far sì che le forme del processo risultino quelle più idonee a conferire effettività al diritto di difesa; che, pertanto, nessuna commistione può ritenersi prodotta, dalla citata norma fondamentale, fra profili di diritto materiale e disciplina degli strumenti destinati all’attuazione di questo, fino ad identificare, come infondatamente si pretende dalla ricorrente, il “giusto processo” con la “giusta decisione”*”³²⁷

Molto critica rispetto alla tesi che sostiene interpretazione evolutiva, nelle sue diverse sfumature, è quell’altra parte di dottrina che ritiene le verifiche del rispetto dei principi del giusto processo e dell’effettività della tutela in realtà altro non sono che accertamenti sul *quomodo* di esercizio della giurisdizione.³²⁸

Parte della dottrina, infatti ritiene che la Cassazione, così operando, manifesta un desiderio di attribuirsi un controllo sul merito delle decisioni del giudice amministrativo e contabile, e ciò proprio a discapito dei principi del giusto processo, poiché il tentativo di riportare il sindacato del giudice amministrativo a

³²⁷ Cass., Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091.

³²⁸ R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione*, cit., 337 ss., il quale afferma che *“la Cassazione ha varato un concetto di questione di giurisdizione che supera – inaccettabilmente – le norme di attribuzione della potestas iudicandi per investire il “come” la tutela viene accordata o negata dal giudice amministrativo”*. In ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo*, cit., 109, l’Autore definisce *“cavalieri dell’apocalisse”* quei principi che, seppur politicamente corretti, vengono utilizzati dalla Cassazione per restringere l’autonomia della giurisdizione amministrativa.

Oltremodo critico M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2018, secondo cui *“La mano “civiltistica” della Cassazione sul giudice amministrativo, se e nella misura in cui verrà perpetrata, non potrà che determinare un ridimensionamento della tutela dei cittadini. Se poi, a costituzione invariata, questa recrudescenza risponde al più ambizioso obiettivo, a volte niente a fatto velato, di condurre, come è stato osservato, ad una “lenta marcia” verso l’unità della giurisdizione, allora non potrà che denunciarsi un vero e proprio attentato eversivo alla carta fondamentale, che ha ineludibilmente sanzionato l’esistenza del diritto amministrativo e del suo giudice naturale”*.

controllo della mera legittimità dell'atto, significherebbe proprio rendere la tutela ineffettiva.³²⁹

Si ricorda, peraltro, che il principio di effettività della tutela assurge a parametro costituzionale, oltre a rappresentare un'esigenza sottolineata dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia UE.³³⁰

L'inesattezza dell'interpretazione evolutiva la si afferma anche con riferimento proprio alla violazione del diritto europeo (*v. infra*), sia perché si tratterebbe di un errore di giudizio e non di una questione di giurisdizione, sia perché ciò non si tradurrebbe neppure nella violazione di una norma costituzionale, né parrebbe convincente la soluzione 'mediana' per cui la sussistenza di una questione di giurisdizione sarebbe da valutare a seconda se l'errore sia più o meno grave.³³¹

2.2 *La violazione dell' "essenza stessa della giurisdizione"*

Poco sondata dai commentatori è stata la giurisprudenza della Suprema Corte con cui si afferma che, tra i motivi inerenti alla giurisdizione, rientrano i vizi che attengono all'*essenza della funzione giurisdizionale*, che non riguardano, cioè, l'esercizio della giurisdizione (ossia gli *errores in procedendo e in iudicando*).³³²

³²⁹ A. CALDARERA, *Sul ricorso per cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 891 s., 907 s..

³³⁰ Cfr. M. A. SANDULLI, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in *federalismi.it*, 2015. Si v. altresì E. PICOZZA, *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3, 797 ss..

³³¹ A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.giustamm.it*, 2017;

³³² *Ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 9 agosto 1996, n. 7339; Cass., Sez. Un., 20 luglio 2012, n. 12607; Cass., Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882; Cass., Sez. Un., 19 settembre 2017, n. 21617; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2018, n. 16978.

L'espressione, seppur suggestiva, è oltremodo oziosa se non si indica in cosa esattamente consista l'essenza della funzione giurisdizionale ed i casi in cui questa venga tradita.

Più avveduta è stata la dottrina che, in relazione al sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, ha preferito parlare di *essentialia iurisdictionis*.³³³

Tale orientamento, seppur con diverse sfumature, ritiene che i caratteri fondanti dell'attività giurisdizionale siano *in primis*: l'indipendenza del giudice, il contraddittorio tra le parti, l'eguaglianza delle stesse di fronte al giudice, la stabilità della decisione.³³⁴

Si tratterebbe, in buona sostanza, di quel nocciolo incompressibile di garanzie a cui non può derogare non solamente il giudice ma anche il legislatore, essendo connaturate alla funzione di rendere giustizia.

Se tali garanzie venissero a mancare, allora non si avrebbe giustizia (intesa, in senso giusnaturalistico, come valore) e, pertanto, nessun esercizio di funzione giurisdizionale.

L'argomento lambisce la filosofia del diritto e gli ideali di giustizia, e risulta assai difficile trasferirlo nel concreto senza commettere gli stessi peccati di genericità contestati alla Cassazione.

La stessa dottrina testé menzionata – ben consapevole del rischio che l'essenza della giurisdizione oscilli tra l'essere una formula vuota e l'essere un *passpartout*

³³³ P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 195 ss., che distingue tra *essentialia* e *naturalia iurisdictionis*; avvertendo, peraltro, che, a volta, anche il *quomodo* della giurisdizione può divenire *an* della giurisdizione.

³³⁴ Cfr. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 285, richiamato altresì in P. PATRITO, *op. ult. cit.*, nt. 15.

che assorbe nei motivi di giurisdizione la violazione di legge – cerca di trovare dei fondamenti nel diritto positivo volti a rintracciare conferme della propria teoria.³³⁵

La chiave di volta verrebbe identificata nei vizi che impongono la rimessione al primo giudice: vizi “*talmente gravi che non può dirsi che si sia svolto un vero e proprio giudizio*”.³³⁶

La tesi, seppur ben argomentata, non convince per plurime ragioni.

Innanzitutto, appare abbastanza ardito ritenere che nelle ipotesi di rimessione al primo giudice (indicate dall’art. 105 c.p.a.) il processo di primo grado sia *tamquam non esset*. Sia perché, se così fosse, la sentenza sarebbe inesistente, con la conseguenza che non sarebbe idonea a passare in giudicato se non impugnata nei termini (v. art. 161, comma 1, c.p.c.), sia in considerazione che, se si accogliesse questa prospettiva, tutte le ipotesi di nullità della sentenza, compresa l’omessa pubblicità dell’udienza, finirebbero per essere motivi attinenti di giurisdizione.

Nel nostro caso, che i motivi di giurisdizione e i vizi che comportano nullità non siano sovrapponibili, lo dimostra lo stesso codice di procedura civile che, elencando all’art. 360 c.p.c. i motivi di ricorso in cassazione, tiene ben distinte le due ipotesi. Inoltre non è per nulla così pacifico che i casi di rimessione al primo giudice siano i più gravi. Ad esempio, tra questi, non è annoverata la mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato, l’erronea declaratoria di irreceivibilità o inammissibilità del ricorso, il dolo del giudice, etc..

Le stesse Sezioni Unite, peraltro, anche laddove abbiano guardato con favore le soluzioni ampliative della nozione di giurisdizione, hanno, comunque,

³³⁵ P. PATRITO, *op. ult. cit.*, 207 ss..

³³⁶ P. PATRITO, *op. ult. cit.*, 210.

espressamente chiarito che tale nuovo concetto di giurisdizione attiene solo alla determinazione dei casi di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., e non anche alle disposizioni dei codici di rito riguardanti i casi in cui il giudice di appello debba rimettere le parti davanti al primo giudice.³³⁷

2.3 *La violazione del diritto europeo*

Uno degli aspetti maggiormente controversi ha riguardato la violazione del diritto europeo.

Un primo indirizzo ha sempre escluso che la violazione del diritto dell'Unione Europea comporti un indebito straripamento del giudice amministrativo dalle sue attribuzioni. Si è osservato, infatti, che il primato del diritto eurounitario non è in grado di sovvertire gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali.³³⁸

Tuttavia, più di recente, seppur senza smentire espressamente il consolidato orientamento su cui si erano assestate, le Sezioni Unite, in considerazione della nozione elastica di giurisdizione, hanno affermato che rientra tra i motivi inerenti alla giurisdizione il caso, estremo, di *radicale stravolgimento* delle norme europee di riferimento, per come interpretate dalla Corte di Giustizia.³³⁹

³³⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Il processo*, 2018, 3, 217 ss., con nota di A. BARONE, *Un caso "estremo" di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea*. Il cui indirizzo *in parte qua* è stato ulteriormente confermato da Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 10, in *Foro it.*, 2018, III, 546. Sulla portata dei principi affermati dalla Plenaria si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal TAR. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze*, in *federalismi.it*, 2018.

³³⁸ Così Cass., Sez. Un. 1 marzo 2012, n. 3236.

³³⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327.

La cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, in tali casi, ad avviso delle Sezioni Unite, appare viepiù necessaria per impedire, “*anche nell'interesse pubblico*”, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto eurounitario. In altri termini, la Cassazione, nel momento in cui si trova a pronunciarsi su un motivo di giurisdizione, deve applicare la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e, nel caso in cui ravvisi che la regola applicata dal Consiglio di Stato sia diversa o confliggente, deve cassare la decisione impugnata.

Sulla base di tale assetto esegetico, la Corte regolatrice, pertanto, al fine di assicurare l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto eurounitario – anche in considerazione dei vincoli a cui l'ordinamento italiano è soggetto *ex art. 117 Cost.* – affermano, in ultima istanza, che sono impugnabili per cassazione le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano adottato un'interpretazione della norma interna non conforme al diritto eurounitario, specie quando si siano private di tutela giurisdizionale le parti di un processo.³⁴⁰

Nelle riflessioni della Corte il tema ha assunto un'importanza decisiva con riferimento ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso sugli appalti.

La *quaestio iuris* era se si concretizzasse un rifiuto di tutela giurisdizionale nel caso in cui il Consiglio di Stato – che, in presenza di due soli partecipanti alla gara proponenti reciproche censure escludenti attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale – disponesse l'accoglimento del ricorso incidentale senza il

³⁴⁰ Per un'esauritiva ricostruzione si v. R. RORDORF, *Il rifiuto di giurisdizione*, in F. FRANCIARIO e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 239 ss..

contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale, in diretta violazione di quanto enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Fastweb*³⁴¹.

Su tale tematica, seppur di estremo interesse ed attualità, non si possono qui ripercorrere le varie e travagliate tappe che tanto hanno animato la dottrina e la giurisprudenza³⁴², ciò che invece deve notarsi è che, di recente, proprio su tali aspetti è caduta nuovamente la scure delle Sezioni Unite.

3 *Le origini del diniego di giurisdizione e la pregiudizialità amministrativa*

Muovendoci sul piano della teoria generale, se si guarda alle elaborazioni sviluppatesi nel tempo sui motivi inerenti alla giurisdizione, il diniego di giurisdizione – rispetto all’eccesso di potere giurisdizionale e al difetto (relativo o assoluto) di giurisdizione – è sicuramente il “macro-motivo” più recente.

Una delle prime, e più solide, teorizzazioni la si deve indubbiamente a Mario Nigro che, nel suo celebre Manuale sulla giustizia amministrativa, annoverava tra i motivi

³⁴¹ Corte Giust. UE, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb-Telecom*.

³⁴² Per tali aspetti rinvia, tra i molti contributi, a A. BARTOLINI, *L’Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente - Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2014, 933 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 563 ss.; ID., *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell’effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1198 ss.; R. DE NICTOLIS, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, in *Urb. app.*, 2012, 10, 1017 ss.; A. POLICE, *Il ricorso incidentale*, in G. P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 425 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corr. giur.*, 2012, 1, 113 ss.; A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 442 ss.; E. TEDESCHI, *Rapporto tra ricorso principale ed incidentale in materia d’appalto: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1444; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2009, 200 ss.; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 931 ss.; ID., *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 826 ss.

di giurisdizione il “*rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull’erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell’organo investito della domanda*”.³⁴³

Le sue applicazioni giurisprudenziali si collocano però in un momento successivo, si potrebbe perfino azzardare l’indicazione precisa della data di nascita: essa coincide, infatti, con la pubblicazione della ben nota sentenza del dicembre 2008 con cui Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno definitivamente posto fine all’*inveterata quaestio* della pregiudizialità amministrativa.³⁴⁴

³⁴³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 197.

³⁴⁴ Si tratta di Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 6, 1331 ss.; nonché in *Foro it.*, 2009, I, 731, con nota di R. CAPONI, e con nota di A. PALMIERI, *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell’illecito provvedimento*.

Data l’indubbia portata rivoluzionaria della pronuncia, i commenti sono stati tanti ed autorevoli: L. BARRA CARACCILOLO, «*L’azione risarcitoria autonoma: una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite*», in *www.giustamm.it*, 2009; P. CARPENTIERI, *Pregiudiziale amministrativa: la Cassazione approfondisce il tema e ribadisce la sua posizione negativa. Ma apre la strada all’intervento del legislatore, indispensabile per porre condizioni e limiti al risarcimento senza annullamento*, in *www.giustamm.it*, 2019; M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa: una nuova smentita da parte della cassazione alla vigilia di un chiarimento legislativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 731 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 654 ss.; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come “motivo inerente alla giurisdizione”*, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 548 ss.; R. GISONDI, *La Morte della pregiudiziale per un giudice amministrativo. Riflessioni a margine della sentenza 30254/08 delle Sezioni Unite*, in *www.giustamm.it*, 2009; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell’interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 480 ss.; G. MARENA, *Consacrazione dell’autonomia dell’azione risarcitoria rispetto alla tutela caducatoria*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 736 ss.; I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l’assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l’intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 2721; G. PASCIOCCO, «*Il risarcimento del danno e la pregiudizialità amministrativa nelle parole della Cassazione*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 597 ss.; P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1320 ss.; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 659 ss.; P. QUINTO, *Pregiudiziale amministrativa: la recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell’amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, in *www.giustamm.it*, 2019; F. SATTÀ, *Quid novi dopo la sentenza n. 3054 del 2008 delle sezioni unite?*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 10, 2653; R. TISCINI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009, 2738 ss.; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 385 ss.; C. VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa: un mito in frantumi*, in *www.giustamm.it*, 2009; G. VERDE, *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 2, 463 ss.; R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio*

Chiamate a pronunciarsi nell'ambito di un ricorso avverso la sentenza dell'Adunanza Plenaria che aveva confermato l'istituto della pregiudizialità amministrativa³⁴⁵, le Sezioni Unite – sul solco di quanto già affermato nelle celebri ordinanze gemelle del 2006³⁴⁶ –, in tale pronuncia, affermando *ex art.* 363 c.p.c. un principio di diritto nell'interesse della legge, hanno articolato e irrobustito un concetto che è andato sempre più affermandosi nella giurisdizione della Suprema Corte: è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca.

di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito, in www.giustamm.it, 2009.

³⁴⁵ Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, 2008, III, 1, con nota di A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*. Si vedano altresì i contributi di M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 55; R. VILLATA, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa ... ma le sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 300.

³⁴⁶ Cass. Sez. Un., ordd. 3 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, e 15 giugno 2006, n. 13911. Su tali pronunce e, più in generale, sulla pregiudizialità si rimanda agli essenziali contributi di V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in www.giustamm.it, 2006; C. CONSOLO, A. DI MAJO e A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8, 1041 ss.; F. CORTESE, *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511 ss.; R. DE NICTOLIS, *In difesa della «pregiudizialità»*, in *Foro it.*, 2007, I, 3181; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 305 ss.; V. FANTI, *La “rivoluzione” operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 145 ss.; F. FRANCIOSI, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti dell'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2007, 441 ss.; A. LAMORGESE, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, I, 3181 ss.; ID., *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le sezioni unite non convincono*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1175 ss.; M. A. SANDULLI, *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass., sez. un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1, 898; F. G. COCCA, *Piccola storia di un serrato “dialogo” fra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Maramma*, 2, Napoli, 2012, 1009 ss.

La Cassazione, infatti, ha chiarito che ove il giudice amministrativo, in presenza di atti illegittimi della pubblica amministrazione, avesse negato ad una parte che facesse domanda di giustizia una tutela risarcitoria autonoma – circoscrivendo siffatta forma di tutela solo alle eventualità in cui vi fosse stato un previo annullamento in sede giurisdizionale o di autotutela – il giudice avrebbe posto in essere un indebito rifiuto di erogazione della tutela giurisdizionale.

Tale diniego, ad avviso delle Sezioni Unite, sarebbe dipeso non dalle peculiarità del caso concreto, bensì da un'interpretazione limitativa da parte del giudice amministrativo delle norme attributive del suo stesso potere giurisdizionale, in specie quello di condanna al risarcimento del danno.

Alla luce di quanto appena evidenziato, e cercando adesso di trarne un principio generale, è possibile affermare che il diniego (o rifiuto) di giurisdizione consiste nella *“negazione in astratto della possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento vuole invece protetto”*.³⁴⁷

La cattiva interpretazione delle norme processuali deve comportare, pertanto, *“un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale”*.³⁴⁸

Donde la conseguenza per cui gli unici casi configurabili di diniego di giurisdizione idonei a fondare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost. sono solamente quelli in cui il giudice amministrativo aprioristicamente riconosca l'impossibilità che alla pretesa dedotta in giudizio possa accordarsi tutela giurisdizionale.

³⁴⁷ Così F. FRANCIOSI, *Diniego di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.

³⁴⁸ Cfr. Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403 e Cass., Sez. Un., 30 marzo 2017, n. 8245.

In sostanza, si giunge alla conclusione per cui: quando si nega la giustizia allora si nega necessariamente anche la giurisdizione.

A tal proposito merita di essere ricordata la sentenza n. 5464 del 2009 con cui le Sezioni Unite, recependo quanto già affermato l'anno precedente, hanno cassato, ritenendo sussistente il rifiuto di giurisdizione, una sentenza del Consiglio di Stato che aveva negato la tutela risarcitoria al titolare di un interesse legittimo che assumeva di essere stato danneggiato dall'esercizio non conforme a legge del potere amministrativo mediante atti divenuti inoppugnabili per non essere stato proposto nel termine di decadenza il ricorso per l'annullamento.³⁴⁹

4 *L'anabasis compiuta da Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226*

È trascorso quasi un decennio prima che le Sezioni Unite cassassero un'altra sentenza del Consiglio di Stato per diniego di giurisdizione, rappresentando un altro possibile elemento sintomatico.³⁵⁰

Nella celebre sentenza *Mantovani* (dal nome del ricorrente), infatti, la Cassazione ha affermato che *“le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione europea, vanno considerate quali ipotesi di*

³⁴⁹ Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5464.

³⁵⁰ Bisogna comunque rilevare che, *medio tempore*, la giurisprudenza della cassazione ha continuato ad affermare nei suoi *obiter dicta* che *“la violazione o falsa applicazione di norme processuali... può tradursi in eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile con ricorso per cassazione, soltanto nei casi in cui l'error in procedendo abbia comportato un radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia”*, cfr. Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2013, n. 4297.

radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giustizia".³⁵¹

Nel caso di specie, il ricorrente, allegando la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, lamentava il rifiuto di tutela giurisdizionale e, quindi, la lesione del suo interesse strumentale alla ripetizione della gara.³⁵²

A quest'ultimo proposito, le Sezioni Unite, pur consapevoli che la disciplina processuale interna è rimessa ai singoli Stati membri, ravvisano un limite fondamentale a tale discrezionalità, a garanzia dell'effettività dell'ordinamento dell'Unione, ossia il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (*ex art. 47 Carta di Nizza*).

Sicché, deve considerarsi censurabile la decisione del giudice nazionale che neghi l'esame del merito della domanda in applicazione di una regola processuale interna che contrasti con il diritto eurounitario, per come interpretato dalla Corte di Giustizia.

In tali casi, il mancato esame dei motivi di ricorso, è stato ritenuto qualificabile come radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in denegata giustizia.

³⁵¹ Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, I, 1709, con nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?*.

³⁵² Sul c.d. interesse strumentale si v. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, 759 ss. e 2056 ss., la quale esclude che l'interesse strumentale possa assumere la dignità di interesse legittimo; nonché G. SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV, 336, che rileva, annotando la sentenza Pulgigenica, che "Il problema, almeno nella prospettiva dell'ordinamento processuale nazionale, è che, considerando decisiva la circostanza che la gara possa essere ripetuta nel caso che vengano riscontrate irregolarità anche nei confronti di tutte le altre offerte, non si attribuisce solo consistenza di presupposto processuale a un interesse strumentale (l'interesse alla ripetizione della gara, riconosciuto al ricorrente la cui offerta avrebbe dovuto essere esclusa), ma a un interesse strumentale che è anche esclusivamente eventuale (non c'è alcuna sicurezza del fatto che anche tutte le altre offerte saranno escluse). La distanza dai principî che governano il nostro ordinamento processuale, dove l'interesse a ricorrere è descritto da ogni manuale come personale, attuale e concreto, non potrebbe essere maggiore". Si v., in una prospettiva più generale, anche G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss..

E ciò essenzialmente per due ragioni principali: (i) per il “*carattere manifesto della violazione*”, essendosi esaurito, con l’espreso intervento della Corte di Giustizia, ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale; e (ii) perché “*l’erronea applicazione della norma interna incide in senso limitativo sul fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale come definito dall’ordinamento dell’Unione a garanzia (anche) della propria effettività*”.

5 *L’arresto della Corte Costituzionale: la sentenza n. 6 del 2018.*

Una decisa, e forse definitiva, battuta di arresto alla lettura evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione è pervenuta di recente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018.³⁵³

Date le peculiarità del caso, risulta utile esporre i fatti alla base della pronuncia.

5.1 *Il caso dei medici a gettone: le sentenze Mottola e Staibano*

Alcuni medici che fino al 1997 avevano svolto attività professionale, remunerata “a gettone”, presso il Policlinico di Napoli, avevano adito il giudice amministrativo per l’accertamento del loro diritto a percepire la differenza tra il “gettone”

³⁵³ Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 2018, I, 373. Per i commenti alla sentenza si v. F. FRANCARIO, *Diniego di giurisdizione*, cit.; A. POLICE e CHIRICO F., «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., 113 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.; P. TOMAIUOLI, *L’“altolà” della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in www.giurcost.org, 2018.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111 ss..

effettivamente ricevuto e la retribuzione spettante a dipendenti chiamati a svolgere mansioni analoghe nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato.

Tuttavia, all'esito dei due gradi di giudizio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dichiarava inammissibile i ricorsi perché proposti oltre il termine del 15 settembre 2000.³⁵⁴

Tale data, infatti, a seguito della c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego, era stata prevista dall'art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80 del 1998 (poi trasfuso nell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001), come termine ultimo, a pena di decadenza, per adire il giudice amministrativo in relazione alle controversie concernenti i periodi di lavoro anteriori al 30 giugno 1998.

Anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle suddette disposizioni, aveva avallato tale orientamento, ritenendolo coerente con le esigenze organizzative connesse al trapasso da una giurisdizione all'altra.³⁵⁵

Tuttavia, preso atto dell'orientamento del giudice italiano, i ricorrenti adivano la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nel febbraio del 2014, con le sentenze *Mottola* e *Staibano*³⁵⁶, accertava una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano, sia con riferimento al diritto di accesso a un tribunale riconosciuto dall'art. 6 CEDU, sia con riguardo all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione per la lesione della legittima aspettativa a conseguire il credito vantato (inteso come "bene" della persona).

³⁵⁴ Cons. St., Ad. Plen., 21 febbraio 2007, n. 4.

³⁵⁵ Corte Cost., 6 luglio 2004 n. 214; Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 213; Corte Cost., 7 ottobre 2005, n. 382; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 197.

³⁵⁶ Corte EDU, 4 febbraio 2014, 29932/07, *Mottola e altri vs. Italia*; e Corte EDU, 4 febbraio 2014, 29907/07, *Staibano e altri vs. Italia*.

Forti di questa pronuncia i medici si rivolgevano nuovamente al Consiglio di Stato per chiedere la revocazione della sentenza censurata dalla Corte di Strasburgo.

5.2 (segue) *La revocazione per contrasto con il diritto CEDU*

Come più volte affermato dalla Corte Costituzionale, fatta eccezione per l'ipotesi di contrasto con le norme UE, al giudice non è consentito disapplicare le norme interne contrastanti con le norme pattizie internazionali, ivi compresa la CEDU; tale compito spetta esclusivamente alla stessa Corte Costituzionale in sede di giudizio di legittimità.³⁵⁷

Le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, pertanto, nella gerarchia delle fonti, sono da considerare norme interposte, giacché si collocano in una posizione intermedia tra la legge e l'art. 117, comma 1, Cost., a mente del quale il legislatore è tenuto a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Partendo da tale dato imprescindibile, l'Adunanza Plenaria – ravvisata l'impossibilità di effettuare un'interpretazione convenzionalmente conforme della normativa interna tale da consentire l'adeguamento dell'ordinamento italiano al *dictum* della Corte EDU e, così, la “riapertura” del processo –, ha sollevato

³⁵⁷ Per tutti Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, 50, con nota di F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*; e con nota di L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*. Tra i molti commenti si v. inoltre R. DICKMANN, *Corte Costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della costituzione (nota a corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, e 24 ottobre 2007, N. 349)*”, in *federalismi.it*, 2007; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*.

questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.³⁵⁸

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 123 del 2017, ha dichiarato inammissibile la q.l.c. poiché – diversamente da quanto si impone nel processo penale³⁵⁹ –, dalla lettura della giurisprudenza della Corte EDU, per gli Stati che non prevedono tale meccanismo, non emerge l'obbligo di riaprire i processi civili o amministrativi, essendo rimessa alla loro discrezionalità la scelta del miglior rimedio per conformarsi alle pronunce della Corte.³⁶⁰

³⁵⁸ Cons. St., Ad. Plen., ord. 4 marzo 2015, n. 2.

³⁵⁹ Si ricordi a tal proposito la sentenza Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Foro it.*, 2009, I, 103, con nota di L. CALÒ, *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

³⁶⁰ Sui principi affermati si rinvia ai preziosi contributi di C. CONTESSA, *Giudicato amministrativo e vincoli CEDU*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza*, in *federalismi.it*, 2017.; ID., *Giudicato e revocazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; ID., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato civile e amministrativo. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2018; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 646 ss.; A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2017, 460 ss.; I. ROSSETTI, *Stabilità giuridica contro revocazione: la Corte costituzionale chiude la partita*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 665 ss.; A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1246.

5.3 (segue) *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*

La lunga e affannosa vicenda dei medici a gettone, tuttavia, dopo la decisione della Corte Costituzionale, non si è affatto arrestata, anzi, è tornata all'attenzione della giurisprudenza costituzionale l'anno successivo a seguito di una q.l.c. sollevata dalla Corte di Cassazione.

Alcuni medici a gettone (diversi rispetto a quelli che avevano dato vita ai giudizi finora trattati), infatti, a fronte della sentenza reiettiva del Consiglio di Stato, prima che questa passasse in giudicato, avevano proposto ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso, solleva a sua volta q.l.c. sospettando l'incostituzionalità dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 165 del 2001, per contrasto con l'art. 117 Cost..³⁶¹

Le Sezioni Unite ritengono che il ricorso al loro esame sia assimilabile a quello già esaminato in precedenza in relazione alla violazione del diritto eurounitario. In entrambi i casi spetterebbe alla Corte regolatrice evitare che la sentenza del giudice amministrativo, una volta divenuta definitiva espliciti i suoi effetti in contrasto con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Con l'unica differenza che, come si è avuto modo di tratteggiare, trattandosi di norme convenzionali, solamente sollevando la questione di legittimità costituzionale si potrebbe evitare la violazione delle norme sovranazionali.

La Cassazione, dunque – ribadendo che, in un'ottica evolutiva, il suo sindacato sulla giurisdizione non è più da considerarsi semplicemente rivolto all'accertamento del potere di conoscere date controversie, bensì, costituisce anche

³⁶¹ Cass., ord. 8 aprile 2016, n. 6891, in *Foro it.*, 2016, I, 1667.

un valido strumento “*per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi*” – afferma che il caso alla sua attenzione rientra in uno di quei “casi estremi” in cui il g.a. adotta una decisione anomala o abnorme, rifiutando l'esercizio del potere giurisdizionale.

5.4 (segue) *La decisione della Corte Costituzionale*

La pronuncia della Corte Costituzionale n. 6 del 2018, si rivela preziosissima.

Non tanto con riferimento al tema della legittimità costituzionale della normativa processuale sul pubblico impiego sospettata di incostituzionalità (la Corte, infatti, ha rigettato la q.l.c.), quanto per aver (ci si augura, definitivamente) spento i vari focolai che finora hanno sostenuto la nozione di giurisdizione in senso evolutivo.

La sentenza, affidata alla penna del Pres. Coraggio³⁶², smentisce l'orientamento della Cassazione e afferma *expressis verbis* che l'interpretazione evolutiva finora avanzata non soltanto “*mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni*”, ma non può neppure qualificarsi come “evolutiva”, proprio perché “*non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*”.

Secondo Giudice delle leggi, peraltro, il sindacato della Corte di Cassazione “*nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU*”.

³⁶² Ci si potrebbe domandare, con un po' di malizia, se sia stata casuale la scelta del relatore nella persona dell'ex Presidente del Consiglio di Stato.

Nonostante nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza della Corte regolatrice non emergesse se – in caso di violazione di norme sovranazionali – il diniego di giurisdizione si verificasse sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di Giustizia o della Corte di Strasburgo; la Corte Costituzionale, non concedendo margini di incertezza, afferma che, comunque, “*in ogni caso*”, non si configurerebbe un motivo inerente alla giurisdizione, bensì un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), che non può essere sottoposto all'esame delle Sezioni Unite.³⁶³

In conclusione, data la rilevanza della sentenza in commento, merita di essere riportato integralmente un passo decisivo.

La Corte Costituzionale afferma infatti che “*L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su*

³⁶³ La Corte Costituzionale, tuttavia, afferma che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione, così come auspicato nella sentenza n. 123 del 2017 con riferimento alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per un'approfondita analisi su questi passaggi della sentenza si v. A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4, 1169 ss., il quale tiene distinte le ipotesi in cui la sentenza della Corte sovranazionale sia antecedente o successiva alla pronuncia del giudice amministrativo.

materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento". Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive".

Alla luce dell'orientamento del Giudice delle leggi, cosa resta allora delle pronunce che hanno sostenuto la lettura evolutiva dei motivi di giurisdizione?

Per citare Lucano: altro non sembra rimanere che l'ombra di una grande fama.³⁶⁴

Le conclusioni a cui è giunta la Corte Costituzionale, fedele interprete del dettato costituzionale, ci paiono solide e convincenti, sicché non ci si può che attendere che la Corte di Cassazione – come, del resto, sembra già fare³⁶⁵ – si allinei all'indirizzo del Giudice delle leggi.

Ciò gioverebbe non soltanto alla certezza del nostro orientamento processuale, ma soprattutto alla costruzione di un sistema giurisdizionale armonico in cui ai conflitti tra giurisdizioni subentri la leale collaborazione tra le stesse³⁶⁶.

³⁶⁴ LUCANO, *Pharsalia*, I, 135.

³⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 20 marzo 2019, n. 7926.

³⁶⁶ Un tentativo sicuramente pregevole è stato fatto con il *Memorandum* sottoscritto dai vertici della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il 15 maggio 2017 innanzi al Presidente della Repubblica.

Sul *Memorandum* si rinvia a *Foro it.*, 2018, V, con contributi di G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*; C. M. BARONE e R. PARDOLESI, *Qualche minimale considerazione conclusiva*; G. CANZIO, *Le buone ragioni di un Memorandum*; A. CARRATTA, G. COSTANTINO e G.

Insomma, *hic manebimus optime*.

6 *L'eccesso di potere giurisdizionale: nozioni introduttive*

Come si è avuto modo di esporre nei capitoli che precedono, la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale compare sulla scena giuridica in un'epoca assai remota rispetto alla nostra, non tanto sotto il profilo cronologico quanto, invece, per il contesto giuridico-ordinamentale in cui è germogliato: la Francia rivoluzionaria.

Tuttavia, nonostante l'incedere del tempo e le inevitabili stratificazioni dogmatiche abbiano affinato e plasmato l'originaria nozione, il nucleo di fondo è rimasto invariato.

Per eccesso di potere giurisdizionale si intende, infatti, l'invasione da parte del giudice delle sfere di attribuzione riservate agli altri poteri dello Stato e, più specificamente, al potere esecutivo e al potere legislativo.³⁶⁷

RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione*; S. CASSESE e L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*; C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*; A. COSENTINO, *Brevi considerazioni a proposito del Memorandum sulle giurisdizioni*; G. D'AURIA, *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*; A. LAMORGESE, *Note in margine al Memorandum sulle giurisdizioni*; M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*; A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*; F. PATRONI GRIFFI, *Per un «dialogo tra le corti» al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*; A. PROTO PISANI, *Chiosa ad una recente «conferenza» tenutasi a Roma il 18 dicembre 2017, presso il parlamento, in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità*; A. PROTO PISANI e G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni Unite*; E. SCODITTI, *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di cassazione*; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*. Si v. anche R. RUSSO, *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium*, 2017.

³⁶⁷ Si v. la puntuale ricostruzione di M. A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 271 ss..

Nel primo caso, lo sconfinamento intacca la c.d. riserva di amministrazione, ossia l'ambito di cognizione e attività rimesso alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Nel secondo caso, invece, il giudice esorbita dalla propria (fisiologica) attività interpretativa per incorrere in una (patologica) operazione creativa del diritto, sostituendosi, pertanto, al legislatore.

In base all'impostazione del presente lavoro, invece – seguendo la distinzione tra *Rechtsprechung* e *Gerichtbarkeit*, ossia tra il potere di giudicare e la competenza giurisdizionale³⁶⁸ – non può considerarsi eccesso di potere giurisdizionale (che, si ricordi, è una *species* del difetto assoluto di giurisdizione) il difetto relativo di giurisdizione che – nonostante costituisca anch'esso motivo inerente alla giurisdizione sindacabile dalla Cassazione (v. *supra*) – non rappresenta uno sconfinamento del potere giurisdizionale in quanto l'operato del giudice rimane all'interno delle attribuzioni affidate al potere giurisdizionale complessivamente inteso. Cioè che in tal caso non è rispettata è solamente la ripartizione interna di tale potere tra i vari ordini giudiziari.

Ciò premesso, come spesso avviene, tanto più la nozione è chiara e lineare in teoria, quanto più complessa risulta essere nelle sue applicazioni concrete.

Non pochi, infatti, sono stati e continuano ad essere i casi *borderline* dovuti alla “*fumosa distinzione tra limiti esterni ed interni*”³⁶⁹, in cui dottrina e giurisprudenza pervengono a risultati divergenti e persino antitetici.

³⁶⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19786.

³⁶⁹ Così A. POLICE e CHIRICO F., «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*», *cit.*, 125.

Di questi casi più significativi si darà conto nei paragrafi successivi, partendo soprattutto dalla casistica giurisprudenziale che ha interessato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

7 *L'eccesso di potere per invasione della sfera riservata al legislatore*

Com'è noto, sotto l'influsso del pensiero montesquieuiano, il potere legislativo e quello giudiziario sono destinati ad agire su piani diversi.

Il primo ha il compito di introdurre nell'ordinamento norme che rendono cogente per tutti un precetto o una regola di comportamento; il secondo, viceversa, ha il dovere di applicare tali norme al caso concreto, utilizzando le comuni regole dell'ermeneutica per estrapolarne il corretto significato.³⁷⁰

La giurisprudenza assolve, pertanto, ad una funzione dichiarativo-applicativa della legge (intesa in senso lato come atti normativi, soprattutto di rango primario o super-primario), cioè “*secondaria*”, esulando dai suoi compiti quello di incastonare nuove disposizioni nell'intelaiatura dell'ordinamento.³⁷¹

Siffatte considerazioni sono ulteriormente avvalorate, tra l'altro, dal principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) che impedisce, dunque, di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto.

³⁷⁰ Cfr. Corte Cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Foro it.*, 1990, I, 3072.

³⁷¹ La definizione della giurisdizione come “attività secondaria” è di P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in ID., *Studi sul processo civile*, cit., 232, secondo cui “*con questa formula si vuol dire che in ogni atto giurisdizionale si trova costantemente la sostituzione delle attività di un organo dello Stato ad una attività che avrebbe dovuto essere esercitata dai soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione*”.

Certo, ciò non significa che il giudice debba vestire i panni di un ramingo raddomante alla ricerca del pozzo da cui estrapolare “il vero significato delle leggi”, né di un meccanico “giudice sillogista”.³⁷²

Anzi, con la sua attività contribuisce indubbiamente alla creazione del diritto (inteso nel suo divenire, come regolazione delle sfere relazionali tra i consociati), ma lo fa con strumenti, modalità e fini diversi da quelli del legislatore.³⁷³

Sicché, laddove il giudice dismettesse le sue vesti per indossare quelle del legislatore allora eccederebbe dai limiti del proprio potere.³⁷⁴

7.1 La creazione di norme

La prima ipotesi di eccesso di potere giurisdizione al nostro esame, infatti, è appunto lo sconfinamento del Consiglio di Stato nel campo riservato al legislatore, con la creazione di apposite norme da applicarsi al caso concreto.

³⁷² Cfr. G. CANZIO, *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, in *Foro it.*, 2017, V, 2019, che sottolinea “Il «giudice sillogista» in senso radicale forse non è mai esistito, se non nei libri. Neppure è esistito il «giudice legislatore» tout court. In realtà, i giudici si piegano, di volta in volta, all’analisi delle caratteristiche del caso concreto e s’impegnano a mediare l’astrattezza della norma per adeguarla alla fattispecie, ovvero per rinvenire, anche con l’ausilio di principi, valori e clausole generali, le risposte più funzionali alla soluzione di quel caso”.

³⁷³ Il dibattito scientifico sul rapporto tra giudice e legislatore è fertilissimo. Non potendo essere questa l’occasione di approfondimento si rinvia agli scritti di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 142, 2, 2017; ID., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1153 ss.; R. PARDOLESI e G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113.; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, 2018. Si v. altresì il dibattito “Giudici e legislatori” svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015, contenuto in *Dir. pubbl.*, 2016, 2, 483 ss., con contributi di C. PINELLI, G. U. RESCIGNO, A. TRAVI, M. BOMBARDELLI, V. ANGIOLINI, P. CIARLO, A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. AZZARITI, F. BILANCIA, P. CARNEVALE, D. SORACE.

³⁷⁴ Cfr. M. A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in F. FRANCIARIO e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 271 ss..

Si tratta, in realtà, di un'ipotesi più teorica che effettiva giacché presuppone necessariamente che il giudice amministrativo non abbia applicato una norma esistente in base agli ordinari canoni ermeneutici di cui all'art. 12 delle Preleggi, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che, chiaramente, non gli compete.³⁷⁵

In altre parole, per configurare l'eccesso di potere giurisdizionale nell'ipotesi in parola, il giudice amministrativo dovrebbe ideare e applicare una norma di nuovo conio o in sostituzione di disposizioni in vigore ovvero supplendo a carenze legislative.

In virtù di tale inquadramento, l'orientamento restrittivo per cui sono sottratte al sindacato delle Sezioni Unite le soluzioni interpretative del giudice amministrativo, è stato altresì sostenuto in relazione a quelle ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia ricercato la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se questa non si sia desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico disvela.³⁷⁶

L'attività interpretativa, infatti, rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e, pertanto, non può mai integrare la violazione di un limite esterno della giurisdizione.

³⁷⁵ Si v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 6059, secondo cui “*questa Corte è pervenuta movendo dalla considerazione secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto*”. In senso analogo, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1840; Cass., Sez. Un., 21 marzo 2017, n. 7157; Cass., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9967; Cass., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9147.

³⁷⁶ Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 22784, in *Foro it. Rep.*, 2012, *Giustizia amministrativa*, n. 1037.

Tale soluzione è stata via via irrobustita anche dalla giurisprudenza maggioritaria delle Sezioni Unite, ad avviso delle quali “è un inaccettabile paralogismo l'affermazione che la mancata o inesatta applicazione di norme di legge determinerebbe la creazione di una norma inesistente e, quindi, l'invasione della sfera di attribuzioni del potere legislativo o amministrativo”.³⁷⁷

L'estrema residualità dell'ipotesi testé accennata risulta avvalorata dalla considerazione per cui, allo stato attuale – nonostante l'elevato numero di ricorsi proposti – non risultano pronunce della Suprema Corte che abbiano cassato una sentenza del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti per invasione delle attribuzioni del potere legislativo.³⁷⁸

7.2 La disapplicazione della legge

Più problematica è la seconda ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, in verità poco attenzionata dai commentatori, ed è quella in cui il giudice amministrativo disapplichì nella sostanza una disposizione legislativa, pervenendo, dunque, ad una sua sostanziale abrogazione nel caso al suo esame.

³⁷⁷ Da ultimo, Cass., Sez. Un., 30 luglio 2018, n. 20169.

³⁷⁸ Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 32, secondo cui “sembra cogliersi un particolare self restraint delle sez. un. nel sindacare una decisione giurisdizionale per invasione della sfera legislativa, nella consapevolezza che si tratta di un terreno scivoloso in cui, se non si vuole accedere alla tesi del giudice come “bocca della legge”, è innegabile che l'interpretazione della legge ha insito un margine di “creazione” della regola del caso concreto. E se tale “creazione” venisse stigmatizzata come “invasione di campo”, si perderebbe del tutto il confine tra “violazione di legge” e “invasione della competenza legislativa””.

Anche in tale caso non deve trattarsi di operazioni ermeneutiche, quand'anche dalla portata assai restrittiva (le quali costituirebbero, al più, *errores in iudicando* non sindacabili dalla Suprema Corte).

Tale tipologia di vizio, come acutamente osservato da autorevole dottrina³⁷⁹, si rende ancora più evidente ove il giudice disapplichì una disposizione di legge di cui ravvisa l'incostituzionalità senza prima investire della questione la Corte Costituzionale.

È ciò che avvenne, con riferimento però ad una pronuncia della stessa Corte di Cassazione, in una nota pronuncia in cui quest'ultima disapplicò una legge regionale ritenendola non conforme alla Costituzione.³⁸⁰

In quel caso la Corte Costituzionale, investita del ricorso per conflitto d'attribuzione, affermò che il giudice ordinario, avendo disapplicato la legge regionale, aveva conseguentemente menomato l'autonomia costituzionale delle regioni, esercitando un potere di giurisdizione che la Costituzione affida solo al giudice costituzionale.³⁸¹

Così facendo la Cassazione ha dunque esercitato un potere del tutto abnorme, non previsto nel nostro ordinamento costituzionale.

Nel caso in cui, invece, in tale vizio dovesse incorrere il Consiglio di Stato allora ben potrebbe la Corte di Cassazione, investita della questione, cassare la pronuncia del giudice amministrativo per aver esso invaso la sfera riservata al legislatore e

³⁷⁹ Ci si riferisce a R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 32 s., che prende a riferimento Cass., Sez. Un., 18.11.2015 n. 23543 sul c.d. caso De Magistris.

³⁸⁰ Si trattava di Cass. pen., Sez. III., 14 novembre 1989, n. 2734.

³⁸¹ Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 285, in *Foro it.*, 1991, I, 2346. Per un'analisi di tale pronuncia si v. C. CONSO, *Di una ipotesi di «cassazione» costituzionale di decisione della Corte di cassazione: il giudicato e la stessa pronuncia dell'organo della nomofilachia quale atto illecito ed invasivo?*, in *Giur. it.*, 1991, 12 ss.; nonché M. R. MORELLI, *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile sui provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni*, in *Giust. civ.*, 1991, 2, 257 ss..

alla Corte Costituzionale, essendo quest'ultima l'unica a poter dichiarare l'incostituzionalità di una legge.³⁸²

Tuttavia, una curiosa giurisprudenza delle Sezioni Unite ha di recente affermato che *“l'interpretazione della legge, la sua disapplicazione e perfino un'eventuale sua violazione non integrano giammai la violazione dei limiti esterni, sola a legittimare il ricorso previsto dell'art. 111 Cost., comma 8, tranne il solo caso (...) del radicale stravolgimento delle norme o l'applicazione di una norma creata dal giudice speciale per la fattispecie”*.³⁸³

Dalla lettura delle sentenze citate non si evince bene cosa esse intendano per *disapplicazione*.

Risulta impensabile che la Cassazione, così, *en passant*, abbia voluto fissare principi atti a stravolgere brutalmente il nostro sistema costituzionale, consentendo per implicito la disapplicazione delle leggi da parte dei giudici.

Sicché è più ragionevole ritenere che abbia utilizzato un'espressione impropria, priva di qualsivoglia significato ulteriore rispetto al seguente: è il giudice a dover individuare legge da applicare alla fattispecie concreta. Sicché, ove il giudice ritenga che una norma non si applichi al caso sottoposto al suo esame, ciò rientra comunque nelle attività valutative proprie di ogni giudice – in ossequio al principio *iura novit curia* – e, pertanto, non sindacabili dalle Sezioni Unite per motivi inerenti alla giurisdizione.

³⁸² Sul rapporto tra eccesso di potere giurisdizionale e conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato *v. infra*.

³⁸³ Cass., Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11380, in *Foro it. Rep.*, 2016, *Giustizia amministrativa*, n. 534. Seguita da Cass., Sez. Un., 10 settembre 2019, n. 22571, a mente della quale *“l'interpretazione della legge o la sua disapplicazione rappresentano invero il proprium della funzione giurisdizionale”*.

In altre parole, non è sindacabile dalla Cassazione sia la *violazione* o la *cattiva interpretazione della legge* (ossia i casi in cui il giudice cada in errore con riferimento all'esistenza della stessa della legge, al suo attuale vigore o al suo contenuto), sia l'*erronea applicazione della legge*, causata da un errore sulla sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta delineata dalla norma.³⁸⁴

Ove invece, ma così non sembra, le Sezioni Unite abbiano voluto fare riferimento alla non-applicazione degli atti normativi interni confliggenti con il diritto UE, allora valgano i ragionamenti del prossimo paragrafo.

7.3 *Il problema della non applicazione della legge contrastante con il diritto eurounitario e dell'omesso incidente di costituzionalità*

Ancora più problematica è l'ipotesi in cui il Consiglio di Stato disapplichi (*rectius*, non applichi) una disposizione di rango primario perché contrastante con il diritto eurounitario.

In questo caso, ci si potrebbe chiedere se l'eventuale disapplicazione di una legge, derivante da un'erronea interpretazione del diritto eurounitario, possa rappresentare un'invasione delle attribuzioni del legislatore, o un mero *error in iudicando*, pertanto non sindacabile.

La risposta la si può ragionevolmente trovare nella sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018, che, come già si è avuto modo di evidenziare, ha solennemente affermato che l'erronea interpretazione del diritto dell'Unione

³⁸⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Classificazione degli "errores in iudicando"*, in *Studi sul diritto civile*, cit., 99.

europea non è sindacabile dalla Cassazione, nemmeno nel caso teorico di “radicale stravolgimento”.

Del resto, così come la valutazione circa la compatibilità delle norme al dettato costituzionale è di esclusiva competenza del giudice in quanto derivante dalla sua attività interpretativa – si ricordi, infatti, che l’attuale sistema prevede un sindacato di costituzionalità diffuso nella parte in cui è il singolo giudice a stabilire se una norma, anche a seguito di un’interpretazione costituzionalmente conforme, sia compatibile con il dettato costituzionale, ed è lo stesso giudice che, ove la ritenga incompatibile, decide di sollevare la q.l.c. dinnanzi alla Corte Costituzionale) –³⁸⁵, allora non vi è ragione per escludere che anche il giudizio sulla compatibilità o meno alle norme eurounitaria appartenga alla fisiologica attività interpretativa del giudice.

Nel caso descritto, peraltro, nemmeno si configurerebbe una responsabilità dello Stato italiano nei confronti dell’Unione Europea perché, evidentemente, quella che non verrebbe applicata sarebbe la norma interna, e non quella UE.³⁸⁶

Del resto, come si avrà modo di evidenziare, le stesse Sezioni Unite hanno affermato che non incorre nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale, essendo pertanto insindacabile sotto il profilo della violazione del limite esterno della

³⁸⁵ Si v. Cass., Sez. Un., 3 luglio 2018, n. 20169 secondo cui la mancata rimessione di una questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale per violazione diretta di norme nazionali o indiretta sulla base della CEDU non comporta violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa. In senso conforme v. Cass., Sez. Un., 29 marzo 2013, n. 7929.

³⁸⁶ Sulla responsabilità Stato e sul c.d. illecito comunitario si v. Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, in *Foro it.*, 2004, IV, 4, con nota di E. SCODITTI, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale; e Corte Giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, in *Foro it.*, 2006, IV, 417.

giurisdizione, la sentenza del Consiglio di Stato per non aver disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sicché è la stessa Corte regolatrice ad ammettere che la verifica della conformità del diritto interno al diritto eurounitario appartiene alla funzione giudiziale propria del giudice amministrativo, rappresentando una normale esplicazione della propria attività ermeneutica.

8 *L'eccesso di potere per invasione della sfera riservata all'amministrazione*

Decisamente più problematica, rispetto a quelle finora illustrate, è l'ipotesi di eccesso di potere per usurpazione delle attribuzioni riservate al potere esecutivo.

Il caso più emblematico è naturalmente il sindacato sul merito amministrativo fuori dai casi consentiti dall'art. 134 c.p.a..³⁸⁷

Ma le teorie enumerate e studiate dalla dottrina e dalla giurisprudenza vanno ben oltre tale specifica eventualità e ricomprendono, ad esempio, i casi in cui il giudice amministrativo, sostituendosi all'amministrazione, abbia emanato provvedimenti preclusi a quest'ultima; oppure abbia sindacato atti non giustiziabili (es. gli atti politici), o abbia pronunciato con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (*ex art. 34, comma 2, c.p.a.*).

³⁸⁷ L'art. 134 c.p.a., rubricato "*Materie di giurisdizione estesa al merito*", recita "*Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161*".

I casi, seppur diversificati, possono comunque condursi ad un minimo comune denominatore rappresentato dall'indebito sconfinamento del giudice amministrativo nell'area riservata all'amministrazione.³⁸⁸

Anche tali situazioni, però, se risultano nitide da un punto di vista definitorio, rischiano di apparire nebulose nella loro applicazione pratica, specie in quei contesti in cui il confine tra legittimità e merito si presenta instabile e oscillante.

Bisogna anche anticipare, come correttamente sottolineato da autorevole dottrina, che l'odierna configurazione delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo e dei suoi poteri istruttori e decisorii (si pensi, esemplificativamente, alla nomina del commissario *ad acta* anche in sede di cognizione, alla declaratoria di inefficacia del contratto *ex art. 121 ss. c.p.a.*, alle sanzioni alternative, alla tutela in forma specifica, e per equivalente, alle pronunce sulla fondatezza della pretesa, etc.) confina l'eccesso di potere giurisdizionale a "casi particolarissimi".³⁸⁹

Iniziamo adesso col passare in rassegna le ipotesi più significative.

8.1 *Sindacato di merito e giurisdizione di legittimità*

Per "merito amministrativo" si intende quell'insieme di valutazioni – in termini di opportunità, equità, utilità e convenienza – che spettano alla pubblica amministrazione nel compimento delle sue scelte.

³⁸⁸ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3, 603 ss..

³⁸⁹ G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 20 s.

Intimamente associato al merito amministrativo, seppur non necessariamente coincidente, è il concetto di discrezionalità³⁹⁰.

Seguendo l'insegnamento di Giannini, infatti, il merito, a differenza della discrezionalità, consiste “*non solo nella ponderazione dell'interesse essenziale in ordine agli interessi secondari (rectius, nella ponderazione dell'opportunità relativa al modo di attuare un interesse essenziale in ordine alle modificazioni che esso subisce dalla presenza concorrente di interessi secondari), ma anche nella ricerca, selezione e valutazione dei singoli interessi*”.³⁹¹

Per quel che qui interessa, però, nonostante le possibili sfumature di significato, in entrambi i casi si tratta di valutazioni che rientrano nei compiti valutativi propri della pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni.

Tali apprezzamenti, secondo la manualistica tradizionale, non essendo orientati da norme *stricto sensu* giuridiche – ma, al contrario, da regole di buona amministrazione ispirate “*da discipline morali o genericamente sociali, o dalla prassi formatasi dall'uso ritenuto corretto di certe funzioni, o dalla logica o dal naturale buon senso*”³⁹²– sono rimessi all'insindacabile giudizio dell'amministrazione che, nella sua funzione di cura in concreto dell'interesse pubblico, è libera da qualsivoglia condizionamento relativo a tali profili.

³⁹⁰ Secondo la celebre definizione di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 74, la discrezionalità è la “*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*”.

³⁹¹ M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 6, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2002, 354. Per uno studio recente di quest'opera si rinvia a M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni Fiorentini*, 2008, 381 ss..

Si v. inoltre l'illuminante ricostruzione di A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 404 s., secondo cui “*tanto la discrezionalità amministrativa, quando la cd. discrezionalità tecnica, rimangono (senza peraltro esaurirlo) sul piano del merito, e non attengono al profilo della legittimità dell'azione amministrativa*”.

³⁹² C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1103.

Fanno eccezione i casi, elencati tassativamente nell'art. 134 c.p.a., di giurisdizione estesa al merito in cui, cioè, il sindacato del giudice amministrativo può spingersi fino al nucleo più intimo dell'azione amministrativa ponderando se l'autorità abbia agito nel modo più utile all'interesse pubblico, e potendo, quindi, sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione.³⁹³

Fuori da questi casi, secondo tale prospettazione, il sindacato del giudice dovrebbe limitarsi a vagliare la legittimità del provvedimento amministrativo contenendo la propria indagine alla verifica della sussistenza dei vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere di cui all'art. 21-*octies*, comma 1, della l. n. 241/1990.

Si avrebbe, dunque, eccesso di potere giurisdizionale laddove il giudice amministrativo sconfini dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, invadendo l'ambito di competenze riservato alle valutazioni dell'autorità amministrativa.

In questi casi, quindi, la sua indagine non si circoscrive al riscontro della legittimità del provvedimento impugnato, ma risulta funzionale ad una diretta, concreta e incisiva analisi sull'opportunità dell'atto.³⁹⁴

³⁹³ Sulla giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo la bibliografia è significativamente vasta. Si rinvia, tra i tanti, a F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio e profili evolutivi*, Torino, 2013; P. G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato (Indagini storiche)*, Milano, 1958; A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in AA.VV. *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1440.

³⁹⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091.

8.2 *Distinzione tra accertamento pieno del fatto e valutazione sull'opportunità della scelta: il progressivo assottigliamento del confine tra legittimità e merito*

La tesi sin qui ricostruita riteniamo meriti alcune puntualizzazioni, specie in considerazione della non facile distinzione tra accertamento pieno del fatto e valutazione dell'opportunità della scelta.

Un primo dubbio riguarda la sovrapposizione di due concetti affatto diversi: quello di merito amministrativo e quello di giurisdizione estesa al merito.

Quella che ci sembra erronea – complice anche un'infelice denominazione del legislatore – è la convinzione che la giurisdizione estesa al merito si differenzi da quella di legittimità già sul piano dei poteri cognitori del giudice, consentendosi solo in questi casi (indicati dalla legge) un accertamento pieno del fatto.

Com'è stato limpidamente indicato dalla dottrina più avveduta, il giudice di legittimità è sempre giudice tanto del fatto quanto del diritto³⁹⁵, inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'estensione al “merito” conduce a una sola differenza, e riguarda i poteri decisori del giudice: nei casi di cui all'art. 134 c.p.a. il giudice adotta un nuovo atto, oppure modifica o riforma quello impugnato; al contrario, alcuna differenza, tra la legittimità e merito, vi è con riferimento ai poteri cognitori e istruttori.³⁹⁶

³⁹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 529, che già negli anni Ottanta affermava che il giudice amministrativo, anche in sede di giudizio di legittimità, “non incontra altre limitazioni nell'accesso diretto alla conoscenza dei fatti di causa, che non siano quelle poste dal carattere proprio del giudizio come giudizio di parti, e dalla (parziale) limitatezza dei mezzi istruttori”. Si v. altresì F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 122, il quale afferma che “La conoscenza dei fatti è elemento essenziale di qualsiasi giudizio, soprattutto del giudizio di legittimità: non è possibile applicare la legge senza che il giudice accerti in modo autonomo se esistono i presupposti di fatto per l'applicazione della legge”.

³⁹⁶ E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2014.

Questi ultimi, in particolare, a norma dell'art. 63 c.p.a. sono identici indipendentemente dal tipo di giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo, potendo il giudice, qualora lo ritenga necessario, procedere sempre all'“accertamento di fatti” o all'“acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche”.

In conseguenza del carattere pieno della cognizione del giudice amministrativo, parte della dottrina è arrivata convincentemente a sostenere che *“la giurisdizione di legittimità ha progressivamente acquisito le caratteristiche della giurisdizione di merito quantomeno in punto di cognizione del fatto”*.³⁹⁷

Senza avventurarci in troppe ricostruzioni teoriche che non potrebbero trovare il giusto spazio in questa sede, ciò risulta *ictu oculi* già dalla lettura delle materie indicate all'art. 134 c.p.a., molte delle quali non richiedono al g.a. alcuna valutazione circa l'opportunità del provvedimento o la convenienza per i consociati.³⁹⁸

Quale sindacato di opportunità potrebbe mai esercitare il giudice sugli atti e le operazioni elettorali o sulla delimitazione dei confini tra enti territoriali?

La differenza tra giudizio di legittimità e merito, pertanto, si può sintetizzare così: nella giurisdizione di merito il giudice ha il potere di sostituirsi all'amministrazione adottando un nuovo atto ovvero modificando o riformando quello impugnato (art.

³⁹⁷ F. D'ANGELO, *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla «affidabilità» delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1054 s..

³⁹⁸ Per tutti F. G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 867 ss., ad avviso del quale se si esaminano le materie elencate all'art. 134 c.p.a. *“si può concludere facilmente che le relative controversie non implicano indagini sul merito dell'azione dell'amministrazione: prescindendo dal giudizio di ottemperanza (che merita un esame dedicato), le controversie che in tali materie possono sorgere riguardano (solo) diritti soggettivi; ed è, quindi, da escludere che l'amministrazione possa esercitare poteri discrezionali (e cadere in vizi di merito)”*.

34, comma 1, lett. d), c.p.a.); nella giurisdizione di legittimità dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione (art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.).

Sicché, come brillantemente evidenziato da Scoca “*sul piano teorico, quindi, la differenza sta in ciò che, in sede di merito, il giudice può adottare egli stesso, se necessario, il nuovo provvedimento, mentre, in sede di legittimità, può costringere l'amministrazione ad adottarlo. Non mi sembra una differenza sconvolgente!*”.³⁹⁹

Ma sia nella giurisdizione di legittimità che in quella di merito al giudice amministrativo è consentito un pieno accesso al fatto per vagliare l'attendibilità delle risultanze a cui è pervenuta l'amministrazione e, quindi, la corretta applicazione delle regole fissate dalla legge, al fine di vagliare la fondatezza delle pretese azionate dalle parti nel giudizio e, pertanto, di assicurare l'effettività della tutela.

Pur prescindendo da un'approfondita analisi sul merito amministrativo, bisogna comunque precisare che, specialmente dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, alcuni principi che in precedenza servivano solo ad orientare le scelte di merito dell'amministrazione, adesso assurgono certamente a parametro di legittimità del provvedimento. Si pensi al principio di effettività della tutela, consacrato nel primo articolo del codice del processo amministrativo, a mente del quale è la giurisdizione amministrativa che ha il compito di assicurare una tutela piena ed effettiva.⁴⁰⁰ Si pensi, ancora, al principio di proporzionalità che,

³⁹⁹ F. G. SCOCA, *op. ult. cit.*.

⁴⁰⁰ In tema di effettività della tutela v. R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss.; E. PICOZZA, *Effettività e giusto processo*, in S. STICCHI DAMIANI e F. VETRÒ

da principio generale dell'ordinamento comunitario (art. 5 TUE), è divenuto, unitamente a quello di ragionevolezza, un parametro di legittimità dell'azione amministrativa, esigendo dalla pubblica amministrazione valutazioni orientate su tre direttrici: idoneità, necessità e adeguatezza delle misure.⁴⁰¹

Le stesse figure sintomatiche dell'eccesso di potere elaborate e consacrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza hanno un'indubbia portata trasversale che, se non intacca, sicuramente lambisce il substrato volitivo che sorregge le scelte effettuate dall'amministrazione.⁴⁰² Ciò spiega perchè l'eccesso di potere sia il tipico vizio dell'atto discrezionale.⁴⁰³

Esemplificativa è "l'ingiustizia manifesta" che, sebbene sul piano empirico abbia trovato scarsa applicazione, rappresenta uno strumento che si pone ai confini del giudizio di merito.

(a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, 2010; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; S. VALAGUZZA e I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*; G. VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria (in occasione di un convegno in omaggio a Salvatore Mazzamuto)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 783 ss..

⁴⁰¹ G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 21. Sulla valenza del principio di proporzionalità nel nostro sistema amministrativo si rimanda a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 149 ss.; EAD., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; A. TRAVI, *In tema di principio di proporzionalità e di appello c.d. improprio*, in *Foro it.*, 2007, 11, 50 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss..

⁴⁰² Si ricordi L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La legge*, 1906, 2071, secondo cui "lo scopo della giustizia amministrativa non si esaurisce soltanto col garantire la legalità formale del provvedimento; occorre anche che si raggiunga la giustizia, l'equità nell'amministrazione, perchè molto spesso si può rispettare la prima e violare la seconda". Il passaggio è riportato da M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, nt. 25, che, nella sua accurata ricostruzione storica non manca di mettere in luce gli insegnamenti dei padri del diritto amministrativo, tra cui Orlando (V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato*, cit., III, 697 ss.) che sottolineava come il giudizio del Consiglio di Stato non si arrestava ad accertare la violazione "dell'ius, ma anche dell'aequitas", tanto che la legge "non dice già legalità ma legittimità" (p. 356).

⁴⁰³ A. PIRAS, voce *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, 604. Così anche R. CHIEPPA e V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, 2007, 296.

Con più specifico riferimento al tema del presente paragrafo, anche il principio di proporzionalità, secondo parte della dottrina, si presta ad essere il criterio principe del sindacato sugli atti discrezionali, con l'inevitabile conseguenza che il controllo di proporzionalità sul giusto equilibrio degli interessi e valori in gioco potrebbe consentire perfino la sostituzione del giudice nell'apprezzamento delle scelte effettuate dall'amministrazione.⁴⁰⁴

Sicché il progressivo assottigliamento del confine tra legittimità e merito ha portato parte della dottrina a parlare di "*moto regressivo del merito*", affermando che quest'ultimo "*perde il carattere imponderabile ed acquisisce cadenze oggettive ed impersonali sindacabili dal giudice perché: la legittimità (oggi considerata in relazione al canone generale della ragionevolezza) si concreta nel verificare il corretto uso del potere in senso sostanziale e nel giudizio del risultato ottenuto dall'amministrazione in relazione alla tutela del destinatario dell'azione, è indimostrato che esistano norme a contenuto indeterminato che producano effetti solo a seguito dell'integrazione di contenuti da parte della p.a.*".⁴⁰⁵

Di tali ostacoli ne è ben consapevole anche la giurisprudenza della Suprema Corte che, specialmente negli ultimi anni, concentrando le proprie riflessioni sugli esiti delle pronunce anziché sull'esercizio dei poteri cognitori del g.a., ha affinato le argomentazioni ritenendo che l'eccesso di potere giurisdizionale si possa verificare (anche) quando la decisione finale del giudice, pur formalmente nel rispetto della

⁴⁰⁴ V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 871 ss., la quale evidenzia che "*proprio l'utilizzo del principio di proporzionalità amministrativa, sia nell'attività sia nel processo, consente ormai questo restringimento notevole del merito amministrativo, in modo tale che possa parlarsi di un sindacato a tutto tondo del giudice amministrativo anche nell'ambito di un giudizio di legittimità*".

⁴⁰⁵ G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1888, citato da G. CAIA, *op. ult. cit.*, 22.

formula dell'annullamento, si sia sostituita a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutività stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.⁴⁰⁶

In altre parole le Sezioni Unite affermano che, per comprendere se vi sia o meno eccesso di potere giurisdizionale, bisogna guardare soprattutto ai rapporti tra la decisione e i poteri che residuano all'amministrazione. Si avrà invasione della riserva di amministrazione laddove il giudice non abbia lasciato margini di apprezzamento all'amministrazione, sostituendosi, di fatto, ad essa.

È quanto è avvenuto, ad esempio, in un caso emblematico in cui, nell'ambito di una procedura concorsuale interna alle forze armate, il Consiglio di Stato ha fatto "obbligo" alla commissione d'esame di attribuire ad un candidato un punteggio di merito tale da assicurargli "in ogni caso" l'inquadramento in ruolo con collocazione in posizione migliore rispetto ai candidati di parigrado.⁴⁰⁷

Tale assunto sicuramente è persuasivo, pur necessitando di alcune precisazioni.

È indubbio, infatti, che, pur discendendo dal *dictum iudicis* un effetto conformativo per l'azione amministrativa, questo non possa vincolare l'amministrazione né in

⁴⁰⁶ Da ultimo, Cass., Sez. Un., 10 settembre 2019, n. 22568; Cass., Sez. Un., 26 agosto 2019, n. 21688; Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2018, n. 2582 e Cass., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9967. Ma tale principio è stato anche affermato da Cass., Sez. Un., 3 luglio 1993, n. 7288 e Cass., Sez. Un., 4 aprile 1997, n. 1908. Questa, secondo A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 650 ss., sarebbe la "formula Mortara". Ad avviso dell'Autore la giurisprudenza, per cercare di spiegare quando vi fosse eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera riservata all'amministrazione, ha utilizzato l'insegnamento di L. MORTARA, *Un contrasto da evitare fra Consiglio di Stato e Cassazione*, in *Giur. it.*, 1931, 1, 935 ss., secondo cui vi è invasione nel merito quando la pronuncia del giudice abbia contenuto ed esecutività del provvedimento impugnato.

⁴⁰⁷ Cass., Sez. Un., 8 gennaio 1997, n. 91, in *Foro it.*, 1997, I, 791, che ha cassato senza rinvio per difetto assoluto di giurisdizione la sentenza Cons. St., Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 21.

relazione a profili non esaminati nel provvedimento impugnato né con riferimento alla corrispondenza di quest'ultimo rispetto all'interesse pubblico sotteso.⁴⁰⁸

Tuttavia non bisogna confondere il vincolo al riesercizio del potere con l'attività amministrativa "vincolata", ossia considerare l'effetto conformativo al pari di un vincolo legislativo.

L'amministrazione, specie nel caso di giudicato di annullamento, di regola, ha sempre la possibilità (o, se del caso, la doverosità), a valle, di riesercitare il proprio potere discrezionale, ciò che le è precluso è di commettere gli stessi errori che, in definitiva, altro non sono che i vizi di legittimità riscontrati dal giudice amministrativo.

Certo, tale riserva di amministrazione non può ingenerare un *continuum* infinito a discapito delle esigenze – aventi rango costituzionale e sovranazionale – di giustiziabilità delle pretese ed effettività della tutela.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ In tema v. B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567, nota a Cass., Sez. Un., 22 settembre 1997, n. 9344, che, riportando un passaggio di una sentenza della Cassazione, riassume l'orientamento delle Sezioni Unite con tale significativo principio: "la sentenza del giudice (amministrativo) non può aggiungere a carico della pubblica amministrazione un vincolo che non sussista già nella legge".

⁴⁰⁹ Si veda a tal proposito Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Giur. it.*, 2019, 6, 1405, con nota di M. TIMO, *Processo amministrativo - Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*.

Nella sentenza, con una significativa eleganza stilistica ed una notevole abilità ricostruttiva, il Consiglio di Stato afferma che la discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può via via esaurirsi: a) sul piano sostanziale, in forza degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa; b) sul piano processuale, a causa dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere; c) per l'"*insanabile frattura*" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati".

Riannodando le fila del discorso, a nostro avviso – pur non negando che sussista una riserva di amministrazione esclusa dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo –, alla luce di quanto (seppur brevemente) evidenziato, deve ritenersi che siano molto residuali le ipotesi in cui il giudice amministrativo finisca per oltrepassare il limite della propria giurisdizione.

Ciò si potrebbe verificare: o nei casi in cui il giudice muovendo da un'indagine sull'eccesso di potere, cogliesse l'occasione per estendere il proprio controllo ad un completo riesame dei fatti, compiendo un'autonoma e diretta valutazione degli interessi coinvolti in relazione all'opportunità e della satisfattività del provvedimento per l'interesse pubblico, sostituendo così il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione; oppure nel caso in cui, con la sua decisione, si pronunci, direttamente o indirettamente, su poteri che ancora devono essere esercitati.

8.3 *La discrezionalità tecnica e l'ampiezza del sindacato giurisdizionale*

Prima di affrontare più specificamente la casistica che ha interessato le Sezioni Unite, un discorso più specifico merita il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti frutto di discrezionalità tecnica.

Il tema è fin troppo noto data la storica importanza che riveste per gli studiosi del diritto amministrativo.⁴¹⁰

⁴¹⁰ La bibliografia in tema di discrezionalità tecnica è molto ampia. Al fine di non rendere tale nota sproporzionata, si rinvia solamente a S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; EAD., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999,

Basti pertanto ricordare che le espressioni “discrezionalità tecnica” e “discrezionalità pura o amministrativa”, seppur connesse da una certa identità semantica, evocano concetti assai diversi tra loro.

La discrezionalità tecnica è di carattere valutativo e attiene al momento di analisi del fatto, quella pura, invece, è di tipo comparativo, consistendo nella ponderazione degli interessi in gioco in relazione all’interesse pubblico primario.

Ancora oggi parte della giurisprudenza (sia amministrativa che della Suprema Corte), come in passato, ritiene che le valutazioni del giudice amministrativo sugli aspetti tecnici opinabili debbano limitarsi a sindacare *ab extrinseco* l’attività valutativa della p.a. con riferimento ai profili di logicità, congruità della motivazione, esistenza ed esattezza dei presupposti di fatto, completezza dell’istruttoria e regolarità del procedimento, senza sindacare l’opinabilità delle risultanze.⁴¹¹ Diversamente, si dice, il giudice ad una valutazione opinabile, sostituirebbe un’altra valutazione, anch’essa opinabile.⁴¹²

12, 1179 e ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1108 ss.; V. PARISIO, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 10, 2587 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss..

⁴¹¹ Si v. Cons. St., Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6313; secondo cui “il sindacato su provvedimenti espressivi di discrezionalità tecnica è consentito nei soli limiti della violazione del procedimento, del travisamento dei fatti e dell’illogicità macroscopica”.

⁴¹² Così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 308, secondo cui “sembra difficile comprendere perché all’apprezzamento opinabile dell’amministrazione il giudice debba sostituire un proprio apprezzamento, non meno opinabile dell’altro”. Per P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 1, 102, che afferma “le valutazioni sia tecniche sia di mera opportunità amministrativa che riflettono la idoneità del mezzo per raggiungere il fine voluto e la entità della misura da adottare sono sottratte al sindacato di legittimità, non già perché implicano apprezzamenti tecnici, ma esclusivamente perché rientrano nella determinazione di merito dell’autorità amministrativa”.

Tale orientamento, tuttavia, non solo ingenera più di qualche perplessità alla luce di quanto si dirà nel prosieguo, ma deve considerarsi destinato ad essere definitivamente superato a seguito di una significativa evoluzione giurisprudenziale secondo cui il sindacato giurisdizionale non possa limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma debba, al contrario, estendersi dall'esatta rappresentazione dei fatti fino all'attendibilità, e finanche condivisibilità, delle operazioni tecniche opinabili.⁴¹³

Sgombrando sin d'ora il campo da possibili ambiguità, chi scrive è ben consapevole di quanto sia diffuso in letteratura e giurisprudenza il timore che l'ampliamento generalizzato del sindacato del giudice amministrativo possa rivelarsi uno spietato letto di Procuste atto a deformare e falciare le prerogative del potere esecutivo. Tuttavia, è altrettanto vero che, se ricondotto sui giusti binari, il problema è in realtà un non-problema, posto che, come si avrà modo di dire più diffusamente nel prosieguo, il ruolo del giudice non muta affatto, anzi, rimane coerente con la sua finalità ultima, che è quella di rendere giustizia, applicando principi e regole che governano l'azione amministrativa.

Accantonando, per adesso, i problemi generali e le ricostruzioni storico-diacroniche, la definitiva chiave di volta in tema di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si è avuta a partire dalla celebre sentenza Baccharini (dal nome dell'estensore)⁴¹⁴, con cui il Consiglio di Stato ha definitivamente superato l'orientamento che affermava l'insindacabilità della discrezionalità tecnica ad opera

⁴¹³ Cfr. in argomento Cons. St., Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

⁴¹⁴ Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9.

del giudice amministrativo perché necessariamente correlata a valutazioni di merito.

La discrezionalità tecnica, infatti, è altra cosa rispetto al merito.⁴¹⁵

Se quest'ultimo, come si è avuto modo di accennare, concerne, in ultima istanza, la diretta valutazione dell'interesse pubblico; la discrezionalità tecnica, al contrario, ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, applica un sapere tecnico di carattere specialistico cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta.

Come più volte ricordato dalla dottrina, nonostante l'uso diffuso di tale terminologia, non sarebbe nemmeno corretto discorrere di "discrezionalità tecnica", dovendosi invece distinguere gli *accertamenti tecnici* (che conducono a risultati scientificamente esatti) dalle *valutazioni tecniche*, le quali offrono margini di soggettività.⁴¹⁶

Solo per queste ultime si utilizza l'espressione "discrezionalità tecnica", ma, come detto, tale terminologia non convince in quanto, seppur implicante possibilità di scelta, esclude la volizione.⁴¹⁷

Più nel dettaglio, l'accertamento tecnico si esaurisce nell'applicazione di precise regole scientifiche non opinabili, trattandosi, per lo più, di misurazioni oggettive e calcoli matematici della realtà materiale (es. la gradazione alcolica di una bevanda, la metratura di un locale, o la quantità di micotossine presenti nel grano d'importazione).

⁴¹⁵ Si v. la raffinatissima disamina di G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, 133 ss., specie 160 ss., che, tuttavia, pariordina i due concetti in relazione al sindacato giudiziale.

⁴¹⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 54 ss. Secondo il Maestro, il lessema "discrezionalità tecnica" è un "errore storico della dottrina".

⁴¹⁷ M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*

Nel caso delle valutazioni tecniche, invece, la norma attributiva del potere rinvia a concetti giuridici indeterminati (es. pericolosità, particolare pregio storico-artistico, mercato rilevante, etc.), i quali, pur richiedendo l'applicazione di valutazioni specialistiche, presentano un indubbio carattere di opinabilità essendo ascrivibili a scienze c.d. inesatte e, presupponendo, dunque, una c.d. scelta tecnica.

In tali casi – dovendosi ormai ritenere superata la distinzione tra “sindacato debole” e “sindacato forte” – la tutela giurisdizionale, per garantire l'effettività della tutela, non può arrestarsi su un piano estrinseco, ma deve entrare nel profondo delle scelte dell'amministrazione per verificare la loro rispondenza alla legge.⁴¹⁸

Bisogna infatti tenere distinte l'opinabilità dall'opportunità. Conviene tenere presente che solo quest'ultima non è sindacabile dal giudice amministrativo, non avendo questi strumenti e parametri giuridico-normativi cui rapportare la sua valutazione.

L'attendibilità dei risultati a cui le valutazioni tecniche sono pervenute, invece, può essere giudicata dal giudice amministrativo.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Tale tesi ha trovato un suo autorevole promotore sin dagli anni '80 in F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., 371 ss., in particolare 434. Ad avviso dell'Autore “*Se è vero che gli apprezzamenti tecnici almeno in certo grado sono opinabili, ciò non giustifica alcuna riserva sull'ammissibilità del sindacato giudiziario, che sulla base dei criteri esposti dovrebbe considerarsi indiscutibile, ma rende piuttosto necessaria una determinazione dei limiti di questo sindacato*”. E continua “*Cosa può fare il giudice di fronte al margine di dubbio che in questi casi non può essere colmato integralmente? La risposta sembra essere abbastanza agevole: egli deve sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza, e può annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Qualora invece il medesimo giudizio risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pur esso*”.

⁴¹⁹ A diversi risultati perviene la tesi, autorevolissima, secondo cui la pubblica amministrazione ha una competenza esclusiva per le valutazioni tecniche che la legge gli affida, sottratte, quindi, alle ingerenze sostitutive del potere giudiziario. Così D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 297 ss.. Si v. anche G. C. SPATTINI, *op. ult. cit.*, 161, secondo cui “*le teorie che ritengono che non vi debbano essere limiti di sorta al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, come parallelamente sulla discrezionalità amministrativa, salvando solo il merito, alla fine sembrano essere destinate a negare l'esistenza stessa della pubblica amministrazione (...)*”.

Sicché, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici, per come oggi è inteso, deve svilupparsi andando oltre il semplice controllo formale ed estrinseco dell'impianto logico-argomentativo seguito dalla pubblica amministrazione, per giungere, invece, alla verifica diretta dell'attendibilità (*rectius*, maggiore attendibilità) delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico applicato, nonché del procedimento seguito.

Del resto, come si legge nella sentenza Baccarini del 1999, “è ragionevole l'esistenza di una «riserva di amministrazione» in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale”.

Tende a spiccare, dunque, l'idea che la valutazione piena che compie il giudice sulle scelte tecniche dell'amministrazione è sempre funzionale a scrutinare la legittimità del provvedimento in quanto, così procedendo, verifica, in ultima istanza, la corretta esecuzione della norma, anche quando i parametri sono opinabili.⁴²⁰

L'accertamento sulla discrezionalità tecnica, dunque, è sempre un accertamento normativo.

Come rilevava Capaccioli “la questione tecnica nei giudizi non si presenta mai come fine a se stessa (non si può chiedere al giudice che dichiari se un ponte è fatto bene o male sic et simpliciter), ma sempre come mezzo alla risoluzione di una questione di carattere giuridico”.⁴²¹

⁴²⁰ Cfr. E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014.

⁴²¹ E. CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*, in ID., *Diritto e processo*, Padova, 1978, 12.

Il sindacato pieno del giudice amministrativo è il diretto precipitato (o, forse, rovesciando l'analisi, la premessa) del superamento di una concezione del processo amministrativo come processo esclusivamente sull'atto e, quindi, inidoneo a penetrare all'interno del rapporto scrutinando la fondatezza della pretesa, o la maggiore attendibilità di una prospettazione rispetto ad un'altra, attraverso una revisione *point by point*.

Da ciò si deduce, mutuando una suggestiva espressione del Consiglio di Stato, che ormai, a seguito del mutato volto del processo amministrativo, anche sotto il profilo dell'istruttoria, *“la componente del “fatto” ha quantomeno lo stesso peso di quella del “diritto”*”.⁴²²

8.3.1 *Il sindacato di full jurisdiction*

Tali conclusioni sono state vieppiù avvalorate a seguito del crescente rilievo che assumono nel nostro ordinamento tanto la Carta di Nizza, quanto i principi

⁴²² Cons. St., Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069.

enunciati nella CEDU (in particolare, per quel che qui rileva, gli artt. 6 e 13)⁴²³ per come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.⁴²⁴

Sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa, infatti – al fine di rendere concrete le garanzie del giusto processo, non sempre pienamente rispettate in sede procedimentale – tendono sempre più a ritenere, che il giudice amministrativo debba poter esercitare un sindacato di *full jurisdiction*⁴²⁵ in cui valutare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative, così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale.⁴²⁶

Tale principio viene affermato, in particolare, con riferimento ai procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti, in cui, la piena

⁴²³ L'art. 6 CEDU, rubricato "*Diritto a un equo processo*", al primo comma, recita "*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*".

L'art. 13 CEDU, rubricato "*Diritto a un ricorso effettivo*", invece, statuisce "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*".

⁴²⁴ Si v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; EAD., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2, 267 ss.; M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'Agcm*, Napoli, 2018; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 685 ss.; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in www.uniurb.it; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

⁴²⁵ Come evidenziato da F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 s., che a sua volta riprende la giurisprudenza CEDU, per *full jurisdiction* si intende "*la disponibilità per il cittadino di un tribunale con giurisdizione sul merito della questione, ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere*".

⁴²⁶ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

giurisdizione, per come intesa dalla Corte EDU, chiama il giudice a condurre un'analisi su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza vincolarlo all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e, anzi, consentendogli di sostituire la propria valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione.

Orbene, questi principi appaiono dirompenti anche con specifico riferimento alle valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Esemplificative a tale riguardo sono le plurime pronunce della Corte di Strasburgo in tema di valutazioni medico-legali.

Una di queste sentenze, nodali per il tema che ci interessa, ha proprio come parte lo Stato italiano. Si tratta della sentenza *Placi c. Italia* sul riconoscimento di un'infermità per causa di servizio, in cui la Corte EDU ha censurato il mancato accertamento da parte del Consiglio di Stato in ordine alla riconducibilità dell'infermità del ricorrente al servizio militare prestato. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto grave la circostanza che il Consiglio di Stato non abbia esaminato nel merito le valutazioni dell'amministrazione.⁴²⁷

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è pervenuta, ad esempio, nel caso *Hatton c. Regno Unito*, in cui, con riferimento al tema dell'inquinamento acustico derivante dai voli notturni da e per l'aeroporto di Heathrow, ha rilevato l'insufficienza del sindacato di legittimità operato dal giudice inglese, posto che questo si fermava ai profili di irrazionalità, illegittimità e palese irragionevolezza, senza entrare nel

⁴²⁷ Corte EDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, *Placi v. Italy*. Per un commento alla sentenza si v. L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2014.

merito della questione concernente la giustificabilità del sacrificio al diritto al riposo degli abitanti delle zone limitrofe all'aeroporto.⁴²⁸

Da ciò ne consegue che, come puntualizzato recentemente dalla dottrina, se l'amministrazione *“ha il potere di dire l'ultima parola sulla ricostruzione ed apprezzamento dei fatti (semplici o complessi) presupposto dell'esercizio del potere, si viola in modo palese ed estremo il principio della parità delle armi a livello probatorio. Il cittadino, in un tale scenario, si trova difatti in posizione di assoluta minorità, senza facoltà alcuna (o limitata facoltà) di partecipare, in condizioni paritarie, alla ricostruzione della verità processuale”*.⁴²⁹

In conclusione, l'art. 6 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, postula ineluttabilmente che *“il giudice amministrativo non può astenersi o addirittura rifiutarsi di verificare e valutare, punto per punto, gli accertamenti e le valutazioni, anche tecniche, effettuate dall'Amministrazione, ritenendole ad essa riservate”*.⁴³⁰

Quanto esposto trova riscontro anche con riferimento al diritto UE. È stato correttamente evidenziato, infatti, che *“nella più recente giurisprudenza comunitaria il sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica non sembra più essere limitato soltanto a una verifica di “attendibilità”, perché al giudice viene riconosciuto il potere-dovere di esprimere (ove richiesto dai ricorrenti) anche un giudizio di “condivisibilità” della valutazione effettuata dalla Commissione, con*

⁴²⁸ Corte EDU, Grande Camera, 8 luglio 2003, ricorso n. 36022/97, *Hatton c. Regno Unito*, riportato in F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto*, cit., 556 s..

⁴²⁹ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 15.

⁴³⁰ L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 745.

*possibilità, dunque, di discostarsi dalla stessa ove ritenga che « l'insieme dei dati rilevanti» presi in considerazione non sia idoneo a fondare gli esiti del giudizio tecnico complesso”.*⁴³¹

Alla luce di queste considerazioni, è evidente che tale giurisprudenza sovranazionale non può che rivelarsi decisiva ai nostri fini, giacché delinea le funzioni proprie che ciascun giudice, compreso quello amministrativo, deve avere per rispettare i canoni del giusto processo.

In definitiva, quindi, da quanto si è avuto modo di esporre, si può serenamente affermare che, essendosi ampliati i margini di intervento del giudice amministrativo, anche nelle sfere tradizionalmente considerate di pertinenza esclusiva della pubblica amministrazione, pur nel rispetto del principio della domanda, la conseguenza non può che essere un'ulteriore riduzione delle ipotesi teoriche di eccesso di potere giurisdizionale per invasione delle attribuzioni riservate all'amministrazione.

Da quanto esposto emerge, infatti, che sarebbe proprio esercizio della giurisdizione, e non invasione nel merito, l'indagine effettuata dal giudice, anche per mezzo dei propri ausiliari (verificatori e consulenti tecnici d'ufficio *in primis*), diretta al pieno accertamento dei fatti, finanche conoscendo dei profili tecnici il cui esame sia necessario per valutare la legittimità del provvedimento impugnato.

Addirittura, capovolgendo il problema, secondo una (audace) prospettazione avanzata da parte della dottrina, sarebbe proprio il mancato esercizio di pieni poteri cognitori da parte del giudice amministrativo che potrebbe rendere censurabile la

⁴³¹ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1602.

sentenza del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (*sub specie* di diniego di giurisdizione).⁴³²

Ma vi è di più. Accogliendo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come evidenziato dai più accorti studiosi del tema, la conseguenza è quella di consacrare come regola generale quella per cui “*il sindacato del giudice amministrativo sull'intrinseco della questione tecnica deve essere sostitutivo*” seppur nei limiti delle domande di parte.⁴³³

Queste considerazioni valgono innanzitutto per i procedimenti sanzionatori e per quelli connotati da quella che noi definiamo discrezionalità tecnica.

Più prudenti però bisogna essere con riferimento alle scelte frutto di discrezionalità pura, ossia consistenti in scelte di *policy* dettate da valutazioni di opportunità: in tali casi l'estensibilità del sindacato di piena giurisdizione deve essere sicuramente più oculato e contenuto.

8.4 *La casistica giurisprudenziale delle Sezioni Unite in tema di sindacato sul merito e sulla discrezionalità*

Nell'economia della presente trattazione sull'eccesso di potere per invasione della riserva di amministrazione, si è preferito non sovrapporre la ricostruzione generale sull'articolazione che il sindacato del giudice amministrativo – a nostro avviso – deve assumere per essere rispettoso tanto dei principi sovranazionali quanto di quelli interni (es. il principio di effettività della tutela), con la giurisprudenza e la casistica delle Sezioni Unite.

⁴³² L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction*, cit., 752.

⁴³³ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto*, cit., 568.

Ciò consente di non essere ripetitivi e di concentrarci sulle singole specificità delle problematiche affrontate nei prossimi paragrafi.

Come si è avuto modo di accennare, la Corte di Cassazione, nell'affrontare il tema dell'eccesso di potere per violazione della riserva di amministrazione, ribadisce costantemente che il vizio *de quo* sussiste ove l'indagine svolta dal Consiglio di Stato non sia rimasta nei limiti della conformità del provvedimento alla legge, ma sia stata strumentale a un indebito vaglio sull'opportunità e la convenienza delle scelte dell'amministrazione, in spregio al principio di separazione dei poteri.⁴³⁴

La stessa Corte, però, per verificare se sussista il preteso sconfinamento, ha cura di specificare che la sentenza del giudice amministrativo deve essere esaminata nell'intero contesto dell'*iter* argomentativo svolto, non potendosi, al contrario, estrapolare singole espressioni contenute nella decisione, le quali, seppure di per sé stesse appaiano esprimere singolarmente una qualche ingerenza nel merito amministrativo, devono comunque essere lette nel contesto complessivo della decisione stessa.⁴³⁵

Tuttavia, le Sezioni Unite sembrano ancorate alle categorie giuridiche nazionali, senza considerare che esse non sono pienamente sovrapponibili rispetto al concetto di *full jurisdiction* introdotto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.⁴³⁶

Mostrano, a nostro sommo avviso, una propensione a leggere il suddetto principio sovranazionale attraverso le lenti del nostro diritto interno senza considerare che il c.d. diritto vivente, nonché un'interpretazione

⁴³⁴ *Ex multis*, tra le più recenti, Cass., Sez. Un., 9 aprile 2018, n. 8720; Cass., Sez. Un., 2 maggio 2018, n. 10440; Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2017, n. 4395; Cass., 5 settembre 2013, n. 20360; Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 9443.

⁴³⁵ Cass., Sez. Un., 22 maggio 2012, n. 8071, in *Foro it. Rep.*, 2012, Giustizia amministrativa, 1032.

⁴³⁶ Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit., 43.

convenzionalmente conforme, ci dovrebbero indurre a considerare il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche come un sindacato pieno e particolarmente penetrante che possa estendersi sino al controllo della maggiore o minore attendibilità delle risultanze dell'amministrazione in confronto a quelle, alternative, prospettate dalle altre parti.

L'unico limite per il giudice dovrebbe essere rappresentato dal *quid proprium* dell'attività amministrativa, ossia le scelte di *policy* strettamente connesse al principio democratico (*the principle of democratic accountability*), che non possono, in quanto tale, valutarsi in termini di verità/falsità o attendibilità/non attendibilità.⁴³⁷ Solo in quel caso e per quegli aspetti connotati da ampi margini di soggettività, il giudice amministrativo, ove si pronunciasse, commetterebbe eccesso di potere giurisdizionale, in quanto, non avendo dei parametri normativi o tecnico-giuridici cui parametrare la scelta dell'autorità amministrativa, non agirebbe come giudice ma come amministrazione.⁴³⁸

⁴³⁷ Si veda in proposito l'ottima analisi di M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo*, loc. cit., secondo cui, ricostruendo la giurisprudenza CEDU, *the principle of democratic accountability* è l'unico valore idoneo a legittimare una riserva di valutazione in capo all'amministrazione, in via di eccezione rispetto al canone generale di un sindacato pieno e sostitutivo. L'Autrice, inoltre, osserva come il modello di sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica proposto dalla Cassazione "è davvero molto distante rispetto all'impostazione della giurisprudenza di Strasburgo e comunitaria".

⁴³⁸ Ancor più audace è la tesi di S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., che, partendo dalla pronuncia con cui le Sezioni Unite (ordinanza 25 maggio 2005 n. 10959), hanno affermato il principio che "il giudice civile e il giudice penale, essendo entrambi magistrati ordinari, esercitano l'identico potere giurisdizionale, sicché una violazione delle norme relative alla ripartizione degli affari civili e penali non pone un problema di difetto di giurisdizione", afferma "Ma se le cose stanno così non si vede come si possa da una parte affermare che non c'è difetto di giurisdizione nel caso in cui giudici civili esercitino funzioni giurisdizionali istituzionalmente proprie di giudici penali, e cioè di giudici fisicamente e funzionalmente diversi anche se appartenenti allo stesso plesso giurisdizionale, e dall'altra affermare che c'è difetto di giurisdizione nel caso in cui il giudice amministrativo, e pur essendo fisicamente e funzionalmente sempre lo stesso e pur essendo fisicamente e funzionalmente titolare sia della giurisdizione di legittimità sia della giurisdizione di merito (dal momento che è dal 1924 che non c'è più alcuna distinzione di competenza tra le sezioni giurisdizionali amministrative, a differenza di quanto tuttora accade tra le sezioni civili e penali del giudice ordinario), possa peccare contro se stesso qualora erroneamente eserciti la giurisdizione di merito in luogo della giurisdizione di legittimità. Si tratta, infatti, di limiti interni alla giurisdizione amministrativa, che come tali non dovrebbero ricadere nello scrutinio delle Sezioni

Del resto, come ricorda Comporti, “*premessò che il limite dell’opinabilità appare il riflesso tardivo di una sistematica incentrata ancora sulla centralità dell’azione di impugnazione e che lo stesso sistema europeo non esclude comunque limitazioni del potere giurisdizionale in presenza di scelte a forte connotazione politica riconducibili al circuito rappresentativo democratico (...) può anzitutto ragionevolmente sostenersi che ogni elemento fattuale così come i presupposti giuridici della fattispecie – rilevando come insieme di fatti e qualificazioni condizionanti la produzione (piuttosto che la scelta) dell’effetto giuridico – è suscettibile di autonoma conoscenza e valutazione da parte del giudice a prescindere dalla relativa complessità e/o determinatezza*”.⁴³⁹

8.4.1 *Le valutazioni delle Commissioni d’esame nei pubblici concorsi*

Tra le valutazioni tecniche sindacabili dal giudice amministrativo rientrano quelle delle commissioni d’esame nei pubblici concorsi.

È in questo *humus* che le Sezioni Unite hanno affermato importanti principi dopo essere state chiamate a pronunciarsi su ricorsi avverso le decisioni del Consiglio di Stato.

La Cassazione, ad esempio, con riferimento alla correzione delle prove scritte del concorso pubblico per l’accesso alla professione notarile, ha affermato che non ha valicato il limite esterno della giurisdizione il giudice amministrativo che ha accolto

Unite; a meno che non si voglia adottare il noto principio secondo cui tutti sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri”.

⁴³⁹ G. D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in L. FERRARA e D. SORACE, *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, VII, Firenze, 2016, 27.

il ricorso di una candidata, dopo aver considerato i criteri valutativi adottati dalla commissione esaminatrice irragionevolmente restrittivi.⁴⁴⁰

Ad avviso della Cassazione, infatti, *“la valutazione demandata alla commissione esaminatrice è, in primo luogo, certamente priva di «discrezionalità», perché la commissione non è attributaria di alcuna ponderazione di interessi né della potestà di scegliere soluzioni alternative, ma è richiesta di accertare, secondo criteri oggettivi o scientifici (che la legge impone di portare a preventiva emersione), il possesso di requisiti di tipo attitudinale-culturale dei partecipanti alla selezione la cui sussistenza od insussistenza deve essere conclusivamente giustificata (con punteggio, con proposizione sintetica o con motivazione, in relazione alle varie «regole» legali delle selezioni)”*.

Tale orientamento è stato, in parte, ridimensionato dalla giurisprudenza successiva che, pur dichiarando di porsi in continuità con la sentenza testé riportata, afferma che il sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici *“è legittimamente svolto quando il giudizio della commissione esaminatrice è affetto da illogicità manifesta o da travisamento del fatto in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull’elaborato sottoposto a valutazione”*.⁴⁴¹

Nel dibattito non può non menzionarsi il recentissimo orientamento del Consiglio di Stato che, in un caso concernente l’abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di prima fascia, data la reiterazione di una condotta scorretta da parte del Ministero, ha ritenuto esaurito il margine di discrezionalità

⁴⁴⁰ Cass., Sez. Un., 21 giugno 2010, n. 14893, in *Foro it.*, 2011, I, 837

⁴⁴¹ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2012, n. 8412, in *Foro it.*, 2012, I, 2681. Conformi Cass., Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10065 e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2011, n. 27283.

della pubblica amministrazione a causa della “frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino”.⁴⁴²

In altre parole, il giudice amministrativo, nel caso citato, senza richiedere un’ulteriore nomina di una commissione tecnica, ha esso stesso condannato l’amministrazione al rilascio dell’abilitazione richiesta, ritenendo che la sfera discrezionale della pubblica amministrazione, a causa di un reiterato comportamento scorretto, si sia progressivamente ridotta sino a “svuotarsi” del tutto.

8.4.2 Gli atti delle Autorità amministrative indipendenti

Fermo restando quanto si è detto in via generale, è evidente, e giova ribadirsi, che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offra sempre risposte univoche.

Spesso, infatti, le operazioni tecniche possono condurre ad una vasta gamma di soluzioni possibili, ognuna di queste dotata di un certo grado di opinabilità.

Compito del giudice è la verifica dell’attendibilità delle risultanze e, secondo la tesi prima esposta, anche della maggiore attendibilità di una risultanza rispetto alle altre in campo.

Con riferimento agli atti dell’Autorità Granate della Concorrenza e del Mercato, la Corte di Cassazione recentemente, in una sua importante pronuncia, ha affermato che, il sindacato sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti – essendo queste istituite proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica,

⁴⁴² Si tratta della già citata pronuncia Cons., St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

oltre che per il carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni – non possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'amministrazione.⁴⁴³

Opinare diversamente, ad avviso delle Sezioni Unite, anche tenendo conto del contesto europeo, significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale le *Authorities* sono state istituite.

In definitiva, la Cassazione dà continuità all'insegnamento per cui *“non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo “forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza”*.⁴⁴⁴

In altre parole, le Sezioni Unite hanno osservato che, quando si faccia questione di problematiche tecniche in cui emerga un certo margine di opinabilità, specie se dovuto a nozioni generiche (ad esempio la definizione di mercato rilevante), all'amministrazione, e in particolare se si tratta di un'Autorità amministrativa indipendente, residuano poteri valutativi ad appannaggio esclusivo dell'amministrazione.

Il controllo del giudice amministrativo, pertanto, dovrebbe limitarsi ai profili di ragionevolezza logicità e coerenza, non essendogli consentito esercitare un controllo “di tipo forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, il quale si tradurrebbe

⁴⁴³ Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Per un commento critico alla sentenza si v. B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057 ss..

⁴⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. Un.,

in un indebito esercizio di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre due valutazioni aventi il medesimo grado di opinabilità.⁴⁴⁵

Questo orientamento è stato successivamente ripreso da ulteriori pronunce in cui si afferma che “*quando entra in gioco una valutazione di natura tecnica operata dall’Autorità garante, la verifica del giudice, inserendosi pur sempre in un sindacato di legittimità e non di merito, è destinata ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell’apprezzamento operato dall’amministrazione impedisce d’individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell’apprezzamento illegittimo*”.⁴⁴⁶

Tale indirizzo, come evidenziato dalla più avveduta dottrina che si è occupata dell’argomento, sembra essere stato recepito dall’art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 3 del 2017 sul c.d. *private enforcement*, ma, ciononostante, rischia di non essere in linea con il sindacato di *full jurisdiction* che ci impone la giurisprudenza sovranazionale.⁴⁴⁷

Si ricordi, proprio in tema di sindacato pieno del Consiglio di Stato sugli atti sanzionatori delle Autorità indipendenti, a partire dalla ben nota sentenza Menarini⁴⁴⁸ la Corte di Strasburgo ha affermato che il Consiglio di Stato è in grado

⁴⁴⁵ Cfr. anche Cass., Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Foro it.*, 2005, I, 2336, nonché Cass., Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063, in *Giur. it.*, 2008, 2052.

⁴⁴⁶ Cass., Sez. Un., ord. 7 maggio 2019, n. 11929. Cfr. anche Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 30974.

⁴⁴⁷ R. DE NICTOLIS, *L’eccesso di potere, cit.*, 42. Sulla compatibilità della nuova normativa sul *private enforcement* rispetto alla giurisprudenza CEDU si rinvia alla approfondita analisi di F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l’effetto vincolante dell’art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1207 ss., secondo cui la nuova normativa, se non correttamente interpretata, anche alla luce del diritto vivente, sarebbe una sorta di ritorno al passato, cioè una spinta ad una riduzione della misura di controllo giudiziale sugli atti sanzionatori antitrust. Dello stesso Autore, sui temi affrontati, si v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 507 ss..

⁴⁴⁸ Corte EDU, 27 settembre 2011, ricorso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

di fornire tale pienezza di tutela, e ciò proprio in virtù del crescente pieno accesso al fatto a cui è approdata la giurisdizione amministrativa.

Sul tema ha avuto modo di prendere posizione anche l'attuale Presidente del Consiglio di Stato che, in un suo recente intervento, ha riconosciuto che *“è per questo che il sindacato del giudice sugli atti delle autorità indipendenti va estendendosi: non perché aumenti l'area del sindacato in sé, ma perché va allargandosi l'area di cognizione dei fatti posti alla base del provvedimento dell'Autorità oggetto del giudizio”*.⁴⁴⁹

Non è questa la sede per dedicarsi ad una cognizione ravvicinata di un tema così problematico quale l'ampiezza del sindacato sugli atti delle autorità amministrative indipendenti; ciò che qui interessa evidenziare è, invece, il cambio di prospettive che è in atto, il quale, interessando la portata e l'incisività del sindacato del giudice amministrativo nell'esercizio della sua giurisdizione, influisce recisamente anche sui limiti della stessa.⁴⁵⁰

A tal proposito, merita di essere segnalata una sentenza del Consiglio di Stato, sul celebre *caso Avastin/Lucentis*, in cui il giudice amministrativo, si domanda se le risultanze a cui è pervenuto circa la nuova (e più intensa) modalità di sindacato possa o meno essere ritenuta lesiva dei limiti esterni della giurisdizione, anche alla luce delle pronunce della Corte di Cassazione che hanno affermato che è precluso al giudice amministrativo un sindacato di tipo forte sulle valutazioni tecniche

⁴⁴⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione* (Roma, Corte suprema di cassazione, 21 settembre 2017), in www.cortedicassazione.it.

⁴⁵⁰ Oltre alla bibliografia citata si v. in tema L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1372 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705.

opinabili e, quindi, l'esercizio di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione.⁴⁵¹

In tale decisione il Consiglio di Stato, in maniera molto netta, infatti, si espone direttamente al fine di valicare l'indirizzo delle Sezioni Unite, affermando che *“la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”*”.

La decisione in parola, allora, per porsi al riparo da future contestazioni dinnanzi alla Corte regolatrice, ha il merito di condurre l'analisi alla luce della giurisprudenza costituzionale e, in particolare della sentenza n. 6 del 2018, e, in conclusione, sostiene che *“dalla giurisprudenza costituzionale sembra evincersi che, attraverso l'eccesso di potere giurisdizionale, non sia possibile contestare davanti alla Corte di cassazione le caratteristiche strutturali e gli effetti del sindacato di legittimità compiuto dal Consiglio di Stato, privando quest'ultimo della prerogativa — costituzionalmente tutelata — di definire il regime degli atti amministrativi (anche nei suoi confini con il merito). L'eccesso di potere giurisdizionale ai danni dell'amministrazione sembrerebbe quindi configurabile solo in caso di superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice amministrativo, qualora si risolva nell'enucleazione di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo (preordinati alla valutazione dell'operato della*

⁴⁵¹ Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, III, 533, con nota di L. ARNAUDO e R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*.

pubblica amministrazione) del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall'ordinamento generale”.

Alla luce di quanto esposto – senza ulteriormente approfondire la portata del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle Autorità amministrative indipendenti – bisogna interrogarci se, quand’anche sia errata la teoria del sindacato intrinseco e sostitutivo, ciò rappresenti un motivo di giurisdizione o un semplice *error in iudicando*.

Chiarito, infatti, che non si tratta di “discrezionalità” in senso proprio ma solamente di valutazioni tecniche, bisognerebbe concludere, ad avviso di chi scrive, che in tali eventualità non si abbia invasione della sfera “di merito” riservata all’amministrazione, ma un mero errore di giudizio.

Di tale avviso sembra essere anche parte della giurisprudenza della Cassazione che, pur parteggiando per la tesi del sindacato debole, ha comunque affermato che *“ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo “forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza. Ma, come hanno evidenziato queste SS.UU. con la citata sentenza 8882/05, questa è questione concernente non già l'essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo, bensì le sue modalità di esercizio nonché l'individuazione del suo ambito operativo, e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111 Cost.,*

comma 8, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio".⁴⁵²

8.4.3 *L'esclusione dalle gare di appalto per "deficit di fiducia"*

Cercando di perimetrare l'analisi alle pronunce più significative, tra le più recenti ne spicca una in cui le Sezioni Unite hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ritenuto "non condivisibili", oltre che pretestuose, le valutazioni di una stazione appaltante in ordine al dichiarato *deficit di fiducia* nei confronti di un concorrente.⁴⁵³

Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato aveva ritenuto illegittima l'esclusione di un operatore economico da una gara pubblica disposta dalla stazione appaltante a seguito di una valutazione ostativa – consentita dall'art. 38, 1° comma, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* applicabile –, dovuta a gravi negligenze nei pregressi rapporti contrattuali.

Il Consiglio di Stato, infatti, aveva considerato la suddetta esclusione viziata da eccesso di potere a seguito di un'evidente contraddittorietà dei presupposti di fatto su cui si basava la valutazione di inaffidabilità (da un lato la stazione appaltante

⁴⁵² Cass., Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063, in *Giur. it.*, 2008, 2052, la quale riprende la conforme Cass., Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Foro it.*, 2005, I, 2336, secondo cui "Il limite individuato dal giudice amministrativo attiene alla possibilità (esclusa) di esercitare un controllo c. d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, cioè alla possibilità di esercitare da parte del giudice un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione, fermo restando (sulle valutazioni tecniche) il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica. Ma questa è questione concernente non già l'essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo bensì le sue modalità di esercizio nonché l'individuazione del suo ambito operativo e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111, comma 8, della Costituzione, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio".

⁴⁵³ Si tratta di Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312 in *Foro it.*, 2014, I, 568.

lamentava gravi inadempienze, dall'altro aveva proceduto a rinnovi e proroghe dei contratti in corso), ma anche per la "non condivisione" della valutazione, oltre che a causa di un "ragionevole dubbio" circa la pretestuosità delle ragioni poste a fondamento del provvedimento.

Le Sezioni Unite, tuttavia, una volta investite della questione, rilevando che l'esclusione per deficit di fiducia "è frutto di una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione e sulla quale il controllo del giudice deve essere svolto ab extrinseco, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante un'odiosa esclusione), ma non mai sostitutivo", hanno ravvisato lo sconfinamento del g.a. nella sfera riservata alle valutazioni dell'amministrazione.

In conclusione, la Cassazione afferma che "l'adozione di siffatti criteri di non condivisione, infatti, nella parte in cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'appaltante, determina non già un mero errore di giudizio (insindacabile in questa sede), ma uno sconfinamento nell'area ex lege riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile, secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza delle sezioni unite, anche assai lontana nel tempo, anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione".

La sentenza delle Sezioni Unite in questione ha ingenerato più di un dubbio da parte della dottrina, la quale, copiosa, ha evidenziato come, al più, quello del Consiglio di Stato sia stato un mero errore di giudizio, ossia un *error in iudicando* che, come tale, non è sindacabile in cassazione.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Molto critico B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1589, che

A tali critiche si ritiene di dover dare adesione: la Cassazione, infatti, censurando la non condivisione da parte del Consiglio di Stato dell'iter motivazionale della stazione appaltante, nella sostanza, mostra di disapprovare il sindacato del g.a. sull'attendibilità (e non sull'opinabilità) della scelta, avendo quest'ultimo – correttamente o scorrettamente non importa ai nostri fini – valutato un presupposto di fatto per l'applicazione di una norma di legge, ossia l'art. 38 del vecchio codice appalti.

Peraltro, sebbene la norma presentasse dei margini valutativi su cosa intendere per deficit di fiducia, ciò non significa necessariamente che si tratti di una valutazione discrezionale, con margini di soggettività, dell'amministrazione; né può persuasivamente ritenersi che si tratti di scelte di *policy* sulla migliore tutela dell'interesse pubblico.

Nondimeno, in via generale, l'utilizzo da parte del legislatore di un concetto elastico o indeterminato non esclude la sua intenzione di dettare una disciplina compiuta del rapporto sottostante: esemplificativo è quanto avviene nel diritto penale in cui dall'utilizzo di concetti elastici non deriva una discrezionalità di chi deve applicare le norme, ma si necessita solamente uno sforzo interpretativo.⁴⁵⁵

parla addirittura di “sentenza sconcertante e impossibile a giustificarsi con gli strumenti del diritto processuale”. Secondo l'Autore “Lo schermo del controllo della giurisdizione ha mascherato una cassazione della sentenza per “violazione di legge”; un'operazione che – duole dirlo – ha infranto, ad un tempo, l'art. 111 c. 8 cost., l'art. 362 c.p.c. e l'art. 110 c.p.a.”.

Si v. altresì R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit., 40 s., ad avviso della quale “La questione è allora se un errore di diritto del g.a. che porti all'annullamento del provvedimento amministrativo discrezionale si presti a una lettura in termini di indebita sostituzione della p.a. e di vizio di difetto di giurisdizione”; A. POLICE e CHIRICO F., «I soli motivi inerenti alla giurisdizione», cit., 128, in particolare nt. 37, i quali, dopo aver palesato una qualche perplessità sulle conclusioni delle Sezioni Unite, riprendendo il pensiero di Santi Romano, affermano che “l'eccesso di potere nel campo amministrativo costituisce una nozione connotata da un elevato grado di specialità, di cui la Cassazione dovrebbe tener conto «altrimenti rischia di considerare come eccesso ciò che da parte della giurisdizione speciale fu esercizio di una competenza legittima»”.

⁴⁵⁵ F. D'ANGELO, *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla «affidabilità» delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1043 ss., secondo cui “Il concetto della

Pertanto, *“il carattere preciso ovvero impreciso della fattispecie precettiva non è essenziale per stabilire la natura discrezionale o meno del potere attribuito all'amministrazione: per stabilire cioè se ad essa spetta una facoltà di scelta per la cura dell'interesse pubblico, ovvero se essa deve solo compiere un'attività — anche complessa — di esecuzione della legge”*⁴⁵⁶.

Sicché, in questi casi, al contrario di quanto ritenuto dalla Cassazione nel caso di specie, si necessita proprio un maggiore controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione delle norme di legge da parte dell'amministrazione, proprio al fine di rispettare il principio di legalità.

Se invece le Sezioni Unite intendevano semplicemente rimproverare al Consiglio di Stato di non aver adeguatamente motivato le ragioni della “non condivisione”, allora, chiaramente, la questione non è di sconfinamento nella sfera dell'amministrazione, né di difetto di giurisdizione, bensì di aspetti del tutto ininfluenti in riferimento al sindacato di cui all'art. 111, comma 8, Cost..

8.4.4 *Gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura*

Al fine di delineare i confini della giurisdizione amministrativa, un discorso a sé, dato il numero di importanti pronunce della Suprema Corte in tema, merita il

*«affidabilità» è sì indeterminato, ma pienamente sindacabile dal giudice perché non sembra presupporre una scelta il cui criterio informatore è l'interesse pubblico. L'applicazione del concetto della «affidabilità» non postula una decisione secondo opportunità all'esito di una ponderazione comparativa d'interessi. Essa richiede invece un autentico giudizio conoscitivo: cioè l'adattamento di una norma a un fatto secondo lo schema del sillogismo processuale”. Cfr. altresì P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001, 118, secondo cui “la concretizzazione del dato legislativo non sarebbe compito istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione dal momento che l'indeterminatezza del concetto giuridico si lascia superare da un'attività che conserva sempre carattere interpretativo”.*

⁴⁵⁶ F. D'ANGELO, *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti*, cit., 1044 s..

sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Consiglio Superiore della Magistratura.⁴⁵⁷

Com'è noto, al Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto organo di autogoverno della magistratura ordinaria, spettano, in virtù di quanto disposto dall'art. 105 Cost., le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, nonché le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati.

Pur senza che ciò comprometta la sua funzione di organo a rilevanza costituzionale atto a garantire l'indipendenza e l'autonomia della magistratura ordinaria, gli atti del CSM, come statuito dall'art. 17 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sono impugnabili dinnanzi al giudice amministrativo.⁴⁵⁸

Questa previsione ebbe l'intento di sopire il vivace dibattito sorto in assenza di una chiara disposizione legislativa in tal senso.

In particolare, già dal primo decennio del Novecento, con riferimento agli atti del CSM (che, all'epoca, era solamente un organo con funzioni pressoché consultive) era sorto un netto contrasto tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato – che riteneva sindacabili le decisioni del CSM –⁴⁵⁹, e quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, al contrario, consideravano sottratte “in modo assoluto” alla giurisdizione del Consiglio di Stato le deliberazioni del CSM, e ciò in

⁴⁵⁷ In tema si v. F. CUOCOLO, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, 1, 678 ss.; G. CUGURRA, *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 3, 309 ss.; U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, 690 ss.; A. M. SANDULLI, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963, 2, 3 ss.; F. G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 1, 5 ss.; V. SPAGNA MUSSO, *Sulla sindacabilità degli atti del C.S.M. da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1962, 1609 ss.; A. TRAVI, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*, in *Foro it.*, 2014, III, 757.

⁴⁵⁸ Fanno eccezione i provvedimenti disciplinari, contro i quali, invece, a norma del comma 3 dell'art. 17, si deve proporre ricorso dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

⁴⁵⁹ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 11 luglio 1916

considerazione del rilievo per cui l'organo di autogoverno della magistratura fa parte dell'ordine giudiziario *“e non delle gerarchie amministrative”*.⁴⁶⁰

Poi, ad un decennio dall'entrata in vigore della suddetta legge, una chiara presa di posizione l'assunse anche la Corte Costituzionale che, con la sentenza 14 maggio 1968, n. 44 (pres. Sandulli, est. Mortati), sostenne fermamente la sindacabilità degli atti del CSM da parte del giudice amministrativo.

Alcuni passaggi della sentenza meritano di essere riportati per la qualità delle argomentazioni oltre che per la chiarezza espositiva.

Ad avviso della Corte Costituzionale, non appariva neppure necessario prendere posizione sul rango da riconoscere al CSM (se di organo costituzionale o meno), *“dato che il sistema vigente conosce dei casi di assoggettamento al controllo giurisdizionale di atti provenienti da organi indubbiamente costituzionali. Sicché l'eventuale attribuzione della qualifica predetta non offrirebbe un criterio idoneo a risolvere la questione”*.

Il problema, dunque, andava prospettato in termini diversi, dovendosi chiedere la Corte se il sindacato del giudice amministrativo rischiasse di compromettere il buon adempimento della funzione affidata al Consiglio superiore della magistratura, esigendo quest'ultimo la sottrazione da ogni interferenza, non solo dei poteri attivi (primo fra tutti quello esecutivo, cui in passato la magistratura era stata collegata, e anche gerarchicamente subordinata, e rispetto al quale, pertanto, l'esigenza di autonomia era fortissima), ma anche del potere giurisdizionale, seppur limitatamente all'esercizio del solo controllo di legittimità.

⁴⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1917, in *Foro it.*, 1917, I, 551 ss.. Si veda in proposito anche il commento di F. G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 10 ss, anche per l'evoluzione storica del dibattito.

A tale ultimo interrogativo la Corte Costituzionale dà risposta negativa, affermando che non è contestabile che la sottoposizione delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura “*ad un controllo di stretta legittimità*” da parte del giudice amministrativo non sia, di per sé, tale da condurre necessariamente a vanificare o comunque ad attenuare l'efficacia della funzione garantista cui il CSM adempie.

In questa prospettiva si è posto il giudice amministrativo che ha rilevato come, proprio al fine di garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, sia il principio di legalità a governare il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari, vigendo, in particolare, il principio della riserva di legge, di cui all'art. 108, comma 1, della Costituzione.⁴⁶¹

Sicché è la legge che ha il compito di determinare i criteri generali di valutazione e selezione dei magistrati ordinari aspiranti ad incarichi direttivi, nonché le conseguenti modalità della nomina.

Punto essenziale del ragionamento, per come individuato anche dalla Corte Costituzionale, è che la riserva di legge non implica che tali criteri siano analiticamente e dettagliatamente predeterminati dal legislatore tanto da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di “valutazione discrezionale”, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati.⁴⁶²

Pertanto, ad avviso della giurisprudenza dei primi anni '90 della Corte Costituzionale, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione

⁴⁶¹ Cons. St., Sez. IV, 14 luglio 2008 n. 3513.

⁴⁶² Corte Cost., 8 febbraio 1991 n. 72.

può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea.

La successiva giurisprudenza costituzionale, ulteriormente illustrando il proprio *dictum*, riconosce che vi è un'esigenza costituzionale di assicurare ai cittadini, inclusi quelli appartenenti alla magistratura, la tutela in giudizio delle proprie posizioni soggettive, sicché *“l'impugnabilità, anche per un organo di garanzia qual è, secondo la communis opinio, il Consiglio superiore della magistratura, deriva dalla «grande regola» accolta dall'art. 24 Cost. che dà tutela generalizzata ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi”*.⁴⁶³

In più – in un caso riguardante lo specifico problema dell'ottemperanza, ma con una pronuncia dalla vocazione generale –, la Corte, nel tentativo di offrire maggiore chiarezza, afferma che *“tutti i soggetti di diritto, ivi compresi gli organi di rilevanza costituzionale, sono egualmente tenuti al rispetto della legge”*, da ciò ne consegue che *“il principio di legalità dell'azione amministrativa (art. 97, 98 e 28 Cost.), unitamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24, 101, 103 e 113 Cost.), se da una lato affermano l'indipendenza dell'amministrazione, dall'altro comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali. In breve, la Costituzione accoglie il principio in base al quale il potere dell'amministrazione merita tutela solo sul presupposto della legittimità del suo esercizio, demandando agli organi di giustizia*

⁴⁶³ Corte Cost., 22 aprile 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 2033, con nota di A. ROMANO, *Giudice amministrativo e giudici amministrativi*.

*il potere di sindacato – pieno, ai sensi del 2° comma dell’art. 113 Cost. – sull’esistenza di tale presupposto. A ciò si aggiunga che il contenuto tipico della pronuncia giurisdizionale è proprio quello di esprimere la volontà concreta della legge o, più esattamente, la «normativa per il caso concreto» (come si è felicemente precisato in dottrina) che deve essere attuata nella vicenda sottoposta a giudizio”.*⁴⁶⁴

In questa pronuncia, dunque, i giudici costituzionali sembrano riconoscere che la pronuncia del giudice amministrativo disvela, come compito innato del giudice, il “significato della legge”, quantomeno il suo significato storico in un caso concreto. Sicché, logica conseguenza imporrebbe che non si possa limitare tale potere di accertamento del giudice amministrativo, essendo a quest’ultimo devoluta, nel caso che ci interessa, la verifica della corretta attuazione della legge.

Nonostante, come sempre avviene, per comprendere il presente e delineare gli scenari futuri, sia prezioso il contributo della storia più o meno remota, esso tuttavia non è risolutivo per il nostro caso, al centro di riflessioni ancora in divenire.

Oramai, infatti, come evidenziato dalla dottrina, non è più in discussione l’*an* del sindacato del giudice amministrativo sulle nomine del CSM, ma, il dibattito riguarda il *quomodo* del medesimo.⁴⁶⁵

A tal proposito, è quanto mai provvido analizzare i più recenti approdi della giurisprudenza, al fine di tracciare un quadro complessivo della portata del sindacato tanto del Consiglio di Stato quanto, specularmente, delle Sezioni Unite.

⁴⁶⁴ Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, in *Foro it.* 1995, I, 2641.

⁴⁶⁵ R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, 3.

Oltre alla giurisprudenza costituzionale appena riportata, il centro da cui si irradia l'odierna riflessione può identificarsi in un recente caso riguardante il conferimento di un incarico direttivo da parte del CSM (si trattava, nella specie, della nomina a Presidente aggiunto della Corte di Cassazione), in cui le Sezioni Unite, ravvisandovi eccesso di potere giurisdizionale, hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato la suddetta nomina.⁴⁶⁶

Ad avviso della Corte regolatrice, sotto le mentite spoglie dell'eccesso di potere e dei suoi vizi sintomatici, il giudice amministrativo avrebbe posto la "non condivisione" della valutazione operata dall'amministrazione.

L'adozione del criterio della "non condivisione", si legge nella sentenza delle Sezioni Unite, è da considerarsi precluso nell'ambito della giurisdizione di legittimità, traducendosi non in un mero *error in iudicando*, bensì in un'incursione abusiva nell'area della discrezionalità amministrativa.

La sentenza, particolarmente indicativa per la nettezza delle argomentazioni, si colloca sulla scia di altre precedenti pronunce in cui la Corte di Cassazione ha affermato che, per non eccedere dai limiti della propria giurisdizione, il giudice amministrativo ove chiamato a vagliare la legittimità del conferimento di un incarico direttivo, deve astenersi tanto dal censurare i criteri di valutazione adottati quanto l'individuazione degli elementi di giudizio ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, potendo solamente annullare la deliberazione laddove vi sia eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione addotta dal CSM.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Cass. Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787, in *Foro it.*, 2015, I, 3458, con nota di A. TRAVI.

⁴⁶⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 8 marzo 2012, n. 3622.

Orbene, occorre osservare in estrema sintesi che la Corte di Cassazione sembra riconoscere al CSM un margine di apprezzamento particolarmente ampio per il conferimento di incarichi apicali in considerazione del suo rilievo costituzionale. Tale discrezionalità “rafforzata” sarebbe stata riconosciuta anche dal legislatore nel d.l. 24 giugno 2014 n. 90, il quale, all’art. 2, comma 4 – dopo aver statuito che, nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l’ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere – dispone che non si applicano le lettere a) e c) del comma 4 dell’articolo 114 c.p.a..

In altre parole, il legislatore vieta al giudice amministrativo di ordinare l’ottemperanza al CSM prescrivendo le modalità di esecuzione, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l’emanazione dello stesso in luogo dell’amministrazione.

Emerge dunque un problema a cui la nostra analisi non può certamente sottrarsi.

Sicché bisogna interrogarsi se valgono per gli atti del CSM considerazioni diverse da quelle in precedenza riportate con riferimento agli atti valutativi dell’amministrazione, anche in considerazione della peculiare disciplina legislativa sopra riportata che parrebbe limitare il potere di intervento del giudice amministrativo ove si debbano eseguire sentenze relative ad atti dell’organo di autogoverno della magistratura ordinaria.

La dottrina che si è occupata del tema ha osservato che la costruzione prospettata dalle Sezioni Unite non convince per plurime ragioni.

Partendo proprio dall’*argumentum legis*, infatti, conviene osservare che le modifiche adottate con la legge di conversione confermerebbero, in chiave

sistematica, che, anche ove ad essere impugnato sia un provvedimento del CSM di assegnazione di incarichi direttivi o semidirettivi, il sindacato del g.a. debba estendersi ad ogni profilo di legittimità.⁴⁶⁸

Ma, probabilmente, appare ancora più decisiva un'altra ragione: le valutazioni del CSM nell'assegnazione degli incarichi apicali non sono apprezzamenti discrezionali.

Come abbiamo avuto modo di rilevare in precedenza, infatti, non ogni giudizio affidato ai pubblici poteri postula un'attività di scelta ascrivibile alla discrezionalità amministrativa (che è libertà di scelta finalizzata alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico).

È quindi il caso di sottolineare, seguendo i preziosi insegnamenti dell'autorevole dottrina prima citata, che la valutazione del merito dei magistrati per il conferimento di un incarico, è ben altra cosa rispetto alla discrezionalità, consistendo nell'identificazione del candidato che presenti le caratteristiche più appropriate per l'incarico da attribuire.⁴⁶⁹

Ad avviso delle Sezioni Unite, tuttavia, quanto più la legge riconosca alla pubblica amministrazione un margine di apprezzamento particolarmente ampio, tanto più il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle scelte dell'amministrazione deve mantenersi sul piano del sindacato estrinseco, evitando

⁴⁶⁸ Così A. TRAVI, *op. ult. cit.*, il quale osserva che in sede di conversione del decreto legge, fu stralciata proprio la previsione secondo cui il giudice amministrativo, rispetto agli incarichi direttivi e semidirettivi deliberati dal Csm, avrebbe dovuto considerare soltanto “*la legittimità formale e procedurale del provvedimento di nomina*”.

⁴⁶⁹ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, che continua affermando che “*Non vi è dunque nessuna libertà di scelta, né una tale libertà può essere «recuperata» per il fatto che a provvedere sia un organo a rilevanza costituzionale: indipendentemente dall'organo che provvede, il margine di apprezzamento che è riservato a una commissione nella valutazione di un candidato per un impiego pubblico o per le relative progressioni di carriera attiene essenzialmente alla meritevolezza del candidato*”. SI v. anche R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 5 ss..

di sostituire il suo giudizio a quello dell'amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell'ambito dell'opinabilità delle risultanze tecniche e della opportunità amministrativa.⁴⁷⁰

Siffatte conclusioni, alla luce di quanto si è avuto modo di esporre, appare poco conforme all'attuale evoluzione del sindacato del giudice amministrativo e finisce, comunque, per contestare l'interpretazione della legge che svolge il giudice in quanto, in ultima analisi, spetta a quest'ultimo valutare se i margini che la legge lascia all'amministrazione siano ampi o meno ampi.

8.5 *Il giudizio di ottemperanza*

Un'ulteriore tappa di questo breve cammino sull'invasione delle prerogative dell'amministrazione non può che essere il giudizio di ottemperanza.⁴⁷¹

Com'è noto si tratta del caso più frequente di giurisdizione estesa al merito, in cui il giudice amministrativo, oltre ad ordinare l'ottemperanza prescrivendone le relative modalità di attuazione, può dichiarare la nullità dei provvedimenti per violazione o elusione del giudicato.

Non è secondario rilevare, infatti, che contrastante con il giudicato non è solamente la mera inerzia della pubblica amministrazione – ossia il *non facere* –, bensì anche

⁴⁷⁰ Cfr. ancora Cass. Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787; Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242.

⁴⁷¹ Sul giudizio di ottemperanza v. E. CASSETTA, *Manuale*, cit.; M. CLARICH, *Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 523 ss.; A. DAIDONE e F. PATRONI GRIFFI, *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 2015; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 457 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F. G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., cit., 563 ss.; ID., *Ottemperanza* (giudizio di), in *Dig. dir. pubbl.*, 2017; A. TRAVI, *Giudizio di ottemperanza*, in www.treccani.it.

il *facere*, cioè il comportamento attivo che conduca ad un'ottemperanza parziale o inesatta ovvero, ancora, ad un aggiramento del giudicato a seguito di un'attività provvedimentale che riproduca, direttamente o indirettamente, la situazione di illegittimità già scrutinata in sede di cognizione.⁴⁷²

È un rimedio che, al fine di garantire robustamente l'effettività della tutela, una volta esperito, indubbiamente assottiglia i margini di intervento e di autonomia della pubblica amministrazione, alla quale, infatti, si impone di soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso e di non frustrarne le legittime aspettative con comportamenti elusivi.⁴⁷³

Nel caso di mancata o scorretta ottemperanza, infatti, al giudice amministrativo, a norma dell'art. 114, comma 4, c.p.a., spetta non soltanto la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo da adottare, ma perfino l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione o, come più spesso avviene, la nomina di un commissario *ad acta* che, sostituendosi ad essa, adotti le misure più idonee a garantire l'esecuzione della decisione ottemperanda.

Si tratta, in via di prima approssimazione, di un giudizio caratterizzato da un'indubbia "polisemicità", fisiologicamente destinato a conglobare azioni diverse ed eterogenee – alcune meramente esecutive, altre, invece, di chiara natura cognitoria – interconnesse vicendevolmente dalla necessità di eseguire una sentenza passata in giudicato, al fine di assicurare il diritto alla tutela giurisdizionale, consacrato nell'art. 24 Cost..⁴⁷⁴

⁴⁷² Cfr. Cons. St., Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6501.

⁴⁷³ Cons. St., Sez. III, 21 luglio 2014, n. 3884.

⁴⁷⁴ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro amm. CdS*, 2013, 7-8, 1845, con note di A. FALCHI DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»* e di N. SPADARO, *Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza*. Ad avviso dell'Adunanza Plenaria "il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113

Ciò chiarito, una prima problematica afferente il giudizio di ottemperanza concerne i limiti di tale giudizio e, in particolare, proprio il confine tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza.

A seguito di una nuova attività provvedimentale imposta dal *dictum iudicis*, in più occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che, ove si contesti la violazione o elusione del vincolo conformativo, allora le censure vanno necessariamente mosse nell'ambito del giudizio di ottemperanza; laddove, invece, si contestino i contenuti del provvedimento, quali espressione di nuove scelte discrezionali non riconducibili a puntuali statuizioni della pregressa sentenza, e quindi non soggette al vincolo conformativo, allora sarà necessario proporre un nuovo ricorso seguendo l'ordinario giudizio di cognizione.⁴⁷⁵

In questo contesto si è situata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, muovendo dalle considerazioni appena riportate, ha chiarito che, in caso di riedizione del potere, la preferenza è da accordare al giudizio di ottemperanza rispetto a quello di cognizione, sicché il ricorrente potrà proporre un'unica azione di ottemperanza per lamentare sia l'inottemperanza al giudicato sia autonomi vizi

cpa, deve essere attualmente considerato come il 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".

⁴⁷⁵ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2019, n. 7078; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1402; Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2730. In particolare, Cons. St., Sez. IV, 29 dicembre 2017, n. 6167, a mente della quale "nel caso di rinnovo della funzione amministrativa, in esito a un giudicato di annullamento di atti in precedenza emanati nell'esercizio della stessa funzione, la linea di demarcazione tra azione di ottemperanza e azione impugnatoria passa attraverso l'individuazione della natura dei vizi dedotti, operazione questa particolarmente delicata nei casi in cui la funzione amministrativa sia improntata a discrezionalità. Deve quindi ritenersi che, in caso di reiterazione, in esito a un giudicato di annullamento, di atti emanati nell'esercizio di una funzione connotata da discrezionalità, l'afflizione dell'attività da eventuali nuovi vizi dà luogo a violazione o a elusione del giudicato solo qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute; invece, qualora i vizi ineriscano esclusivamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all'autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configureranno vizi di legittimità affliggenti tale attività, denunciabili in via cognitoria-impugnatoria".

di legittimità; ove però, rigetti la domanda di nullità, dovrà disporre la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione.⁴⁷⁶

Certo, sovente non è agevole distinguere, dopo un giudicato di annullamento, se la successiva attività provvedimentale riproduca i medesimi vizi censurati in precedenza o si tratti di vizi nuovi che non costituiscono violazione o elusione del giudicato.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, per delimitare l'ambito riservato al giudice dell'ottemperanza e quello affidato al giudice della cognizione, ha precisato che costituisce principio consolidato quello per cui, al fine di differenziare le ipotesi in cui il controllo sui limiti della giurisdizione in sede di giudizio di ottemperanza è consentito da quello in cui risulta invece inammissibile, è determinante verificare se le contestazioni mosse con il ricorso concernano il "modo" in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato (attenendo cioè ai limiti interni della giurisdizione), oppure la "possibilità" stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza, ciò attenendo invece ai limiti esterni.⁴⁷⁷

Da tale orientamento si evince, quindi, che le attività di interpretazione del giudicato e dei suoi effetti conformativi, nonché quelle di accertamento del comportamento successivamente tenuto dall'amministrazione e di verifica della rispondenza di tale comportamento rispetto a quello che essa avrebbe dovuto tenere,

⁴⁷⁶ Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

⁴⁷⁷ Da ultimo, Cass. Sez. Un., 31 maggio 2019, n. 16047; Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2019, n. 1033; Cass., Sez. Un. 14, gennaio 2019, n. 617; Cass., Sez. Un., 3 agosto 2018, n. 20530.

rientrano a pieno titolo nelle prerogative del giudice amministrativo e, pertanto, non possono essere contestate in cassazione.⁴⁷⁸

Tale indirizzo è stato ulteriormente specificato con il chiarire che *“gli errori nei quali incorra il giudice amministrativo nel compimento delle indicate operazioni, e i vizi che inficiano la motivazione sugli stessi punti, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano confinati all'interno della giurisdizione medesima, e non integrano quell'eccesso di potere giurisdizionale che solo è sindacabile dalla Corte di cassazione”*.⁴⁷⁹

Per converso, invece, spetta alle Sezioni Unite verificare il superamento dei limiti esterni nel caso in cui il ricorrente ponga in discussione la possibilità stessa, in radice, per il giudice amministrativo, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza.

Da ciò ne consegue che si ha eccesso di potere giurisdizionale quando il giudice amministrativo ravvisi sussistenti i presupposti del giudizio di ottemperanza anche nelle eventualità in cui tali presupposti, di fatto, non ricorrano.⁴⁸⁰

8.5.1 Ottemperanza “ora per allora” ed esercizio di poteri preclusi alla stessa amministrazione

Un caso peculiarissimo in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riconosciuto la presenza di eccesso di potere del giudice amministrativo si è avuto proprio nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, in un caso in cui il giudice

⁴⁷⁸ Così Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2012, n. 736; Cass., Sez. U., 4 luglio 2016, n. 13575; Cass., Sez. Un., 26 aprile 2013, n. 10060; Cass., Sez. Un., 29 novembre 2013, n. 26775; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2009, n. 25344.

⁴⁷⁹ Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2017, n. 5058.

⁴⁸⁰ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2012, n. 736, in *Foro amm.* CdS, 2012, 546.

amministrativo – nell’ambito di una procedura concorsuale indetta dal CSM per il conferimento dell’incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di Cassazione – aveva disposto una nuova comparazione “ora per allora” nonostante nessuno dei candidati fosse ormai più in condizioni di ricoprire l’incarico conteso, in quanto tutti avevano cessato di appartenere all’ordine giudiziario per sopraggiunti limiti d’età.⁴⁸¹

Secondo le Sezioni Unite, il giudicato amministrativo che si forma su un atto con cui l’amministrazione abbia proceduto al conferimento di un incarico pubblico ha sicuramente l’effetto d’imporre a quest’ultima di provvedere al rinnovo della relativa procedura, ma solo se, e fino a quando, l’incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile.

Donde la conseguenza per cui, venuta meno tale *condicio facti*, cessano altresì tanto l’obbligo, quanto la possibilità stessa per l’amministrazione di provvedere in tal senso.

Per concludere, la Corte regolatrice, sottolinea che “*la possibilità di dar corso ad un procedimento concorsuale “ora per allora”, al solo ipotetico fine del riconoscimento di un determinato trattamento di quiescenza del candidato che risulti vincitore, sposta radicalmente l’asse tanto dell’azione amministrativa quanto della tutela giurisdizionale ad essa relativa, perché un procedimento siffatto non potrebbe evidentemente in alcun modo condurre all’effettivo conferimento*

⁴⁸¹ Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 136 ss., con nota di G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*; nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 718 ss., con nota di R. FINOCCHI GHERSI, *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 23302/2011.*

dell'incarico di cui in precedenza si era discusso e che aveva costituito la ragione prima dell'atto amministrativo annullato".

In altre parole, la Corte di Cassazione ha affermato che esorbita dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo che, seppur nel contesto della giurisdizione estesa al merito, si sostituisce all'amministrazione richiedendole lo svolgimento di un'attività procedimentale che le è preclusa, giacché non più utilmente ripetibile. Nel caso di specie, infatti, la ripetizione della procedura "ora per allora", avrebbe solamente avuto una finalità estranea a quella dell'ottenimento del bene della vita agognato con l'originario ricorso, essendo unicamente diretta a ottenere l'integrazione del trattamento pensionistico.

Tale approdo giurisprudenziale non pare totalmente persuasivo.

In primo luogo, è indubbio che *ad impossibilia nemo tenetur*, e che non si possa pretendere un'ottemperanza nei casi in cui, di fatto, questa non sia possibile: in tali situazioni, infatti, viene in soccorso l'art. 112, comma 3, c.p.a., che consente la c.d. ottemperanza per equivalente.⁴⁸²

Tuttavia, nel caso che ha interessato le Sezioni Unite, una procedura comparativa basata sui titoli ben sarebbe stata possibile nei fatti, indipendentemente dalla concreta possibilità per il vincitore di risultare assegnatario dell'incarico.

Per di più, se è pur vero che *factum infectum fieri nequit*, e ritenessimo che le sopravvenienze abbiano reso impossibile ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato, non vi sarebbe comunque alcuna invasione nella sfera riservata all'amministrazione, trattandosi semplicemente di un *error in iudicando* che porta

⁴⁸² Si permetta il rinvio a R. PAPPALARDO, *Il danno da impossibile esecuzione del giudicato alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017*, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Roma, 2018.

ad una pronuncia inesequibile da denunciare con un incidente di esecuzione interno al giudizio di ottemperanza, al fine di procedere a norma dell'art. 112, comma 3, c.p.a.⁴⁸³

Del resto, come la stessa Adunanza Plenaria ha recentemente comprovato, il giudicato amministrativo è a formazione progressiva, sicché la giurisdizione amministrativa contiene, dunque, rimedi interni per far fronte alle eventuali sopravvenienze.⁴⁸⁴

8.5.2 *L'ottemperanza ai giudicati del giudice ordinario*

A norma dell'art. 112, comma 2, lett. c), c.p.a., l'azione di ottemperanza può essere altresì proposta per conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, *“al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato”*.

Tale specifica finalità espressa dalla legge – prevista anche per le lett. d) ed e) –, non è contemplata, invece, per le lett. a) e b), ossia per l'ottemperanza delle pronunce del giudice amministrativo.

⁴⁸³ Così R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit., 55 s..

⁴⁸⁴ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III, 204, con nota di S. VACCARI. Sul giudicato a formazione progressiva si rinvia a L. CARBONARA, *Il giudicato a formazione progressiva e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 372 ss.; C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. it.*, 2016, 2719 ss.; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, 2014, 262 ss.; N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1169 ss.; S. VALAGUZZA, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 296 ss..

Ciò rende, inevitabilmente, più serrate le trame in cui si può articolare l'intervento del giudice amministrativo.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione tende infatti ad evidenziare che il giudice dell'ottemperanza è chiamato non solo ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla decisione passata in giudicato, (chiarendone il significato reale), ma anche - allorché emergano incertezze interpretative la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione - ad adottare una statuizione analoga a quella che egli potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione.⁴⁸⁵

Tuttavia, la medesima giurisprudenza precisa che siffatto potere integrativo incontra il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, ogni qualvolta la cognizione della questione controversa risulti devoluta ad altro giudice, allora soltanto questi può provvedere al riguardo.

Per la giurisprudenza delle Sezioni Unite, l'interpretazione del giudicato da eseguire – attività che è da considerarsi connaturata in ogni giudizio di esecuzione, e, quindi, nel giudizio di ottemperanza –, allorché riguardi un giudicato formatosi dinnanzi ad un giudice diverso rispetto a quello amministrativo, non può che svolgersi sulla base dei soli elementi interni al giudicato da ottemperare, e non su elementi esterni, la cui valutazione rientra in ogni caso nella giurisdizione propria del giudice che ha emesso la sentenza.⁴⁸⁶

Da ciò ne consegue che il “potere integrativo” del giudice amministrativo, accordato nel caso in cui si richieda l'ottemperanza ad un giudicato del g.a., non

⁴⁸⁵ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2011, n. 27277; Cass., Sez. Un., 20 novembre 2003, n. 17633; Cass., Sez. Un., 19 luglio 2006, n. 16469.

⁴⁸⁶ Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812; Cass., Sez. Un., 14 dicembre 2016, n. 25625; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2017, n. 4092.

sarebbe altrettanto consentito qualora la cognizione della questione controversa risulti devoluta ad altro giudice

In quest'ultimo caso, infatti, il giudice amministrativo incontrerebbe il limite esterno della sua giurisdizione.

Pertanto, ove il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza di una sentenza definitiva del giudice ordinario effettui un sindacato integrativo, individuando così un diverso contenuto precettivo del giudicato, ciò si tradurrebbe inevitabilmente in un eccesso di potere giurisdizionale sindacabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost..

Tale orientamento ha suscitato alcune perplessità in parte della dottrina che, pur condividendone gli esiti, si interroga se così opinando non si crei un giudizio di ottemperanza “di serie B” rispetto ai giudicati del giudice ordinario.⁴⁸⁷

9 *Gli atti non giustiziabili: l'atto politico*

L'art. 7, comma 1, ult. periodo, c.p.a. statuisce espressamente che non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Si tratta dei c.d. atti politici, ossia quegli atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 53.

⁴⁸⁸ Fondamentali gli studi di P. BARILE, *Atto politico (e atto di governo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 101 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 256 ss.; O. RANELETTI e A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, 1511 ss.; A. M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, 2, 521 ss..

Questi, a differenza degli atti amministrativi, essendo espressione della funzione di indirizzo politico riconosciutagli dalla Costituzione, sono liberi nei fini.⁴⁸⁹

Essi, come accennato, sono anche insindacabili da parte del giudice amministrativo soprattutto a causa della mancanza di parametri giuridici alla stregua dei quali condurre l'analisi.⁴⁹⁰

Venendo al tema della nostra trattazione, alla luce dell'insindacabilità che lo connota, è opportuno domandarsi se commetta eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al potere esecutivo il giudice amministrativo che annulli – o, comunque, scrutini la legittimità di – un atto politico del Governo.

All'interrogativo dovrebbe poter darsi una risposta positiva data l'assenza di *potestas iudicandi* del giudice.⁴⁹¹

Tuttavia deve specificarsi che, specie negli ultimi anni, la giurisprudenza, sia della Cassazione sia amministrativa, tende a confinare in margini strettissimi l'area della immunità giurisdizionale che deriverebbe dall'atto politico.

Come recentemente affermato dalle Sezioni Unite, infatti, la natura politica è da escludere *“allorquando l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema*

⁴⁸⁹ Cfr. F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 2012, 4; F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove autonomie*, 2015, 1, 81 ss.; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 2014, 1; L. CARLASSARE, *L'atto politico fra «qualificazione» e «scelta»: i parametri costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2, 554 e ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss..

⁴⁹⁰ Così Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, che afferma altresì *“Sotto un profilo processuale, inoltre, risulta evidente come un problema di tutela del cittadino, in linea di massima, non si ponga in quanto l'atto politico ben difficilmente si presenta immediatamente lesivo di un interesse individuale. Il potere politico si esprime, infatti, attraverso direttive a carattere generale che non incidono immediatamente sulle posizioni giuridiche dei destinatari, i quali pertanto non risultano titolari di un interesse ad agire in sede giurisdizionale”*.

⁴⁹¹ *Contra* G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 116, secondo cui *“rimane la giurisdizione amministrativa quanto all'identificazione dell'atto politico e la valutazione del giudice amministrativo nel riconoscere o disconoscere un atto politico non può configurarsi rispettivamente come diniego di giustizia o eccesso di potere giurisdizionale”*.

normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità".⁴⁹²

Da ultimo, esemplificativa è stata la sentenza delle Sezioni Unite che ha considerato atto di alta amministrazione, e non atto politico, la decisione della conferenza di servizi adottata in seno al Consiglio dei Ministri.⁴⁹³

Siffatto orientamento segue quello del Giudice delle leggi, il quale ha chiaramente stabilito che *“gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”*.⁴⁹⁴

In più, nella pronuncia testé menzionata, la Corte Costituzionale rende edotte le parti che la questione della sindacabilità da parte del giudice amministrativo di un atto politico non avrebbe dovuto essere oggetto di un giudizio costituzionale, posto che il rimedio predisposto dall'ordinamento sarebbe stata l'impugnazione in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.*

⁴⁹² Cass., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10416, in *Foro it.*, 2015, I, 2499.

⁴⁹³ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18829.

⁴⁹⁴ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81, in *Foro it.*, 2012, I, 1285.

10 I provvedimenti “abnormi” e gli altri aspetti problematici

Negli ultimi anni, parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite, come si è avuto modo di evidenziare, ha elaborato una nozione c.d. dinamica o evolutiva di “giurisdizione”, considerando censurabili non soltanto le sentenze del giudice amministrativo che denegassero la tutela o che eccedessero dai presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, bensì anche quelle che si ponessero in diretta violazione della legge (sostanziale o processuale) in asserita conseguenza di un'interpretazione “abnorme o anomala” frutto di uno “stravolgimento” delle norme di riferimento tale da ridondare in manifesta denegata giustizia.⁴⁹⁵

Questo orientamento, ha subito un deciso arresto dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018, la quale, escludendo che siano motivi inerenti alla giurisdizione le abnormità o i radicali stravolgimenti delle norme, afferma nettamente che *“attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive”*.

L'orientamento del Giudice delle leggi sembra essere stato recepito dalla successiva giurisprudenza della Suprema Corte.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Si ricordi Cass., Sez. Un., 14 settembre 2012, n. 15428, secondo cui *“Con riferimento alle regole del processo amministrativo l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia (essendo peraltro il diritto ad un ricorso "effettivo" - e tale è anche il ricorso al giudice amministrativo - sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo)”*.

Si vedano anche Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass., Sez. Un., 20 maggio 2016, n. 10501; Cass., Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11380; Cass., Sez. Un., 11 maggio 2017, n. 11520; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24468.

⁴⁹⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2019, n. 29085, secondo cui resta *“esclusa la soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione, pure in riferimento ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle norme di riferimento, in quanto la*

Ciò chiarito, pur senza dimenticare le chiare conclusioni a cui è pervenuto il Giudice delle leggi, una breve riflessione meritano alcune ipotesi, per lo più non prese in considerazione dalla giurisprudenza (neppure costituzionale), e che tuttavia potrebbero apparire motivi di giurisdizione.

10.1 Lo sviamento di potere giurisdizionale

Diversi dalle ipotesi di invasione della sfera riservata al potere esecutivo o legislativo sono i casi in cui il giudice amministrativo abbia adottato provvedimenti che, seppur astrattamente ammessi, risultano assolutamente eccentrici nel caso concreto perché adottati per finalità non consentite.

In queste circostanze – specularmente a quanto avviene nel procedimento amministrativo con lo sviamento di potere – vi è una comprovata divergenza tra l'atto e la sua funzione tipica, poiché il potere viene esercitato per finalità diverse da quelle indicate dal legislatore ovvero l'atto sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico.⁴⁹⁷

distinzione, contenuta nella Carta fondamentale fra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in iure ed in facto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia. A tale regola, prosegue il giudice delle leggi, non fa eccezione l'ipotesi della violazione di norme dell'Unione o della CEDU, proprio perché in tal modo verrebbe ad esser ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) affatto estraneo all'istituto in questione, senza dire che attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio risulta, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive”.

⁴⁹⁷ Sullo sviamento di potere come vizio del provvedimento amministrativo, in giurisprudenza, si v. *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3401; Cons. St., Sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 17 marzo 2017, n. 276; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 02 agosto 2016, n. 1102; Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1776.

Per un'analisi in dottrina si rinvia a O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere, Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.; E. CARDI e S. COGNETTI voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, II, 627 ss.; F. MODUGNO, *Eccesso di potere, cit.*; F. ROVELLI, *Lo*

Anche tali eventualità, seppur ancora non affrontate espressamente dalla giurisprudenza, devono ritenersi motivi inerenti alla giurisdizione sindacabili dalla Suprema Corte.

Con riferimento all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il termine "sviamento di potere giurisdizionale" non è totalmente ignoto alla giurisprudenza della Suprema Corte che, seppur senza approfondirne l'autonomo significato, lo accosta a quello di eccesso di potere giurisdizionale.⁴⁹⁸

Se ne parla altresì con riferimento alle sentenze dei giudici speciali, ad esempio in caso di impugnazione delle decisioni del Consiglio Nazionale forense in materia disciplinare allorché sia stato fatto un uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito.⁴⁹⁹

È invece più comune nella giurisprudenza penale della Corte di Cassazione, la quale identifica siffatto vizio non tanto quale vizio dell'atto, in aggiunta a quelli tassativamente stabiliti dall'art. 606, comma 1, c.p.p., quanto come esercizio di un potere in difformità dal modello descritto dalla legge. Nel giudizio penale, lo sviamento di potere del giudice viene, dunque, ricondotto ai casi, frutto

sviamento di potere, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli. Vita e pensiero*, Milano, 1938, 447 ss.; A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 609 ss.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 469 ss..

⁴⁹⁸ V. Cass., Sez. Un., 9 giugno 2006, n. 13433 e Cass., Sez. Un., 2 agosto 2016, n. 16068.

⁴⁹⁹ *Ex multis*, Cass., Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8038; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2016, n. 24647; Cass., Sez. Un., 20 settembre 2016, n. 18395; Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2637.

dell'elaborazione dottrina⁵⁰⁰ e giurisprudenziale, di abnormità del provvedimento.⁵⁰¹

Partendo da tali premesse, e cercando di ricondurre l'analisi ai motivi inerenti alla giurisdizione del giudice amministrativo, con un ulteriore sforzo definitorio è possibile concludere nel senso che le ipotesi di sviamento di potere sono caratterizzate, in definitiva, dal fatto che l'attività di *dicere ius* è piegata ad obiettivi che, nell'ottica di rendere giustizia, in realtà alterano il potere giurisdizionale per come esso è delineato nel nostro ordinamento.

Questi casi devono, verosimilmente, ritenersi di scuola, ma, ciò chiaramente non esime il giurista dall'indicare i rimedi che il nostro ordinamento appronta nell'eventualità in cui essi si verificano.

In realtà – solo a fini esemplificativi – un caso di sentenza del Consiglio di Stato affetta da sviamento di potere giurisdizionale, limitando l'analisi all'ultimo periodo, lo si è trovato.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Tra i vari contributi della dottrina processualpenalistica si v. A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2011; R. CANTONE, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996; A. CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 68 ss.; F. GIUNCHEDI, *L'atto «abnorme» nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, 1909; C. IASEVOLI, voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004; F. MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984; D. ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 245 ss..

⁵⁰¹ Cass. pen. Sez. Un., 26 marzo 2009, n. 2597, secondo cui “L'abnormità, quindi, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra - sempre e comunque - uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. Tanto che si tratti di un atto strutturalmente "eccentrico" rispetto a quelli positivamente disciplinati, quanto che si versi in una ipotesi di atto normativamente previsto e disciplinato, ma "utilizzato" al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale, ciò che segnala la relativa abnormità è proprio l'esistenza o meno del "potere" di adottarlo. In questa prospettiva, dunque, abnormità strutturale e funzionale si saldano all'interno di un "fenomeno" unitario”. In senso analogo, da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 15 ottobre 2019, n. 45915; Cass. pen., Sez. I, 12 settembre 2019, n. 39618; Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2019, n. 31266; Cass. pen., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 29569.

⁵⁰² Si tratta di Cons. St., 16 aprile 2018, n. 2268. Per un commento alla sentenza, peraltro da parte dal Presidente del Collegio che l'ha emessa, si v. L. MARUOTTI, *Riflessioni sui poteri conformativi del giudice amministrativo, esercitabili quando la sentenza respinga il ricorso, dopo l'emanazione di pronunce cautelari propulsive o di 'ammissione con riserva'*, in F. FRANCARIO e M. A. SANDULLI,

La controversia oggetto del giudizio era peculiarissima, sicché si necessita di una breve ricostruzione del fatto.

Il TAR, dapprima in via cautelare e poi con sentenza, aveva consentito ad un soggetto, non utilmente classificatosi nella graduatoria per l'accesso alla facoltà di Medicina e Chirurgia, di immatricolarsi.

Il candidato, infatti, era insorto in giudizio dopo aver visto respinta la sua domanda di fruire di uno dei posti, rimasti vacanti, riservati ai cittadini extracomunitari.

L'amministrazione impugnava la sentenza dinnanzi al Consiglio di Stato, chiedendo anche la sospensione della stessa, salvo poi rinunciare alla domanda cautelare.

All'esito del giudizio di appello, il Consiglio di Stato, con una pronuncia sorprendente, accoglie l'appello dell'amministrazione (e quindi, per l'effetto, rigetta il ricorso di primo grado dello studente), ma, per ragioni evidentemente equitative, considera intangibile l'ormai disposta ammissione al corso universitario, giacché oramai l'appellato frequentava il sesto anno ed era prossimo alla laurea.

In altre parole, con una trovata tipicamente ioneschiana, in quel giudizio, colui che ha vinto in realtà ha perso, e colui che ha perso in realtà ha vinto!

A chi scrive sono evidenti e macroscopiche tanto le singolarità del caso (dovute soprattutto all'assenza di controinteressati), quanto le esigenze di giustizia sostanziale; tuttavia non può in questa sede sottacersi come il provvedimento del Consiglio di Stato (in cui le premesse hanno contraddetto le conclusioni) abbia sviato dal potere attribuito all'organo, essendogli preclusi i giudizi equitativi in cui

Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Napoli, 2018, 423 ss..

si disattende la *regula iuris* in favore della *regula aequitatis*, al fine di adeguare la realtà giuridica ad uno schema ideale di giustizia.

Il Consiglio di Stato, peraltro, non ha adottato i consolidati schemi dell'interpretazione costituzionalmente conforme, dell'applicazione diretta dei principi costituzionali, etc., ma – seppur cercando di ammantare di “giuridicità” la propria decisione forzando argomenti di diritto positivo – ha dichiaratamente accolto l'appello dell'amministrazione solamente nell'interesse della legge, ossia per affermare un principio di diritto *pro futuro*, senza che ciò le comportasse un'utilità nel caso concreto.

L'amministrazione, seppur parte pubblica, è una parte del giudizio quanto la parte privata, sicché non può che risultare abnorme il provvedimento che vanifica la tutela costituzionale della sua posizione soggettiva all'esito di un giudizio in cui essa stessa risulta vittoriosa.

La sentenza in commento non ha la pretesa di rivoluzionare l'attuale sistema e, pertanto, le conclusioni espresse devono considerarsi verosimilmente *hapax legomena*. Tuttavia è stata utile ai nostri fini per dimostrare che, nei fatti, è ben possibile che vi siano sentenze in cui il giudice amministrativo commetta uno “sviamento” dalla sua funzione giurisdizionale (seppur, nel caso enunciato, con nobili intenti).

10.2 Motivazione assente o apparente

In passato, la Cassazione, in alcune sue pronunce, considerava una forma di eccesso di potere giurisdizionale il vizio di mancata motivazione.⁵⁰³

La necessità di una motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è sempre stata avvertita, sin dal diritto romano,⁵⁰⁴ e la nostra Costituzione, recependo tale esigenza all'art. 111, comma 6, statuisce conseguentemente che *“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”*.

Le giustificazioni filosofiche e giuridiche a tale norma sono tante, ma impareggiabili rimangono le parole di un Grandissimo: *“Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta: e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione”*.⁵⁰⁵

Con riferimento al processo amministrativo, l'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., statuisce che la sentenza deve contenere la *“concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi”*.

⁵⁰³ Cass., Sez. Un., 9 luglio 1947, n. 1093, con riferimento all'Alta Corte di Giustizia.

⁵⁰⁴ Cfr. M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Ginevra, 1999.

⁵⁰⁵ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 96.

La motivazione, dunque, è il presupposto, il baricentro, il fulcro, il fondamento della funzione giurisdizionale, e da essa non può prescindere.⁵⁰⁶

Di tale avviso sembra anche essere l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che in alcune recenti pronunce ha chiaramente sostenuto che la motivazione, è un elemento indefettibile della sentenza che consente di rinvenire un concreto esercizio della *potestas iudicandi*.⁵⁰⁷

Dato che la stessa Adunanza Plenaria sembra sostenere che la motivazione si correla necessariamente al potere giurisdizionale del giudice, bisogna chiedersi allora se una sentenza non motivata (o con una motivazione apparente) non sia espressione del potere giurisdizionale del giudice amministrativo e, pertanto, sindacabile dalla Suprema Corte per motivi inerenti alla giurisdizione.

La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria appena accennata è oltremodo rilevante ai nostri fini.

La Plenaria, innanzitutto, tende a chiarire che il *difetto assoluto di motivazione* non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica.

Si tratta, viceversa, di un vizio di ben più elevata gravità “*che dà luogo ad una sentenza abnorme ancor prima che nulla*”.

⁵⁰⁶ Si riprende, *mutatis mutandis*, la celebre definizione data da Corte Cost., 26 maggio 2015, n. 92 con riferimento alla motivazione del provvedimento amministrativo: “*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*”.

⁵⁰⁷ Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 11, a mente della quale “*Il difetto assoluto di motivazione integra allora un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. d) e 105, comma 1, Cod. proc. amm.. Anche alla luce del principio processuale di cui all'art. 156, comma 2, Cod. proc. civ. la motivazione rappresenta un requisito formale (oltre che sostanziale) indispensabile affinché la sentenza raggiunta il suo scopo*”. In senso conforme anche la successiva Cons. St., Ad. Plen., 28 settembre 2018, n. 15.

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, si ha difetto assoluto di motivazione – oltre che nelle ipotesi estreme di assenza “fisica” o “grafica” della motivazione (ad esempio, la sentenza viene pubblicata con la sola epigrafe e il dispositivo, lasciando in bianco la parte dedicata all'illustrazione delle ragioni della decisione), o di motivazione manifestamente non inerente alla domanda proposta (perché facente riferimento a parti, fatti e motivi totalmente diversi da quelli dedotti negli scritti difensivi) – ogni qualvolta la motivazione sia apparente, ossia tautologica o assertiva, espressa attraverso mere formule di stile.

In definitiva, *“la motivazione è apparente quando sussistono anomalie argomentative di gravità tale da porre la motivazione al di sotto del “minimo costituzionale” che si ricava dall'art. 111, comma 6, Cost.”.*

La Plenaria conclude affermando che *“la motivazione apparente non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d'imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza “congetturale” è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale - o, se si preferisce e all'estremo opposto, un atto di puro arbitrio - e, quindi, un atto di abdicazione alla potestas iudicandi”.*

In sintesi, in base a tale condivisibile orientamento, il giudice che non motiva la sentenza, non soltanto si pone in diretta violazione del dettato costituzionale, ma sembra sottrarsi alla sua stessa funzione giurisdizionale.

Prima facie parrebbe rientrare a pieno titolo tra le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, tuttavia, come si è avuto modo di evidenziare nel corso del lavoro, non tutte le ipotesi di nullità della sentenza si traducono in motivi di giurisdizione.

Peraltro, per quel che qui ci riguarda, la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel caso in cui si proponga ricorso avverso le sentenze del giudice ordinario, è costante nel dire che l'omessa motivazione della sentenza è un *error in procedendo* censurabile ex art. 360, n. 4, c.p.c. (i.e., “*per nullità della sentenza*”) per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c..⁵⁰⁸

10.3 Omessa pronuncia

Diverso è il caso dell'omessa pronuncia, per tale intendendosi l'assenza di una statuizione in ordine ad una domanda o eccezione avanzata dalle parti, in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.).

Per consolidata giurisprudenza, inoltre, affinché si configuri l'omessa pronuncia è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento o la statuizione che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto; non essendo invece tale il rigetto implicito di una domanda evincibile dalla costruzione logico-giuridica della sentenza con la quale venga accolta una tesi incompatibile con tale domanda.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Si v., in particolare, Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, secondo cui con la riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5), ad opera del d.l. n. 83 del 2012, è scomparso ogni riferimento letterale alla "motivazione" della sentenza impugnata e, accanto al vizio di omissione, non sono più menzionati i vizi di insufficienza e contraddittorietà. La *ratio legis* evincibile dai lavori parlamentari è stata quella evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali. Sicché “*a seguito della riforma del 2012 scompare il controllo sulla motivazione con riferimento al parametro della sufficienza, ma resta il controllo sull'esistenza (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla coerenza (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà e dell'illogicità manifesta) della motivazione, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza impugnata*”. Conformi, da ultimo, Cass., Sez. lav., 25 ottobre 2018, n. 27112; Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4294; Cass., Sez. III, 12 ottobre 2017, n. 23940; Cass., Sez. III, 23 marzo 2017, n. 7402.

⁵⁰⁹ Cfr., Cass., Sez. II, 14 febbraio 2018, n. 3577; Cass., Sez. II, 4 ottobre 2011, n. 20311; Cass., 29 aprile 2006, n. 10052.

Per di più, seguendo gli insegnamenti della giurisdizione di legittimità, il vizio di omessa pronuncia non è configurabile su questioni processuali, ma solamente nel caso di mancato esame di questioni di merito.⁵¹⁰

Si tratta di un'ipotesi diversa rispetto a quella della motivazione mancante, giacché in quest'ultimo caso ciò che viene omessa non è la pronuncia in sé su un capo o un'eccezione, ma solo la giustificazione logico-giuridica che ha portato ad essa.

Occorre chiedersi allora se il vizio di omessa pronuncia costituisca un motivo di giurisdizione.

Sotto la vigenza del codice di procedura del 1865, l'omessa pronuncia costituiva un'ipotesi di ricorso per cassazione paragonato all'eccesso di potere giurisdizionale.⁵¹¹

Con il nuovo codice, invece, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina di gran lunga prevalente hanno escluso che l'omessa pronuncia del giudice amministrativo configuri motivo di giurisdizione denunciabile in cassazione, salvo che questa non si traduca in una declinatoria di giurisdizione

Guardando agli ultimi anni, infatti, l'orientamento maggioritario è nel senso che *“il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, con il quale si deduce l'omessa pronuncia su una domanda, può integrare motivo inerente alla giurisdizione, denunciabile ai sensi dell'art. 362 c.p.c., solo se l'omissione è giustificata dalla ritenuta estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali del giudice*

⁵¹⁰ Cass., Sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24940; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 25154.

⁵¹¹ Cfr., A. FUSILLO, *Omessa pronuncia e motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 4, 1324 s., e la bibliografia ivi riportata.

*amministrativo, non quando si prospetti come errore in giudicando o in procedendo”.*⁵¹²

In altre parole l’omessa pronuncia è denunciabile in cassazione, dando vita ad un motivo inerente alla giurisdizione, solo ove assuma i connotati, nella sostanza, del diniego di giurisdizione.

Più deciso sembra essere, peraltro, un altro orientamento delle Sezioni Unite, per cui l’omessa pronuncia non configura (mai) una questione di giurisdizione, con la conseguenza che i rimedi esperibili in presenza di tale vizio dovrebbero esaurirsi all’interno del processo amministrativo.⁵¹³

10.4 Sentenza di ottemperanza contrastante con il giudicato

Del rapporto tra giudizio di ottemperanza e limiti alla giurisdizione del giudice amministrativo si è già diffusamente parlato in precedenza (*v. supra*).

Rimane parzialmente scoperta, però, una problematica, anch’essa residuale, su quali siano i rimedi azionabili in caso di pronuncia emessa in sede di ottemperanza ma contrastante con il giudicato.⁵¹⁴

⁵¹² Cass. Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31229. Conformi Cass., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23395; Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853.

⁵¹³ Così Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in cui si legge “È quasi superfluo ricordare che eventuali vizi di omessa pronuncia integrerebbero errore in procedendo, e non certo violazioni di norme in tema di giurisdizione”. Conformi Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2017, n. 3561;

⁵¹⁴ Sul rapporto tra giudicato e ottemperanza, oltre alla bibliografia a suo tempo riportata, qui si rinvia più specificamente a F. BENVENUTI, voce *Giudicato (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 893 ss.; C. CALABRÒ, *L’ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza*, *Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, 1983, 159 ss.; F. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1025 ss.; F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell’accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 534 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 226 ss.; A. M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell’obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull’adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, adesso in *Scritti*

Come si è già brevemente esposto, l'Adunanza Plenaria ha recentemente ricordato che il giudicato amministrativo è connotato da “*dinamicità e relativa flessibilità*” che, nel continuo dialogo che esso instaura con il successivo riesercizio del potere, consente al giudice dell'ottemperanza “*non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni “integrative”, ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale*”.⁵¹⁵

La metamorfosi del giudice amministrativo da giudice dell'atto a giudice del rapporto ha avuto anche indubbi riflessi sul giudicato amministrativo che, di regola, è orientato al futuro (ossia al riesercizio del potere), prestandosi ad una certa elasticità, specie in presenza di sopravvenienze, tanto da consentire al giudice amministrativo di integrare la regola enunciata dal giudice della cognizione.

Non è utile adesso ripetere ciò che si è già detto nel paragrafo dedicato né, chiaramente, per approfondire ulteriormente il dibattito sui poteri del giudice dell'ottemperanza.

Su un dato, però, si può facilmente convenire: ciò che è *ab imis* escluso al g.a. è, chiaramente, lo stravolgimento del giudicato con l'emanazione di pronunce totalmente incompatibili con il *decisum* da ottemperare.

giuridici, V, Napoli, 1990, 439 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 369 ss..

⁵¹⁵ Cons. St., Ad. Plen. 9 giugno 2016, n. 11. Critica su questo passaggio, S. VALAGUZZA, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, *cit.*, 327, secondo la quale “*quello che si verifica in sede di ottemperanza non è tanto un'integrazione del vincolo che deriva dalla decisione portata ad esecuzione, quanto piuttosto una mera interpretazione, nuovamente giurisdizionale (dunque esterna rispetto al giudicato), del decisum, per la parte che non riguarda propriamente il dispositivo di annullamento (che siccome accoglie o respinge il ricorso, è, in quanto tale, inequivocabile), ma la motivazione della sentenza, al fine di dedurne gli effetti che la pronuncia comporta sulla successiva (ed eventuale) azione dell'amministrazione in fase di riedizione del potere*”.

Si pensi al caso in cui il ricorrente, in sede di cognizione, abbia ottenuto il riconoscimento della spettanza del bene della vita agognato, salvo poi vederselo negato nel giudizio di ottemperanza, in assenza di sopravvenienze che impongano un esito siffatto.

Come opportunamente rilevato dalla dottrina che si è occupata specificamente del tema, una sentenza del genere non può che considerarsi viziata.⁵¹⁶

Il giudice dell'ottemperanza, infatti, in tali ipotesi, riconsiderando gli accertamenti già posti in essere nel giudizio di cognizione e disattendendoli, travalica indebitamente gli argini della propria attività giurisdizionale, esercitandola con modalità e finalità abnormi.

Resta però da comprendere di quale armamentario disponga la parte pregiudicata.

Ad avviso dell'autorevole dottrina prima menzionata, il giudice dell'ottemperanza che viola il dispositivo della sentenza da ottemperare commette un *error in procedendo* (e non un *error in iudicando*) posto che si tratta di decisione che contravviene alla prima regola procedurale, ossia la sussistenza della *potestas iudicandi*.⁵¹⁷

Ai nostri fini la qualificazione – se *error in procedendo* o *in iudicando* – non appare decisiva in quanto le conclusioni sull'impugnabilità in cassazione della sentenza viziata rimarrebbero immutate posto che, come si è avuto modo di evidenziare, tali tipologie di errori non rappresentano motivi inerenti alla giurisdizione.

⁵¹⁶ C. DEODATO, *I possibili rimedi avverso la sentenza di ottemperanza contrastante con il giudicato*, in F. FRANCARIO e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 401 ss..

⁵¹⁷ C. DEODATO, *op. ult. cit.*, secondo cui “È vero che, in questa ipotesi, siamo al di fuori dell'inosservanza di regole procedurali in senso stretto, nella quale si concreta, di norma, il vizio di *error in procedendo*, ma è anche vero che la carenza della potestà cognitiva, da cui risulta affetta la fattispecie decisoria in esame, non può che ascrivarsi (logicamente) alla categoria concettuale della nullità per violazione di norme processuali, più che all'ingiustizia, per l'errata interpretazione e applicazione di norme sostanziali”.

Ciò che invece sembra risolutivo è comprendere se le eventualità descritte costituiscano ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale (o, anche, di diniego di giurisdizione).

Alla luce di quanto si è avuto modo di evidenziare nella presente trattazione, non sembra che la sentenza di ottemperanza che contraddica il giudicato sia un'ipotesi di diniego di giurisdizione: in questi casi, infatti, il giudice amministrativo non ritiene che le istanze del ricorrente non possano trovare, in astratto, una tutela giurisdizionale.

Non sembra neppure che si verta nelle ipotesi descritte di eccesso di potere giurisdizionale per invasione delle prerogative degli altri poteri dello Stato.

Si potrebbe, al più, trattare di radicale stravolgimento delle norme di rito che, tuttavia, dopo l'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale, è sempre più difficile considerare motivo inerente alla giurisdizione.

Sicché deve ragionevolmente ritenersi che, seppur tutti gli errori siano odiosi, più che mai quelli delle Corti Supreme nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, sempre di errori si tratta (e non di questioni relative alla giurisdizione).⁵¹⁸

10.5 Omesso rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

A norma dell'art. 19, n. 1, TUE, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati.

⁵¹⁸ Per le acute riflessioni sugli eventuali ulteriori rimedi esperibili, come la revocazione, si rimanda a C. DEODATO, *op. ult. cit.*.

È ormai fin troppo noto, infatti, che, a mente dell'art. 267 TFUE, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sia sull'interpretazione dei Trattati sia sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.⁵¹⁹

Pertanto, allorché una questione interpretativa venga sollevata dinanzi ad un giudice di uno degli Stati membri, allora quest'ultimo può (e, quando è giudice di ultima istanza, deve), domandare alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sulla questione.

La funzione del rinvio pregiudiziale di interpretazione è facile da comprendere, giacché, incentivando il “dialogo” tra giudici nazionali e Corte di Giustizia, ha il precipuo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri e di evitare, dunque, che le diverse tradizioni storico-culturali nonché i canoni ermeneutici eterogenei presenti nei diversi Paesi possano rendere ineffettivo il processo di costruzione e realizzazione dell'Unione.⁵²⁰

⁵¹⁹ Sul rinvio pregiudiziale, senza pretese di esaustività, si rinvia a R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, II ed., Torino, 2017, 321 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012, *passim*; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Milano, 2018, 392 ss.; D. P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV, 484. Con più specifico riferimento al giudizio amministrativo, v. M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 745 ss.; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Ius publicum*, 2015, 2; D. U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2, 431 ss.; M. GNES, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 2, 331 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 135 ss..

⁵²⁰ Sul rinvio pregiudiziale come mezzo per garantire l'integrazione europea si v. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976.

Essa ha, però, anche (e soprattutto) la funzione di verificare la legittimità della normativa nazionale rispetto a quella europea e, dunque, è uno strumento per l'affermazione del c.d. primato del diritto europeo.⁵²¹

Non è secondario rilevare, peraltro, che la mancata osservanza da parte del giudice di ultima istanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale dà luogo a responsabilità risarcitoria dello Stato membro.⁵²²

Solo in alcuni casi, espressamente individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché, adesso, dall'art. 99 reg. proc. Corte Giust., il giudice è sollevato dall'obbligo di rinvio pregiudiziale: (i) nel caso in cui la questione non sia pertinente, la cui risoluzione, cioè, non può influire in alcun modo sull'esito della lite; (ii) nel caso di *acte éclairé*, ossia quando la Corte di Giustizia si sia già pronunciata in precedenza su un'identica questione (CGUE sentenza 27 marzo 1963, cause riunite da C-28/62 a C-30/62, *Da Costa*); (iii) ove, in ossequio alla teoria dell'*acte clair*, la corretta applicazione del diritto comunitario sia talmente palese da non ingenerare alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla *quaestio iuris* (CGUE sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*).

Bisogna adesso interrogarsi se l'omesso rinvio alla Corte di Giustizia da parte del giudice amministrativo configuri una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

⁵²¹ Cfr. Corte Giust. UE, 3 ottobre 1985, causa C-249/84, *Profant*.

⁵²² Cfr. Corte Giust. UE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; nonché Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4. In dottrina, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a R. CONTI, *Dove va la responsabilità dello stato-giudice dopo la corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 185 ss.; ID., *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2004, 30 ss.; ID., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, 1515 ss.; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012; V. SCIARRINO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012; G. STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 881 ss..

Pur non trattandosi di una vera e propria abnormità, nel senso che ha caratterizzato i casi esposti nei paragrafi precedenti, in tali casi si ha comunque una violazione delle norme europee particolarmente grave, potendo essa comportare la responsabilità dello Stato italiano.

L'orientamento di segno positivo (anch'esso da considerarsi smentito da Corte Cost. n. 6/2018), ritiene che la scelta se investire o meno la Corte di Giustizia sull'interpretazione della norma europea non sia un affare interno alla giurisdizione amministrativa e il sorgere della responsabilità dello Stato sarebbe un chiaro "*segno di una indebita invasione anche della sfera delle attribuzioni del legislatore eurounitario, oltre che dello Stato che verrebbe a subire gli effetti di obbligazioni risarcitorie che l'ordinamento interno potrebbe e dovrebbe evitare*".⁵²³

Tale orientamento, portato alle sue logiche conseguenze, renderebbe le Sezioni Unite "giudice di ultima istanza", sottraendo inevitabilmente al Consiglio di Stato l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo (consentendo così ai giudici amministrativi una significativa riduzione dei premi assicurativi!)⁵²⁴.

In realtà ha prevalso, già da tempo, la tesi che nega che l'omesso rinvio pregiudiziale configuri un motivo inerente alla giurisdizione sindacabile dalla Suprema Corte.

⁵²³ Così A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 16 s., che continua sostenendo che "Il sindacato della Cassazione sulle sentenze amministrative che neghino il rinvio alla Corte giust. UE. dovrebbe spingersi al fondo della questione, senza limitarsi a certificare l'esistenza di una motivazione purchessia a sostegno del diniego". In senso affermativo anche E. CALZOLAIO, *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2017, I, 584, secondo cui "la violazione dell'obbligo di rinvio arreca un grave vulnus all'effettività del diritto dell'Unione e, come tale, va affrontata utilizzando ogni mezzo che il diritto interno pone a disposizione del giudice, come, appunto, l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione".

⁵²⁴ Così, in evidente tono scherzoso, F. PATRONI GRIFFI, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione*, cit., 9.

In primo luogo si afferma che il diritto europeo non è un diritto diverso dal diritto nazionale; lo è certamente nel rapporto tra fonti, ma non sotto il profilo dei meccanismi di impugnazione in caso di sua violazione: questi sono gli stessi previsti in caso di violazione del diritto nazionale.⁵²⁵

Detta in altri termini, la primazia del diritto dell'Unione Europea non è idonea a sovvertire gli assetti procedimentali degli ordinamenti nazionali.

In secondo luogo il rinvio pregiudiziale, derivando da un'incertezza interpretativa, è strettamente connesso al *quid proprium* dell'attività di ciascun giudice, ossia l'interpretazione delle norme. Il rinvio o il mancato rinvio, dunque, sono espressione della *potestas iudicandi* affidata al giudice amministrativo, il quale ha il compito di accertarne in concreto la ricorrenza dei presupposti.⁵²⁶

Di questo avviso è anche la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in cui si conferma che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi, al più, di un mero errore di giudizio, sottratto al sindacato della Cassazione.⁵²⁷

⁵²⁵ Così chiaramente F. PATRONI GRIFFI, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione*, cit., 9.

⁵²⁶ Cfr. A. POLICE e CHIRICO F., «*I soli motivi inerenti alla giurisdizione*», cit., 134.

⁵²⁷ Da ultimo Cass., Sez. Un., 15 novembre 2018, n. 29391, secondo cui «*La violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni relative all'interpretazione delle norme dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., non integra infatti una questione inerente alla giurisdizione né secondo l'accezione tradizionale, come riparto tra ordini giudiziari, perché le norme sul riparto di giurisdizione, tipiche ed esclusive dell'ordinamento nazionale italiano, non contemplano la Corte di giustizia dell'Unione Europea tra i destinatari del riparto; né secondo l'accezione funzionale indicata da Cass. Sez. U. 30254/2008, dato che non è la Corte di giustizia ad erogare la tutela giurisdizionale nel caso concreto, bensì il giudice di rinvio, ossia il giudice nazionale*». Si vedano anche, *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 14 dicembre 2016, n. 25629; Cass., Sez. Un., 8 luglio 2016, n. 14042; Cass., Sez. Un., 20 maggio 2015, n. 10501; Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass., Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16886; Cass., Sez. Un., 1 marzo 2012, n. 3236.

L'orientamento delle Sezioni Unite non può che convincere. È lampante, infatti, che non può considerarsi motivo di giurisdizione ciò che, invece è, con tutta evidenza, un esercizio proprio dell'attività giurisdizionale, sebbene non soddisfi le aspettative della parte ricorrente che chiede la rimessione della questione al giudice europeo.

10.6 Omesso rinvio all'Adunanza Plenaria

Un ultimo caso dubbio che si vuole affrontare sono le conseguenze della mancata rimessione da parte di una Sezione del Consiglio di Stato di una questione di diritto all'Adunanza Plenaria.

L'ipotesi, *mutatis mutandis*, può considerarsi speculare a quella appena esposta concernente il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia.

L'art. 99, comma 3, c.p.a. – conformemente all'art. 374, comma 3 c.p.c. sul giudizio di cassazione – impone alla Sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato il ricorso di rimettere lo stesso all'Adunanza Plenaria ove ritenga di non condividere un principio di diritto già enunciato da quest'ultima.

La norma ha l'obiettivo di garantire il c.d. diritto alla sicurezza giuridica, ossia la certezza del diritto, la cui realizzazione non può prescindere dall'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali.⁵²⁸

⁵²⁸ Sulla sicurezza giuridica v. E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI e A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 25 ss.; P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss. nonché in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 1 ss.); A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2015, 345 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e*

Tuttavia, se l'art. 99, comma 3, c.p.a. da un lato impedisce alla Sezione semplice di decidere la causa in contrasto con un principio di diritto formulato dall'Adunanza Plenaria, dall'altro non prevede alcuna sanzione in caso in cui la Sezione semplice contravvenga a quest'obbligo.

Cercando di rintracciare una soluzione in chiave sistematica dall'insieme degli strumenti disponibili nel processo amministrativo, i rimedi esperibili in via teorica sono tre: (i) revocazione; (ii) opposizione di terzo, e (iii) ricorso in cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.*⁵²⁹

Con riferimento al rimedio revocatorio, esso, troverebbe un ostacolo nell'art. 106 c.p.a. in cui si circoscrive la revocazione solamente ai casi indicati dagli artt. 395 e 396 c.p.c.⁵³⁰

L'opposizione di terzo, invece, a norma dell'art. 108 c.p.a. è un rimedio a disposizione di coloro che non sono stati parte del giudizio in cui è stata emanata la sentenza contestata. Questi soggetti, come evidenziato dalla dottrina, ben

sovranazionali, in *federalismi.it*, 2017; ID., *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017, 175 ss.; R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, IV, 277 ss.; M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, 3; EAD., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *federalismi.it*, 2018. Si vedano inoltre gli autorevolissimi contributi raccolti in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali*, *cit.*, *passim*.

⁵²⁹ Così E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1261. In argomento si v. anche F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5, 629 ss.; A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, 137 ss.; G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra Corti*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, *cit.*, 470 ss.

⁵³⁰ Di tale avviso anche Cons. St., Sez. III, 6 agosto 2014, n. 4185, in cui si legge "questo Collegio reputa che non sia possibile "forzare" il disposto dell'art. 395 c.p.c., che - come ben noto - è nel segno della tassatività delle ipotesi previste e dell'eccezionalità del rimedio stesso, per dare una sanzione processuale ad un precetto per il quale tale sanzione non è stata prevista dal legislatore". Si v. tuttavia G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012, 150, secondo il quale il rimedio esperibile sarebbe la revocazione per errore di fatto.

potrebbero, nel loro atto di opposizione, contestare anche l'omesso rinvio all'Adunanza Plenaria: ma tale strumento non sarebbe concesso a coloro che, invece, sono stati parte del giudizio.⁵³¹

Rimane il ricorso per cassazione.

Nonostante non sia mancato chi ha suggestivamente sostenuto tale soluzione⁵³², non può convincentemente ritenersi che l'omesso rinvio all'Adunanza Plenaria possa annoverarsi tra i motivi inerenti alla giurisdizione che giustificano l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, e ciò per plurime ragioni.

Facendo un passo indietro, si deve partire dal presupposto per cui l'art. 99, comma 3, c.p.a. non indica alcuna sanzione per il caso di omesso rinvio.

Seguendo la celebre tripartizione ulpiana, le *leges* si distinguono in *perfectae* (se l'atto commesso in loro violazione è da considerare invalido), *minus quam perfectae* (se, pur non comminando l'invalidità, prevedono qualche forma di sanzione) e *imperfectae* (se la loro violazione è priva di effetti).⁵³³

Seppur estremamente interessante, qui non si ha l'improvvido intento di affrontare il tema – di impronta kelseniana – se la coazione e la sanzione siano o meno elementi essenziali per attribuire giuridicità ad una regola; più sommessamente, invece, si vuole solamente rilevare che il principio enunciato dalla Plenaria non è una norma giuridica, né tantomeno una norma sulla giurisdizione (così come non lo è l'art. 99 c.p.a.).

⁵³¹ E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio*, cit., 1265 s..

⁵³² Cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, 87, per cui, in caso di mancato rinvio alla Plenaria, la Sezione adopererebbe un potere di cui non dispone e, quindi, la decisione sarebbe impugnabile in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

⁵³³ ULP., *Liber Singularis Regularum*, 1, 1-2.

Il principio enunciato dalla Plenaria, infatti, non può considerarsi equivalente a una disposizione normativa, sia perché quella di dettare norme generali e astratte è una funzione che non appartiene certamente al potere giudiziario, sia perché nel nostro ordinamento non vige la regola dello *stare decisis* propria degli ordinamenti di *common law*.

Per ovviare a tali obiezioni, non può peraltro ritenersi che l'art. 99 c.p.a. operi quale trasformatore permanente dei principi dell'Adunanza Plenaria in norme giuridiche aventi il rango di norma primaria: esso ha solamente un valore esortativo, per lo più morale, per le singole Sezioni, nulla di più.⁵³⁴

Tale valore, verosimilmente, lo ha anche nei confronti dei Tribunali Amministrativi Regionali, i quali, pur non risultando esplicitamente tenuti a conformarsi ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, vi sarebbero comunque spinti, giacché orientamenti divergenti avrebbero minori possibilità di superare il successivo grado di giudizio.⁵³⁵

Ma anche qualora, per assurdo, ritenessimo che il principio affermato dalla Plenaria abbia un valore normativo, seppur "indiretto" in forza del crisma attribuitogli dall'art. 99, comma 3, c.p.a., la sua violazione, comunque, non costituirebbe una questione di giurisdizione, ma, al pari della violazione di una norma di legge, si tratterebbe di un *error in iudicando*.

⁵³⁴ In caso di omesso rinvio potrebbe, al più, configurarsi una responsabilità disciplinare e risarcitoria, senza alcun effetto, tuttavia, sul giudizio conclusosi. Si v. in tal senso l'ottima analisi di E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio*, cit., 1266 s., alla cui opera si rimanda per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

⁵³⁵ Cfr. F. FOLLIERI, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 265 ss..

Specularmente, dunque, l'omesso rinvio non può che considerarsi un semplice *error in procedendo*.⁵³⁶

Da ultimo, a sostegno delle nostre conclusioni circa l'assenza di qualsivoglia sanzione in caso di mancato rinvio alla Plenaria, bisogna menzionare quanto ha affermato Giustizia UE nel celebre caso Puligienica⁵³⁷.

Il Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana con l'ordinanza di rimessione⁵³⁸, nella seconda questione, chiedeva al giudice europeo se ostasse rispetto all'art. 267 TFUE, una previsione nazionale, quale l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, anche laddove consti in modo evidente che l'Adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea.⁵³⁹

La Corte di Giustizia, rispondendo a tale interrogativo, ha enunciato due importanti principi di diritto. Innanzitutto che *“l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale”*; e poi che *“l'articolo 267 TFUE deve essere*

⁵³⁶ Così Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2015, n. 2361.

⁵³⁷ Corte Giust. UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*.

⁵³⁸ CGARS, ord. 17 ottobre 2013, n. 848.

⁵³⁹ Sul tema D. SIMEOLI, *“Vincolo” del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE: brevi note*, in www.forumcostituzionale.it, 2016; nonché S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale*, cit., 1013 ss..

interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione”.

Tali principi, peraltro, a seguito della sentenza della Corte di Lussemburgo, sono stati recepiti anche dalla stessa Adunanza Plenaria, la quale ha stabilito che “*l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve, dunque, essere interpretato nel senso che: a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea*”.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Cons. St., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 20. Sui principi affermati v. R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, 18 ss..

11 *Il volto gianoario dell'eccesso di potere giurisdizionale: questione di giurisdizione o conflitto tra poteri dello Stato?*

Tra i vari motivi inerenti alla giurisdizione l'eccesso di potere giurisdizionale ha un'indubbia peculiarità: la sua sussistenza presuppone un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene con le altre ipotesi di conflitti tra poteri dello Stato – che, a norma dell'art. 134 Cost., sono devolute alla cognizione della Corte Costituzionale –, l'eccesso di potere del giudice speciale è considerata comunemente una questione di giurisdizione sindacabile dalla Suprema Corte.⁵⁴¹

Così dispone la legge 11 marzo 1953, n. 87, “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, la quale, all'art. 37 – dopo aver chiarito che il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale, ove insorga tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali – dispone, al secondo comma, che “*restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione*”.⁵⁴²

⁵⁴¹ Non hanno pertanto trovato successo le tesi avanzate all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione da parte della dottrina per cui, con la Costituzione – e, in particolare, con la previsione di cui all'art. 134 Cost. che attribuisce alla Corte Costituzionale la competenza a decidere sui conflitti tra poteri dello Stato – doveva ritenersi superata la funzione di Corte regolatrice dei conflitti tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione in capo alla Corte di Cassazione. S v. in tal senso A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, 1948, 134; G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948, 156.

⁵⁴² Come evidenzia L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino, 2002, 30, l'art. 37, comma 2, della legge in esame recepisce il quanto affermato nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente in virtù del c.d. emendamento Persico.

Tale norma, ad avviso di parte della dottrina, si spiega giacché si tratta di una vicenda che implica la verifica della giurisdizione nella quale, quindi, il giudice non assume la veste di parte.⁵⁴³

Siffatta chiave di lettura, però, non è pienamente convincente in quanto il conflitto non deriverebbe dalla posizione del giudice nel giudizio al suo esame (in quel caso soggetto terzo e imparziale e, quindi, non avversario delle parti nel processo), bensì dalla sua decisione finale, che comprometterebbe le prerogative riservate agli altri poteri dello Stato.

In questo caso il giudice non è terzo rispetto agli altri poteri dello Stato interessati, ma si può porre apertamente in conflitto rispetto a questi ultimi, esercitando direttamente i suoi poteri e compiendo delle scelte in (pretesa) attuazione della sua *iurisdictio*.

Il rapporto è, per così dire, bilaterale, nel senso che ciò che si scontrerebbe è il potere giudiziario con l'altro potere costituzionale di volta in volta coinvolto.

Non si tratta quindi di un conflitto di giurisdizione in senso stretto, bensì di un vero e proprio conflitto tra poteri dello Stato.

Anzi, più che di conflitto (che può essere sia positivo o negativo, a seconda che i due poteri si considerino entrambi rispettivamente competenti o incompetenti ad adottare un certo atto), forse sarebbe più corretto parlare di “*usurpazione di potere*”, che è la diretta conseguenza del suo eccesso.⁵⁴⁴

⁵⁴³ G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, ora *L'eccesso di potere di giurisdizione*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 249 ss..

⁵⁴⁴ Così O. CONDORELLI, nella seduta antimeridiana del 28 novembre 1947 dell'Assemblea costituente.

Tuttavia, secondo parte della dottrina – nonostante si tratti, come detto, più di un conflitto di attribuzione che una questione di giurisdizione –, l’art. 37 della legge n. 87 del 1953, deve essere interpretato nel senso di estendere il suo ambito applicativo “*non soltanto alle questioni che vertono tra due autorità giurisdizionali per quanto concerne l’individuazione dell’organo dotato della giurisdizione appunto, ma anche ai «vecchi» conflitti di attribuzione così come sono stati trasfusi nel c.p.c.*”.⁵⁴⁵

Non è, quindi, eccentrica e inaudita la scelta di affidare la sua risoluzione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, giacché tale loro funzione è antica e, come si è avuto modo di evidenziare, risale alla legge sui conflitti del 1877.

12 *L’eccesso di potere della Corte di Cassazione: quis custodet ipsos custodes?*

Dopo aver esposto i caratteri generali dell’eccesso di potere giurisdizionale, una riflessione va ora dedicata all’eventualità in cui nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale sia incorsa la stessa Corte di Cassazione in sede di giudizio per motivi inerenti alla giurisdizione.

Al fine di comprendere le conseguenze e i rimedi esperibili, le tesi che si fronteggiano sul campo sono sostanzialmente tre.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ A. PISANESCHI, *Conflitti di attribuzione e questioni di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1991, 1099. Secondo l’Autore, che non poteva prevedere la successiva giurisprudenza costituzionale, “*In relazione al conflitto tra poteri, non avrebbe avuto alcun significato l’inserimento della norma che esclude il giudizio della Corte costituzionale sulle questioni di giurisdizione se queste fossero intese in senso stretto. Le questioni di giurisdizione infatti sono comunque escluse dal giudizio della Corte in quanto concretizzerebbero un conflitto tra organi di uno stesso potere (che notoriamente è escluso dal giudizio costituzionale ai sensi del combinato disposto dell’art. 134 e art. 37 l. n. 87)*”.

⁵⁴⁶ Si v. la ricostruzione di P. TOMAIUOLI, *L’“altolà” della Corte Costituzionale*, cit., 1.

Secondo una prima corrente di pensiero, più “radicale”, l’effetto di un’eventuale eccesso di potere della Corte di Cassazione è l’inesistenza (o, comunque, l’inefficacia) della pronuncia viziata.

È stato infatti sostenuto che “*una pronunzia del Giudice della giurisdizione che violi la “riserva costituzionale di giurisdizione”*: - “*potrebbe essere considerata tamquam non esset, secondo il principio in base al quale la carenza di potere in radice dà luogo ad un atto inesistente*”⁵⁴⁷.

È una soluzione estrema che, nondimeno, sembra spostare in avanti il problema, posto che, comunque, necessiterebbe verosimilmente di una pronuncia successiva che attesti l’inesistenza della sentenza della Cassazione e, l’organo preposto, non potrebbe che essere la Corte Costituzionale, chiamata a risolvere il conflitto che si verrebbe a creare.

In realtà però questa dottrina, seppur minoritaria, scorge un antecedente rilevante in una risalente (ma isolata) pronuncia delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, le quali hanno dichiarato l’inefficacia nei loro confronti di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Così M. MAZZAMUTO, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1693. Tuttavia lo stesso Autore sembra ammettere che, ove questa strada dovessi ritenersi preclusa, “*si dovrebbe allora configurare un conflitto di attribuzioni denunciabile davanti alla Corte costituzionale*”. Tali conclusioni sono perfettamente sintoniche rispetto a V. CAIANIELLO, *Il Cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, 4, 43, ad avviso del quale, laddove un giudice pronunci al di fuori dei suoi poteri, invadendo la riserva costituzionale di giurisdizione spettante ad altro giudice, allora potrebbe considerarsi *tamquam non esset*, ma qualora non volesse perseguirsi la strada dell’inesistenza della pronuncia, allora dovrebbe ammettersi il conflitto di attribuzioni denunciabile di fronte alla Corte Costituzionale. *Contra* R. VILLATA, «*Lunga marcia*» della Cassazione, *cit.*, 355.

⁵⁴⁸ Corte Cont., Sez. Riun., ord. 12 maggio 1965, n. 19, in *Foro Amm.*, 1965, I, 3, 107.

Una seconda tesi, invece, troverebbe la risposta in un'eventuale questione di costituzionalità che il Consiglio di Stato solleverebbe nel giudizio di rinvio (ammesso che vi sia un rinvio)⁵⁴⁹.

In questa eventualità però – come attentamente evidenziato dalla dottrina – non sarebbero di facile individuazione le norme da sottoporre alla Corte Costituzionale nell'incidente di costituzionalità (se quelle applicabili al caso concreto o quelle che fondano e delimitano il potere della Cassazione, ossia gli artt. 362, comma 1, c.p.c. e 110 c.p.a.).⁵⁵⁰

L'ultima ipotesi è proprio quella del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.⁵⁵¹

La Corte Costituzionale, infatti, nel tempo, a partire dalla sentenza 26 giugno 1970, n. 110 (est. V. Crisafulli) ha anche precisato che *“la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma*

⁵⁴⁹ La necessità che vi sia un rinvio per consentire l'impugnazione muove dall'assunto, ben argomentato da F. ELEFANTE, *Davvero un giudice può essere parte di un conflitto di attribuzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 546 s., secondo cui *“con la pubblicazione dell'atto, l'organo giudiziario (collegiale o monocratico che sia) si spoglia della relativa funzione e perde ogni contatto con la sua pronuncia (...). Rispetto al suo provvedimento, allora, il giudice si «estranea» perdendo, nell'atto stesso che lo pone in essere, non solo contatto con la volizione espressa (che questo è un tratto di genere di tutti i negozi giuridici), ma lo stesso potere di ius dicere. Rispetto alla sua decisione il giudice, ormai privo della sua funzione giurisdizionale, conserva (solo) un legame morale, ma cessa di impersonare quel potere (non infondatamente descritto da Montesquieu come nullo ed invisibile) che lo ha posto in essere”*. Sicché la decisione del giudice *“una volta emessa, è da considerarsi, per il suo materiale autore, (solo) un fatto storico (moralmente e giuridicamente riferibile) e non espressione di un suo perdurante potere, rappresentabile in sede di giudizio per conflitto”*.

⁵⁵⁰ Si v. *funditus*, P. TOMAIOLI, *L'“altolà” della Corte Costituzionale*, cit..

⁵⁵¹ Sul tema dei conflitti tra poteri dello stato, con particolare riferimento agli atti espressione del potere giurisdizionale si rinvia a L. AZZENA, *La questione della rappresentanza degli interessi dell'ordine giudiziario nel conflitto intersoggettivo: è davvero indispensabile l'intervento del legislatore*, in *Foro it.*, 2001, I, 19 ss.; F. CIPRIANI, *Sui conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario*, in *Foro it.*, 1982, I, 369 ss.; M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione tra Stato e Regione su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990, 1799 ss.; G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le regioni ed il potere giudiziario*, Milano, 2011; R. ROMBOLI, *La magistratura nei conflitti tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali: un problema ancora in attesa di soluzione*, in *Giur. cost.*, 1997, 1703 ss.; A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 273 ss..

si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto". E proprio queste sono le ipotesi più frequenti di eccesso di potere giurisdizionale.

Tale principio può estendersi anche ai casi in cui oggetto del conflitto sia un provvedimento giurisdizionale.

Il Giudice delle leggi, infatti, è costante nell'ammettere tale tipo di rimedio anche quando a base di esso sia posto un atto giurisdizionale, purché il potere pubblico che asserisce di aver subito una lesione alla propria sfera di attribuzioni costituzionali o contesti in radice la sussumibilità del provvedimento contestato alla funzione giurisdizionale, oppure neghi la titolarità del potere giurisdizionale in capo all'organo destinatario del conflitto.⁵⁵²

In definitiva, pertanto, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ammette che *"gli atti giurisdizionali sono suscettibili di essere posti a base di un conflitto di attribuzione, tanto interorganico che intersoggettivo, quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale, ovvero quando sia messa in discussione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente, o, più in generale, si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo (anche costituzionale) di soggezione del giudice alla legge, che detta funzione incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali"*.⁵⁵³

⁵⁵² Cfr. Corte Cost., 20 marzo 2007, n. 195.

⁵⁵³ Corte Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in *Foro it.*, 2013, I, 393, con nota di R. ROMBOLI. Sul tema si v. F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 1247 ss..

12.1 Le sentenze della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato oggetto del conflitto di attribuzioni: problematiche e discipline a confronto

Come abbiamo avuto modo di rilevare nel corso del lavoro, spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione accertare l'eccesso di potere del Consiglio di Stato. Sicché, tralasciando ogni valutazione sull'opportunità o meno di affidare la risoluzione di un così gravoso e delicato compito, che spesso richiede vere e proprie valutazioni "politiche"⁵⁵⁴, alle Sezioni Unite o alla Corte Costituzionale, bisogna adesso esaminare tale impostazione sotto il profilo giuridico, per valutarne la coerenza sistematica.⁵⁵⁵

Iniziamo col dire che il ricorso in cassazione per eccesso di potere giurisdizionale ha l'indubbio vantaggio di salvaguardare la funzionalità della Corte Costituzionale (composta da un unico collegio e solamente da 15 giudici) non appesantendone il carico, nonché di assicurare maggiormente l'effettività della tutela giurisdizionale posto che al rimedio, a differenza di quanto avverrebbe nel giudizio dinnanzi alla Corte Costituzionale, possono accedervi, oltre alla parte pubblica, anche le parti private.

Una nota di perplessità, invece, la si rintraccia se si pone a raffronto la disciplina testé delineata per l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti con il regime impugnatorio delle sentenze del giudice ordinario (e,

⁵⁵⁴ Si v. l'ottima ricostruzione di R. BIN, *Conflitti costituzionali*, in www.treccani.it, che ricorda il pensiero di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, tr. it. Milano, 1981, 240, secondo cui i conflitti costituzionali sarebbero "*conflitti altamente politici*".

⁵⁵⁵ Si ricordino gli interventi di alcuni membri nella seduta antimeridiana del 28 novembre 1947 dell'Assemblea costituente. In particolare quello di BERTONE, che suggeriva di mantenere in capo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la competenza a giudicare sui conflitti; quello di NITTI secondo cui le funzioni della Corte Costituzionale, specie il giudizio di costituzionalità delle leggi, avrebbe dovuto essere affidato alle Sezioni Unite.

in particolar modo, della Corte di Cassazione, anche a Sezioni semplici) ove queste incorrano nel medesimo vizio di eccesso di potere giurisdizionale.⁵⁵⁶

Nel primo caso la sentenza del giudice speciale potrà impugnarsi dinnanzi alle Sezioni Unite, nel secondo caso, invece, per le parti non vi sarebbe alcun rimedio se non quello (per la sola parte pubblica espressione di un potere dello Stato) di sollevare il conflitto dinnanzi alla Corte Costituzionale.⁵⁵⁷

Sicché i casi sono due: se non è una questione di giurisdizione (esclusa dal sindacato della Corte Costituzionale a norma dell'art. 37 l. n. 87/1953) l'una, allora non può esserlo nemmeno l'altra; altrimenti, ove considerassimo l'eccesso di potere del giudice ordinario un caso sindacabile dalla Corte Costituzionale in sede di risoluzione di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, allora pari dignità dovremmo attribuire al caso di eccesso di potere del giudice amministrativo o contabile, escludendo, dunque, che si tratti di una "questione di giurisdizione".

Lasciando in disparte tale rilievo (che, comunque, appare decisivo), trovare una coerenza al sistema secondo le direttrici tracciate è comunque arduo.

⁵⁵⁶ La giurisprudenza della Corte Costituzionale, a partire dagli anni Settanta, è pacifica nell'ammettere il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato anche avverso pronunce della Cassazione. In più di un'occasione, peraltro, tali pronunce sono state annullate in accoglimento del ricorso. Si v. Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 285, in *Foro it.*, 1991, I, 2346; Corte Cost., 28 luglio 2004, n. 284, in *Foro it.*, 2004, I, 3254; Corte Cost., 13 febbraio 2014, n. 24, in *Foro it.*, 2014, 2, 1020.

⁵⁵⁷ In realtà, il codice di procedura civile, sulle orme della legge sui conflitti del 1877, prevedrebbe una (parziale) soluzione alternativa che, tuttavia, dopo l'entrata in funzione della Corte Costituzionale, è diventata, nella sostanza, lettera morta. All'art. 41, comma 2, c.p.c., infatti si statuisce che la pubblica amministrazione (ove, però, non sia parte in causa), nella persona del Prefetto *ex art.* 368 c.p.c., possa chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario "*a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa*". Se invece l'amministrazione fosse parte in causa il rimedio sarebbe inevitabilmente quello del regolamento di giurisdizione, anche per denunciare il difetto assoluto di giurisdizione. Così G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 805 s..

Fa da eco alla disposizione testé riportata l'art. 362, comma 2, c.p.c. a mente del quale possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso in cassazione "*i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario*".

L'eterogeneità dei rimedi non potrebbe essere validamente sostenuta solo muovendo dalla considerazione che – essendo la Cassazione ad avere l'ultima parola, e non essendo neppure ammesso un ricorso alle Sezioni Unite avverso le decisioni delle Sezioni semplici – allora non esisterebbe altro rimedio esperibile rispetto alla devoluzione del conflitto alla Corte Costituzionale.

Questa, ad avviso di chi scrive, sarebbe un'osservazione debole perché, se solo questo fosse il problema, allora ben potrebbe il legislatore ordinario o lo stesso Giudice delle leggi, in sede di scrutinio sulla legittimità costituzionale della normativa sul punto, ammettere il ricorso alle Sezioni Unite in caso di eccesso di potere giurisdizionale del giudice ordinario, precludendo dunque il suo esame da parte della Corte Costituzionale.

Qui il problema è anzitutto quello di perimetrare l'ambito applicativo degli artt. 111, comma 8, e 134 Cost., e poi di qualificare il conflitto come “*questione di giurisdizione*” sottratta al sindacato della Corte Costituzionale *ex art. 37 cit.*; e questi interrogativi prescindono dalla sussistenza o meno di rimedi processuali alternativi.

Si potrebbe argomentare che, nel caso di eccesso di potere del giudice amministrativo o contabile, si debba per forza “fare un passaggio” in Cassazione⁵⁵⁸ (in quanto organo legittimato a *dichiarare definitivamente* la volontà del potere

⁵⁵⁸ Rimane minoritaria la tesi di S. POMODORO, *Per una più esatta definizione del conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 518 s., secondo cui, una volta intervenuta una sentenza della Cassazione, questa non potrebbe impugnarsi con ricorso alla Corte Costituzionale posto che, nei conflitti tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa la Cassazione avrebbe un ruolo simile a quello che ha la Corte Costituzionale in caso di conflitto. In senso analogo A. PISANESCHI, *Conflitti di attribuzione*, *cit.*, 1100, secondo cui una questione di giurisdizione, intesa nel senso di conflitto di attribuzione, non possa dar luogo anche a conflitto tra poteri, sicché il rimedio esclusivo è il ricorso in cassazione.

giudiziario)⁵⁵⁹, non essendo comunque precluso, una volta intervenuta la sentenza della Cassazione, o comunque, dopo che si sia formato un giudicato sul punto, adire la Corte Costituzionale (facendo valere i vizi propri della sentenza delle Sezioni Unite, o anche, verosimilmente, quelli derivati dalla sentenza del giudice speciale impugnata, ove validati o riprodotti).⁵⁶⁰

È quello che è avvenuto, ad esempio, nel celebre caso in cui la Corte Costituzionale ha accolto un ricorso per conflitto tra poteri dello Stato promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – le quali avevano rigettato il ricorso per motivi di giurisdizione contro una sentenza del Consiglio di Stato che aveva affermato la giurisdizione del giudice amministrativo –, ritenendo che la scelta relativa all’avvio delle trattative con una confessione religiosa (nel caso di specie si trattava dell’Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, UAAR) non avesse natura politica.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ La giurisprudenza della Corte Costituzionale è ormai consolidata nel ritenere il potere giurisdizionale un “*potere diffuso*”, senza vincoli gerarchici interni, per cui qualunque giudice è in grado di dichiarare definitivamente la volontà del potere giurisdizionale. Tuttavia si potrebbe ritenere che, sulle questioni dei limiti della giurisdizione, invece, il potere giudiziario, in virtù di quanto disposto dall’art. 111, comma 8, Cost. sia accentrato in capo alla Corte di Cassazione perché essa, quale Corte regolatrice della giurisdizione, è l’organo ritenuto più idoneo ad affermare o negare l’esistenza di una posizione tutelabile processualmente e, quindi, delimitare i confini del potere giudiziario. Questa considerazione non sembrerebbe essere in contrasto con la natura diffusa del potere giudiziario.

Cfr., per ulteriori riflessioni, F. CIPRIANI, *Sui conflitti*, cit., 378 s., secondo cui non può ritenersi convincentemente che esistano tanti poteri giudiziari quanti sono i gradi di giudizio, né che il potere giudiziario possa avere una o più ultime e definitive volontà, sicché, se così fosse, non avrebbe senso neppure parlare di potere diffuso (ossia potere che, pur essendo unitario, è attribuito, “*attraverso quel singolare meccanismo che è il processo*” a più organi), “*ma bisognerebbe dire che esistono tanti poteri giurisdizionali quanti sono gli organi giurisdizionali*”.

⁵⁶⁰ In questo senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, 2, Milano, 1972, 45 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1955, 654 s.; Contra A. PISANESCHI, *Conflitti di attribuzione*, cit., 1100.

⁵⁶¹ Corte Cost., 10 marzo 2016, n. 52, in *Foro it.* 2016, I, 1951 ss., con note di G. AMOROSO, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*; e di A. TRAVI, *Avvio della procedura per un’intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*. Molto critica L. CARLASSARE, *L’atto politico fra «qualificazione» e «scelta»: i parametri costituzionali*, cit., 554 e ss., che si interroga “*Cosa può esserci di “politico” nel definire un’associazione non assimilabile a una confessione religiosa? Non è una “scelta” (politica o non)*,”

Probabilmente il “doppio passaggio” è la soluzione più convincente essendo la Corte di Cassazione l’organo deputato ad esprimere, quantomeno in punto di giurisdizione, la volontà “definitiva” del potere giudiziario; non potendosi tuttavia non constatare come potrebbe rivelarsi un passaggio sostanzialmente inutile, e, comunque, una lungaggine evitabile.⁵⁶²

Sarebbe altresì una scelta imposta dalla giurisprudenza costituzionale che non consente ai poteri pubblici che si ritengano lesi di sollevare direttamente il conflitto dinnanzi alla Corte Costituzionale senza previamente impugnare la sentenza del Consiglio di Stato dinnanzi alle Sezioni Unite.⁵⁶³

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, specie quella più recente, ad un attento esame, sembrerebbe ammettere che una sentenza del Consiglio di Stato possa essere direttamente oggetto di un conflitto di attribuzioni, senza quindi necessitarsi di una previa impugnazione in cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* Secondo tale orientamento, infatti, *“ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 362 del codice di procedura civile) e ricorso per conflitto sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi, e non si può escludere che siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l’erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l’invasività in sfere d’attribuzione costituzionale”*.⁵⁶⁴

né un atto di volontà ma una qualificazione, un accertamento: l’attribuzione ad un’associazione di una determinata natura anziché un’altra”.

⁵⁶² Nel senso di poter esperire direttamente il ricorso dinnanzi alla Corte Costituzionale si v. L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri*, cit., 39 ss., D. FLORENZANO, *L’oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Trento 1994, 47 ss..

⁵⁶³ Si v. Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81, in *Foro it.*, 2012, 1, 1285, che ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dalla Regione Campania in assenza di previa impugnazione della sentenza amministrativa dinnanzi alla Corte di Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.*

⁵⁶⁴ Corte Cost., 12 gennaio 2018, n. 2, in *Foro it.*, 2019, I, 420.

In base a questa linea interpretativa, quindi, si potrebbe finanche trovare una soluzione mediana consentendo la concorrenza dei due rimedi, seppur con indubbe problematiche di coordinamento.

Questa soluzione sembra essere ulteriormente rafforzata dalla Corte Costituzionale, quando ha affermato che *“è ben vero che, nel disciplinare l’istituto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, l’art. 37, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 precisa che «[r]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione»; ma la disposizione da ultimo citata è appunto preordinata soltanto ad assicurare la persistenza, nell’ordinamento, della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione, non, invece, ad escludere che la Corte costituzionale possa essere chiamata a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali. Del resto, regolamento di giurisdizione e ricorso per conflitto tra poteri sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi. Da un lato, non si può escludere che essi siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l’erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l’invasività in sfere d’attribuzione costituzionale (sentenze n. 259 del 2009 e n. 150 del 1981); dall’altro, ben può accadere che oggetto del ricorso, come in questo caso, sia proprio una pronuncia della Corte di cassazione, resa in sede di regolamento di giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, Cost.”*⁵⁶⁵

Sulla linea mediana si pone anche la tesi di Nigro, che, per distinguere il compito della Corte di Cassazione da quello della Corte Costituzionale in tema di conflitti,

⁵⁶⁵ Corte Cost, 10 marzo 2016, n. 52.

differenzia il *conflitto in astratto* dal *conflitto in concreto*. Per cui, “*se si vuole ritenere applicabile alla materia l’art. 134 Cost., evitando però di fare della Corte costituzionale un superorgano giudiziario, il quale decide la lite nel caso concreto, passando per giunta sopra l’ostacolo del giudicato (e, quindi, attuando una ingerenza difficilmente giustificabile, per la sua natura e i suoi modi, sullo stesso piano della costituzionalità), non resta che configurare il «conflitto» come contrasto sulla possibilità in astratto del sindacato giurisdizionale su di una potestà amministrativa (le pronunce giurisdizionali concrete verrebbero in rilievo solo come sintomi ed espressioni del pensiero e della volontà dei giudici al riguardo) e la funzione della Corte come un accertamento, sempre in astratto, della spettanza del potere, con esclusione dell’annullamento di atti concreti (...). Naturalmente, il conflitto potrebbe essere elevato solo dopo che il massimo organo della struttura giurisdizionale unitaria (Corte di cassazione) o, se si vuole, i massimi organi dei due ordini giurisdizionali (Corte di cassazione e Consiglio di Stato) si fossero pronunciati definitivamente su casi concreti*”.⁵⁶⁶

Se volessimo, invece, porci in contrasto con gli orientamenti finora riportati, considerando “questione di giurisdizione” anche l’eccesso di potere del giudice ordinario, dovremmo necessariamente opinare che anche le decisioni del giudice ordinario, ove esorbitino dalle sue attribuzioni costituzionali, non possano impugnarsi dinnanzi alla Corte Costituzionale, creando così un pernicioso *vulnus* al sistema, e corazzando oltremodo il potere giurisdizionale che, in un certo senso, verrebbe elevato al di sopra degli altri.

⁵⁶⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit. 187.

Ma ciò contraddirebbe anche la pacifica giurisprudenza costituzionale in merito (v. *supra*).

La soluzione a tale difficile dilemma non è agevole e sicuramente richiederà in futuro una maggiore attenzione da parte degli interpreti. Essa, infatti, non soltanto involge il rimedio (ossia la possibilità di sollevare il conflitto dinnanzi alla Corte Costituzionale) ma, chiaramente, pone degli interrogativi processuali anche sulle conseguenze che un eventuale annullamento del giudicato possa comportare.⁵⁶⁷

12.2 La lotta tra Orazi e Curiazi: il conflitto tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato

Avendo già chiarito che la giurisprudenza costituzionale ammette il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato anche nel caso in cui questo origini da una pronuncia della Corte di Cassazione, e in disparte la problematica del raffronto tra i due rimedi impugnatori affrontata nel paragrafo precedente, merita adesso di essere prospettata una questione strettamente connessa, ossia se sia consentito un “conflitto infra-potere” tra due poteri dello Stato che condividono la stessa natura. I tradizionali insegnamenti di diritto costituzionale ci spiegano che sono devoluti alla Corte Costituzionale i conflitti “*insorti tra organi appartenenti a due diversi poteri dello Stato*”⁵⁶⁸ mentre per i “conflitti interni” vi sono meccanismi diversi

⁵⁶⁷ Cfr. in proposito C. CONSOLO, *Di una ipotesi di «cassazione» costituzionale*, loc. cit., il quale si domanda se un tale annullamento extra-processuale del giudicato, reso fuori dal contraddittorio delle parti del processo a suo tempo concluso, non leda il principio del contraddittorio, che è il cardine della difesa giudiziale garantita nella Costituzione.

⁵⁶⁸ Così Corte Cost., 12 novembre 1974, n. 259.

insiti a ciascun potere (es. deliberazione del Consiglio dei Ministri nel caso di conflitto tra due o più ministri).⁵⁶⁹

Tuttavia, ad un esame attento della giurisprudenza costituzionale, emerge che questo principio di massima ammette alcune deroghe, anche dovute al superamento del rigido schema della tripartizione dei poteri.

Per limitarci ai casi più recenti, è stata infatti espressamente ammessa dalla Corte Costituzionale la possibilità che il singolo parlamentare possa promuovere un conflitto fra poteri contro la Camera di appartenenza per denunciare la violazione delle proprie prerogative costituzionali.⁵⁷⁰

Seguendo il percorso argomentativo della Corte Costituzionale nella pronuncia testé citata, la nozione di “potere dello Stato” deve essere rintracciata in considerazione dell’attribuzione in capo al soggetto di una quota di attribuzioni costituzionali.

Con specifico riferimento al potere giurisdizionale, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che si tratta di un potere “*diffuso*” sicché ogni giudice, nell’esercizio di funzioni giurisdizionali delle quali si ritenga titolare, può essere parte di conflitti.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Cfr. R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 284 ss..

⁵⁷⁰ Corte Cost., ord. 8 febbraio 2019, n. 17, in *Foro it.*, 2019, I, 2301, con note di R. ROMBOLI e di F. MARONE, *La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale*. Si legge nell’ordinanza “*Nella giurisprudenza costituzionale la nozione di “potere dello Stato” ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione (ex art. 37 della legge n. 87 del 1953) abbraccia tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una quota di attribuzioni costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 87 e n. 88 del 2012) o sia affidata una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita (ordinanza n. 17 del 1978), sicché il vaglio della legittimazione dei ricorrenti deve muovere dalla ricognizione della sfera delle attribuzioni conferita ai singoli parlamentari dalla Costituzione, verificando se in relazione a esse il singolo senatore possa ritenersi abilitato a esprimere in via definitiva la volontà del relativo potere*”.

⁵⁷¹ Corte Cost., 10 luglio 1981, n. 129. In senso analogo Corte Cost., 22 ottobre 1975, n. 231.

Fatte queste premesse, per quel che qui ci interessa, occorre domandarci se al Consiglio di Stato sia consentito sollevare il conflitto in caso di eccesso di potere della Corte di Cassazione a causa di un erroneo giudizio sulle sentenze del Consiglio di Stato.⁵⁷²

In assenza di precedenti che abbiano affrontato specificamente il tema, l'indagine andrà svolta con un approccio meramente teorico.

La dottrina è divisa tra chi ammette la possibilità che sia il Consiglio di Stato a sollevare il conflitto⁵⁷³, e chi invece nega la configurabilità, in astratto, di un conflitto di attribuzioni tra organi giurisdizionali.⁵⁷⁴

La tesi possibilista parte da un assunto di base per cui *“non vi sono ragioni per escludere la possibilità di un conflitto con il quale si ponga il problema dei confini rispettivi dei diversi ambiti di giurisdizione, quando sia in gioco un'attribuzione di cui sia possibile sostenere il fondamento costituzionale. L'anzidetta possibilità vale in aggiunta, non al posto dei conflitti di giurisdizione”*.⁵⁷⁵

⁵⁷² Sul tema cfr. L. D'ANGELO, *Conflitti costituzionali e pregiudiziale di annullamento: un possibile conflitto di attribuzione oltre le questioni di giurisdizione?*, in *Giust. civ.*, 2010, 5, 207 ss.; nonché F. DAL CANTO, *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss..

⁵⁷³ Si v. R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione*, cit., 356, che, comunque, pur ammettendo che l'elevazione del conflitto provenga dal Consiglio di Stato, ritiene che ciò *“richiederebbe una iniziativa per il Consiglio di Stato non poco traumatica”*. Conforme L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione*, cit., in cui si legge *“Personalmente, ritengo preferibile sostenere invece che il Consiglio di Stato possa sollevare un conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale, che nel disegno costituzionale è la sede naturale dove vanno decisi i conflitti tra gli organi le cui funzioni sono salvaguardate dalla Costituzione. Certo, non auspico che si verifichino i presupposti di un così grave conflitto, ma è certo che la Costituzione non ammette 'zone franche', perché tutti, proprio tutti, devono attenersi ai propri poteri come delineati dalla Carta Fondamentale”*.

⁵⁷⁴ A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano, 1992.

⁵⁷⁵ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, II ed., 2, Bologna, 2018, 277 s.. Ad avviso degli Autori, inoltre, *“le mere «questioni di giurisdizione» non sono infatti conflitti in senso proprio (ancorché l'art. 362 cpv. usi questa formula, per indicare non il tipo di giudizio, ma il suo oggetto), poiché non mettono di fronte le giurisdizioni confliggenti: esse sono piuttosto degli strumenti di verifica dell'esistenza della giurisdizione in atto. Essendo altra cosa, il conflitto costituzionale può aggiungersi al regolamento di giurisdizione, qualora sia in questione la violazione della sfera delle attribuzioni determinate dalla Costituzione”*.

Questo sembra essere l'orientamento ad oggi maggioritario, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, seppur non abbia espressamente preso posizione, sembra avallare l'ipotesi di conflitti tra giudici.⁵⁷⁶

Ad avviso di chi scrive, invece, bisogna distinguere le diverse ipotesi di motivi inerenti alla giurisdizione.

La risposta sull'ammissibilità del conflitto *de quo*, infatti, dovrebbe essere negativa nelle ipotesi di difetto relativo di giurisdizione e di diniego di giustizia.

Non vi è dubbio, infatti, che in queste ipotesi si tratterebbe di *errores in iudicando* – derivanti da un'erronea interpretazione delle norme vigenti sulla giurisdizione – che avrebbero ripercussioni, per così dire, solamente interne al potere giudiziario.

In altre parole, si tratta di un'attività regolatrice della giurisdizione la cui ultima parola, come è noto, spetta alla Corte di Cassazione.

Come più volte affermato dalla Corte Costituzionale, infatti, il conflitto di attribuzioni ben può riguardare atti di natura giurisdizionale, a condizione, però, che non assuma i connotati di un mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale.⁵⁷⁷

Sicché, contro gli *errores in iudicando* o *in procedendo* bisogna esperire i consueti rimedi previsti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni, senza trovare nel giudizio di fronte alla Corte Costituzionale un *escamotage* per aggirare siffatte regole.⁵⁷⁸

Ove ciò avvenisse, il sindacato della Corte Costituzionale “*finirebbe per sovrapporsi a quello già operato in sede giurisdizionale, con un perimetro*

⁵⁷⁶ Cfr. la ricostruzione di P. TOMAIUOLI, *L'“altolà” della Corte Costituzionale*, cit., 25 ss..

⁵⁷⁷ Si v. Corte Cost., 28 marzo 2012, n. 72.

⁵⁷⁸ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81, secondo cui, in definitiva, “è chiaro, quindi, che il conflitto non può surrettiziamente trasformarsi in un ulteriore grado di giudizio avente portata generale”.

decisorio peraltro neppure coincidente e nel quadro di un contrasto tra enti, diversi dalle parti del procedimento nel quale è stato adottato l'atto posto a base del conflitto".⁵⁷⁹

Nel caso di eccesso di potere giurisdizionale la situazione è parzialmente diversa. In questo caso la Cassazione funge da Corte regolatrice del conflitto tra poteri dello Stato, più che della giurisdizione. Quindi, in poche parole, è la Corte di Cassazione che ha il compito di individuare il confine tra potere giurisdizionale e gli altri poteri dello Stato.

Abbiamo anche visto che, nel caso in cui le Sezioni Unite confermino la sentenza del Consiglio di Stato, ai poteri pubblici lesi da siffatta pronuncia sarà possibile lamentare l'eccesso di potere giurisdizionale della Corte di Cassazione (la cui decisione ha conglobato, rendendolo proprio, il vizio di eccesso di potere della sentenza del Consiglio di Stato) dinnanzi alla Corte Costituzionale.

Bisogna allora chiedersi se tale possibilità non possa anche essere consentita al Consiglio di Stato nel caso, opposto, in cui le Sezioni Unite, in accoglimento del ricorso, cassino una sentenza del Consiglio di Stato per eccesso di potere giurisdizionale.

Ove le Sezioni Unite restringano indebitamente la portata del potere giurisdizionale in favore di altri poteri dello Stato, allora, qui, l'eccesso di potere giurisdizionale sarebbe proprio delle Sezioni Unite.

Più correttamente si tratterebbe di un eccesso di potere non per invasione della parte di giurisdizione spettante al giudice amministrativo, bensì per "arretramento" del potere giurisdizionale complessivamente inteso rispetto agli altri poteri dello Stato.

⁵⁷⁹ Corte Cost., 24 luglio 2003, n. 276.

In siffatta ipotesi si restringerebbe l'ambito di applicazione del potere giurisdizionale in favore degli altri poteri dello Stato.

In questo caso, allora, nulla dovrebbe impedire al Consiglio di Stato di sollevare conflitto tra poteri dello Stato dinnanzi alla Corte Costituzionale per far stabilire la corretta delimitazione delle attribuzioni costituzionali del potere giudiziario.⁵⁸⁰

Parte della dottrina, invece – pur ammettendo la possibilità per il giudice amministrativo di evocare il conflitto per contestare l'eccesso di potere giurisdizionale della Corte di Cassazione –, subordina la stessa ammissibilità di tale rimedio ad una previa declaratoria (in forza di una autorimessione da parte della Corte costituzionale della relativa questione) di illegittimità costituzionale *in parte qua* (per violazione dell'articolo 134 della Costituzione) dell'articolo 37, comma 2, della legge 11 marzo 1953, n. 87, che, come si è avuto modo di evidenziare, preclude l'ammissibilità di un conflitto di attribuzione per motivi di giurisdizione.⁵⁸¹

Tale soluzione è sicuramente convincente, seppur non si tratta dell'unica strada percorribile.

Ad un'attenta analisi, infatti, quella in parola non sarebbe nemmeno una questione di giurisdizione (in senso stretto), quindi interna al potere giudiziario. Sicché, si dovrebbe opinare che, in realtà, nonostante il conflitto avrebbe come parti formali le due magistrature superiori, sarebbe pur sempre conflitto tra poteri dello Stato in

⁵⁸⁰ Permetterebbe comunque la problematica sopra accennata in tema di legittimazione attiva del Consiglio di Stato anche nel caso di cassazione senza rinvio.

⁵⁸¹ G. MORBIDELLI nella relazione tenuta al Convegno sulla pregiudizialità amministrativa svoltosi presso il Consiglio di Stato il 9 maggio 2007, riportata da F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 305 ss..

quanto, in ultima istanza, si fronteggerebbero il potere giudiziario con l'altro potere dello Stato coinvolto.

Se questa conclusione dovrebbe condurre a ritenere che ove la Corte Costituzionale ritenga sussistente un conflitto tra poteri dello Stato, dichiarando ammissibile il ricorso, allora dovrebbe disporre la notificazione anche all'ente esponenziale di quel potere.

Conclusioni

Il compito della Corte di Cassazione, che lo si consideri in senso più o meno ampio, è indubbiamente necessario (e anche ingrato, dato il numero dei ricorsi) in un sistema costituzionale che ha rintracciato nel pluralismo giurisdizionale il modello da seguire per la tutela delle situazioni giuridiche e, quindi, per rendere giustizia.

Di fronte a più ordini giudiziari diversi, risulta, infatti, indispensabile trovare un soggetto autorevole che diriga il movimentato traffico delle giurisdizioni.

Il nostro legislatore costituzionale, distaccandosi dal modello francese, ha deciso che tale compito dovesse spettare a uno degli attori sul campo – la Corte di Cassazione – e non a un Tribunale dei conflitti estraneo all'agone.⁵⁸²

Ciò rende la Cassazione, a Costituzione vigente, un imprescindibile elemento di chiusura del sistema, un collante tra le diverse giurisdizioni, in posizione certamente privilegiata.

Certo, la previsione costituzionale della Corte di Cassazione come Corte regolatrice è ormai obsoleta (forse, lo è sempre stata) in quanto presuppone che vi sia una giurisdizione “ordinaria” onnicomprensiva, capace di decidere qualunque controversia, cui si fronteggiano giurisdizioni “speciali”, con compiti residuali, di nicchia.⁵⁸³

⁵⁸² Cfr. C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 647, secondo cui la Cassazione svolge, in un circoscritto perimetro, svolge un controllo “da guardia dei confini”.

⁵⁸³ *Contra* M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 50 s., ad avviso della quale “*Appare pertanto plausibile che il sindacato sulla giurisdizione sia stato costituzionalmente mantenuto alla corte di Cassazione proprio perché, costituendo detto sindacato una componente essenziale della funzione nomofilattica, esso non può che essere attribuito all’organo supremo di giustizia, preposto dalla stessa Costituzione al generale controllo di legittimità esperibile, in linea di principio, con riguardo alle sentenze di qualsiasi organo giurisdizionale. Detto questo, pare doversi escludere che*

Questa impostazione, in particolare con riferimento al giudice amministrativo, è decisamente surreale, quasi kafkiana, soprattutto a seguito dell'ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva affidatigli dal legislatore.⁵⁸⁴

la particolare composizione a sezioni unite assunta dalla Cassazione quando statuisce sulla giurisdizione (e non, invece, quando effettua il controllo di legittimità per gli altri motivi) sia un mero residuo storico, giacché tale composizione sembra piuttosto costituire un dato assai significativo della rilevanza costituzionale che la Corte assume in quella sede quale organo di vertice al contempo della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa (...)".

⁵⁸⁴ Cfr. G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 842. Secondo l'Autore, "la funzione giurisdizionale è frazionata fra giudici forniti di pari legittimazione, così che neppure ha più senso di parlare di una magistratura «ordinaria» in contrapposizione alle magistrature «speciali» e neppure ha senso che all'apice delle magistrature sia posto l'organo di vertice di una delle magistrature esistenti e operanti a pari titolo nel nostro sistema di giustizia". Contra E. SCODITTI, *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 84, il quale, partendo dall'assunto per cui la qualifica di "ordinario" è il riflesso del carattere originario del diritto soggettivo (la cui cura geneticamente appartiene al g.o.), afferma che "non convince la tesi secondo cui, essendo ormai la funzione giurisdizionale frazionata fra giudici forniti di pari legittimazione, non avrebbe più senso parlare di una magistratura «ordinaria» in contrapposizione alle magistrature «speciali» e neppure avrebbe senso che all'apice delle magistrature sia posto l'organo di vertice di una delle magistrature esistenti e operanti a pari titolo nel nostro sistema di giustizia. Merita attenzione, seppur risalente, la chiave di lettura che dà E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *ID.*, *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 349 ss., secondo cui la Cassazione, e in particolare le Sezioni Unite, sono l'"organo funzionalmente sovraordinato rispetto a tutte le giurisdizioni, ordinarie e speciali"

Si v. sui temi in argomento anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 176, ad avviso del quale "il diritto soggettivo non è più la situazione giuridica principale o di principale riferimento del nostro ordinamento (art. 24 Cost.; in nessun caso, poi, il giudice dei diritti è giudice generale o prevalente rispetto al giudice degli interessi (artt. 103 e 113))".

Cfr. anche A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, 165, secondo cui, ribaltando la prospettiva, "viene da chiedersi se, anche in considerazione della massiccia estensione della giurisdizione su diritti del giudice amministrativo, non sia venuta meno la ragione di fondo per escludere le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti dal sindacato, per violazione di legge, della Cassazione". Di tale avviso anche A. PROTO PISANI, *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2019, V, 235, che riterrebbe opportuno "modificare l'ultimo comma dell'art. 111 Cost. estendendo il ricorso per cassazione dai soli motivi inerenti alla giurisdizione a tutte le violazioni di legge, dato che oggi il Consiglio di Stato decide, in ultima istanza in materia di obbligazioni, responsabilità e contratti (cioè in materie che costituiscono il cuore del diritto privato), con grave rischio di effettuare interpretazioni diverse (o addirittura contraddittorie) della stessa disposizione di legge, e quindi con grave attentato al principio costituzionale di eguaglianza rispetto alla legge (o, se si preferisce, alla c.d. nomofilachia)". Dello stesso Autore, da sempre oltremodo critico nei confronti della giurisdizione amministrativa e dei suoi giudici, si v. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369, secondo cui diviene davvero legittima la domanda del perché debbano continuare a coesistere nello stesso ordinamento, per le controversie fra cittadini e pubblica amministrazione, due giurisdizioni che conoscono o possono conoscere delle stesse norme (di diritto comune o di diritto pubblico), che trattano le controversie secondo procedure molto simili, che, stante la trasmigrazione tra le giurisdizioni, non costituiscono più compartimenti stagni, ma che si differenziano radicalmente quanto a composizione del giudice (in quanto i giudici del Consiglio di Stato sono anche consulenti dell'amministrazione e possono ricoprire una serie di incarichi impensabili per i giudici ordinari) e quanto a ricorribilità per cassazione delle decisioni di secondo grado".

Il giudice amministrativo, ormai, come si è avuto modo di evidenziare nel corso della trattazione, non è più il giudice della legittimità degli atti della pubblica amministrazione, ma, seppur con indubbe peculiarità, è (anche) il giudice della “spettanza”⁵⁸⁵, così come il giudice ordinario.

Ciononostante, se un giudice di vertice è necessario in un assetto plurale, ciò che, invece, non è necessario è proprio l’assetto plurale delle giurisdizioni.

Esso, oggi più che mai, è intollerabile per il comune cittadino a cui è difficile comprendere le dispute interne tra le varie giurisdizioni quando ciò che egli chiede è solamente tutela, rapidità e certezza.⁵⁸⁶

Non è questa la sede per affrontare più compiutamente il tema, basti però ricordare come – per limitarci alla sola giustizia amministrativa – siano spesso foschi i

⁵⁸⁵ Cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 287 ss.. Si v. anche A. POLICE, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l’oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss..

⁵⁸⁶ In tema A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in www.giustamm.it, 2017, 1 ss., il quale qualifica l’attuale disciplina del riparto di giurisdizione e, più in generale, delle giurisdizioni speciali, come insostenibile. Secondo l’Autore, infatti, sarebbe più razionale ed efficace un ordinamento che non contemplasse una pluralità di giurisdizioni, ma affidasse l’esercizio della funzione giurisdizionale a un’unica giurisdizione, sottoposta a una identica legge sull’ordinamento giudiziario e costituita da magistrati con una medesima disciplina dello stato giuridico. Dello stesso Autore anche A. TRAVI, *Per l’unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss. e ID., *L’unità della giurisdizione*, in *Jus*, 2011, 363 ss..

In favore dell’unicità della giurisdizione si v. anche F. BILE, *Intorno all’unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, V, 93; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, 561 ss.; G. PASTORI, *Per l’unità e l’effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21; R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123, il quale però, pur valorizzando gli indubbi vantaggi di razionalizzazione e semplificazione del sistema giuridico, ritiene i tempi non maturi per pervenire ad un’unicità della giurisdizione.

Si v. inoltre la recente pubblicazione di A. PROTO PISANI, *Per un rinnovato discorso, loc. cit.*, che, sperando in una modifica costituzionale, si augura una “soppressione completa dell’art. 103, 1° comma, Cost. ed attuazione di una giurisdizione unica, esercitata da giudici con ordinamento giudiziario unico, tutti soggetti alla disciplina prevista dagli art. 101 ss. Cost.”.

Per un’analisi comparata si v. invece S. MIRATE, *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 121 ss..

confini tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁵⁸⁷, tanto da rendere tale criterio troppo complesso per fondare una regola efficiente di riparto.⁵⁸⁸

Tuttavia, finché non si giungerà ad una riforma costituzionale che introduca un sistema che consacri l'unicità della giurisdizione, non può non prendersi atto della necessità di un giudice che vigili sul rispetto delle regole della giurisdizione, avendo l'ultima parola in caso di conflitto su quale sia il giudice titolare del potere di decidere una determinata controversia o se tale giudice abbia oltrepassato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione.

L'arresto chiarificatore intervenuto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018, pur avendo riportato nei giusti binari il sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del Consiglio di Stato, non ha risolto l'ormai anacronistico squilibrio che intercorre tra la Corte di Cassazione e le altre supreme magistrature.

De iure condendo, una possibile soluzione è stata avanzata, di comune accordo tra i vertici delle magistrature ordinaria, contabile e amministrativa con il *Memorandum* del 15 maggio 2017.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Un tentativo, poi naufragato, di superamento del criterio di riparto basato sulla posizione soggettiva era stato avanzato dalla c.d. Bicamerale (si trattava della *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali* istituita con la legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1), per sostituirlo con la ripartizione di blocchi di materie. Tale progetto prevedeva inoltre, all'art. 131, comma 2, la soppressione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., e, quindi, toglieva rilevanza costituzionale al ruolo di giudice del riparto di giurisdizione attribuito alla Corte di Cassazione (che, come si legge nella relazione di accompagnamento, “*difficilmente potrebbe forse continuare a definirsi “Suprema”*”).

Per una compiuta analisi del suddetto disegno riforma si rinvia a F. BILE, *La commissione bicamerale e la Corte (suprema?) di cassazione*, in *Corr. giur.*, 1998, 4, 482 ss.; V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, 1943 ss.; A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 895 ss.; L. R. PERFETTI, *L'unità della giurisdizione nel progetto della commissione bicamerale per le riforme istituzionali*, in *Jus*, 2, 1998, 585 ss..

⁵⁸⁸ Così A. TRAVI, *op. ult. cit.*, che valorizza, inoltre, l'ambiguità di un sistema, il nostro, che ha affidato al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la competenza a conoscere di diritti soggettivi, attribuendo così la funzione nomofilattica sui diritti a due ordini giudiziari diversi.

⁵⁸⁹ Per il *Memorandum* si v. la bibliografia riportata nella nota 366.

In tale documento si prospetta la possibilità di introdurre norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice (Sezioni Unite della Corte di Cassazione, Sezioni Riunite della Corte dei Conti e Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) con magistrati delle altre giurisdizioni, allorché si trattino questioni “*di alto e comune rilievo nomofilattico*”.⁵⁹⁰

A nostro avviso, la composizione allargata delle Sezioni Unite per le questioni di giurisdizione *ex art.* 111, comma 8, Cost., in assenza di una riforma costituzionale, sarebbe una soluzione di indubbio pregio solo a condizione che il collegio sia composto da un numero di magistrati amministrativi (o contabili, a seconda del caso) pari al numero dei magistrati ordinari; o, comunque, che, per la formazione delle maggioranze, non si possa prescindere dal consenso dei giudici di entrambe le giurisdizioni.

Tuttavia, nonostante il diverso nome, si tratterebbe nel caso testé prospettato, di un vero e proprio Tribunale dei Conflitti, con tutte le condivisibili perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale di tale soluzione.

Diversamente – ossia se la presenza dei giudici amministrativi o contabili fosse passibile di essere vanificata – non soltanto non si diminuirebbe lo squilibrio sopra accennato, ma si produrrebbe perfino un effetto dannoso per le stesse giurisdizioni speciali perché si darebbe la parvenza di scelte condivise a soluzioni adottate, nei fatti, sempre dal giudice ordinario.

⁵⁹⁰ Vengono alla mente le parole di M. NIGRO, *La giurisdizione sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 460, il quale, ragionando sugli inconvenienti della pluralità delle giurisdizioni, osservava “*Non sono più i tempi dei compromessi giudiziali fra Santi Romano e Mariano D’Amelio e non perché non ci sono più i Santi Romano e i Mariano D’Amelio, ma perché la politica giudiziale oggi non la fanno i capi delle Corti, ma risulta dal contributo vario e complesso di tutti i giudici. Bisognerebbe allora promuovere assemblee comuni, per esempio, dei giudici della Corte di Cassazione e dei giudici del Consiglio di Stato. Impensabile! Impensabile e anche insufficiente*”.

Per concludere, sicuramente c'è una sola certezza: che l'attuale sistema sia transeunte, soggetto a un continuo divenire che, ci si augura, abbia come unico fine la migliore tutela dei consociati, lontano da particolarismi di sorta.

Bibliografia

- ABBAMONTE O., *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Napoli 1997;
- ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere, Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986;
- ADAM R. e TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, II ed., Torino, 2017;
- AIMO P., *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990;
- ALLEN M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;
- ALLEN M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4;
- ALLEN M., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2;
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma, 2009;
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Divieto di "interpretatio" e "référé législatif" nei "cahiers de doléances" del 1789*, in CONDORELLI O. (a cura di), *Panta rei, Studi dedicati a Manlio Bellomo*, 2004, vol. I;
- AMMANATI L., *Il Consiglio di Stato e la lenta definizione della sua identità. Le trasformazioni della funzione consultiva nelle aspettative e nella prassi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1993;
- AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2019;
- AMOROSO G., *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro it.* 2016, I;
- AMOROSO G., *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2018, V;
- AMORTH A., *La Costituzione italiana*, 1948;

ANDRIOLI V., *Le giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Milano, 1956;

ANGIULI A., *Specialità e “giusto processo” nel contenzioso amministrativo del Regno delle due Sicilie. Una premessa per lo studio del sistema attuale della giustizia amministrativa*, in *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018;

ARNAUDO L. e PARDOLESI R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533;

ASTONE F., *La giustizia amministrativa prima e dopo l’Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustia-amministrativa.it;

AULETTA A., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it, 2011;

AULETTA A., *Il legislatore “muove un passo” (l’ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009;

AULETTA F., *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 2017, I, 986;

AZZARITI G., *Giurisdizioni speciali e ricorso per cassazione*, in *Foro pad.*, 1949, 4;

AZZARITI G., *Il ricorso per cassazione secondo la nuova costituzione*, in *Problemi attuali del diritto costituzionale*, 1951;

AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951;

AZZENA L., *La questione della rappresentanza degli interessi dell’ordine giudiziario nel conflitto intersoggettivo: è davvero indispensabile l’intervento del legislatore*, in *Foro it.*, 2001, I;

BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1;

BACCARINI S., *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4;

BACHELET V., *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967;

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, IV ed., 1, Bari, 2015;

BALENA G., *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1;

BALENA G., *La riforma del processo civile*, Napoli, 1994;

BALENA G., *Regolamento di giurisdizione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, IV, 2000;

BALENA G., *Sulla pretesa inesistenza della sentenza resa dal giudice irregolarmente costituito*, in *Foro it.*, 1986, I;

BALLADORE PALLIERI G., *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948;

BARBAGALLO G., *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*, in CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997;

BARBAGALLO G., *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*, in CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997;

BARBERA A., *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4;

BARILE P., *Atto politico (e atto di governo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;

BARONE A., *Un caso "estremo" di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea*, in *Il processo*, 2018, 3;

BARONE C. M. e PARDOLESI R., *Qualche minimale considerazione conclusiva*, in *Foro it.*, 2018, V;

BARRA CARACCILO L., *«L'azione risarcitoria autonoma: una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite»*, in www.giustamm.it, 2009;

BARTOLINI A., *L'Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente - Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*;

BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 2;

BELLOCCHI A., *L'atto anormale nel processo penale*, Torino, 2011;

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975;

BENVENUTI F., voce *Giudicato (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969;

BERTI G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972;

BERTONAZZI L., *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2;

BERTONAZZI L., *Noticine sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4;

BERTONAZZI L., *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligenica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4;

BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996;

BIFULCO R., *La giustizia amministrativa nella repubblica Federale di Germania*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXV, *Gli ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, a cura di RECCHIA G., Padova, 1996;

BILANCIA F., *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 2012;

BILE F., *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, V;

BILE F., *La commissione bicamerale e la Corte (suprema?) di cassazione*, in *Corr. giur.*, 1998, 4;

BIN R., *Conflitti costituzionali*, in www.treccani.it;

BLANDO F., *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove autonomie*, 2015, 1;

BOGGIO P. C., *Riforma del Consiglio di Stato*, in *Riv. amm. del Regno*, 1853;

BURDEAU F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Parigi, 1995;

BUSCEMA L., *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 2014, 1;

CACCIAVILLANI C., *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it, 2007;

CAIA G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost., ora L'eccesso di potere di giurisdizione)*, in

FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018;

CAIANIELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, 4;

CAIANIELLO V., *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998;

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, III ed., Torino, 2003;

CALABRÒ C., *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza, Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1983;

CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Riv dir. proc.*, 1950, 1;

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, XXI, Padova;

CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, I, Torino, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, 2019;

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, 1954;

CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.* 1950, 1;

CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *ID.*, *Studi sul processo civile*, I, Firenze, 1923;

CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, in *ID.*, *Studi sul processo civile*, I, Firenze, 1923;

CALDARERA A., *Sul ricorso per cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2;

CALIFANO G. P., «Lento pede», *le sezioni unite raddrizzano il sistema di impugnazione delle sentenze non definitive*, in *Foro it.*, 2017, I;

CALÒ L., *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, in *Foro it.*, 2009, I;

CALZOLAIO E., *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2017, I;

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911;

CANNADA BARTOLI E., *In tema di giurisdizioni speciali e di Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Foro amm.*, 1957, 1;

CANNADA BARTOLI E., *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1963, 2;

CANNADA BARTOLI E., *Tre giudici per la trinacria*, in *Foro amm.*, 1974, 1;

CANNADA BARTOLI E., *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 2;

CANNADA BARTOLI E., voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1979;

CANTONE R., *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996;

CANZIO G., *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, in *Foro it.*, 2017, V;

CANZIO G., *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro it.*, 2018, V;

CAPACCIOLI E., *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*, in *ID.*, *Diritto e processo*, Padova, 1978;

CAPACCIOLI E., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *ID.*, *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978;

CAPONE A., *Per una dogmatica dell'abnormalità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016;

CAPONI R., nota a *Cass.*, Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254 in *Foro it.*, 2009, I;

CAPONI R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 3;

CAPONIGRO R., *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*;

CAPORALE F., *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5;

CAPPAI M., *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'Agcm*, Napoli, 2018;

CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I;

CARBONARA L., *Il giudicato a formazione progressiva e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017;

CARBONE A., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 2;

CARBONE G., sub art. 100, in G. BRANCA E A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Bologna, 1994;

CARBONE L., La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela, in *Foro amm. TAR*, 2009;

CARDI E. e COGNETTI S., voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990;

CARLASSARE L., *L'atto politico fra «qualificazione» e «scelta»: i parametri costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2;

CARLOTTI G. e FRATINI M., *L'appello al Consiglio di Stato*, in CARINGELLA F. e GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, VIII, Milano, 2008;

CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1924;

CARNELUTTI F., *Intervento*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno del 2 ottobre 1954*, Milano, 1956;

CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956;

CARPENTIERI P., *Pregiudiziale amministrativa: la Cassazione approfondisce il tema e ribadisce la sua posizione negativa. Ma apre la strada all'intervento del legislatore, indispensabile per porre condizioni e limiti al risarcimento senza annullamento*, in www.giustamm.it, 2019;

CARRATTA A., COSTANTINO G e RUFFINI G., *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 2018, V;

CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in federalismi.it, 2009;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di FRACCHIA F., XVII ed., Milano, 2015;

CASSATELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018;

CASSESE S. e TORCHIA L., *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Foro it.*, 2018, V;

CASSESE S., *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, *Gior. dir. amm.*, 2011, V;

CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000;

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015;

CATTANEO F., *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Torino, 2013, 38;

CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1;

CELLINI M. M., *Ancora sulla rilevabilità in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4;

CERETI C., *L'impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i «motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, ult. com., cost.)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Zanobini*, I;

CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979;

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4;

CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2009;

CERULLI IRELLI V., *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in www.giustamm.it, 2006;

CHELI E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961;

CHIEPPA R. e LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, 2007;

CHIEPPA R., *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988;

CHIODI G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969;

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923;

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli 1928;

CHITI M. P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012;

CHIZZINI A., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, 1997;

CICCHESE R., *Ricorribilità in Cassazione del decreto decisorio su ricorso straordinario*, in *Corriere Merito*, 2013;

CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2;

CINTIOLI F., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4;

CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4;

CIPRIANI F., *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V;

CIPRIANI F., *Regolamento di giurisdizione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991;

CIPRIANI F., *Sui conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario*, in *Foro it.*, 1982, I;

CIPRIANI F., *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I;

CLARICH M., *Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998;

CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1;

CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa: una nuova smentita da parte della cassazione alla vigilia di un chiarimento legislativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 7;

CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *ID.*, *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, adesso anche in *Foro amm.*, 9, 1989;

CODACCI PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *ID.*, *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900;

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010;

COLESANTI V., *Giurisprudenza "creativa" in tema di difetto di giurisdizione*, *Riv. dir. proc.*, 2009, 5;

COMMANDATORE C., *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. it.*, 2016;

COMOGLIO L. P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 2;

COMPORTE G. D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in FERRARA L. e SORACE D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, VII, Firenze, 2016;

CONSO C., *Di una ipotesi di «cassazione» costituzionale di decisione della Corte di cassazione: il giudicato e la stessa pronuncia dell'organo della nomofilachia quale atto illecito ed invasivo?*, in *Giur. it.*, 1991;

CONSOLO C., DI MAJO A. e TRAVI A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8;

CONSOLO C., *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettiva del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle Corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 6;

CONSOLO C., *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018, V;

CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989;

CONSOLO C., *La riforma della giustizia amministrativa. La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo*, in *Giust. civ.*, 2000, 12;

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012;

CONSOLO C., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos, l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo alla figura dell'abus del processo*, in *Corriere giur.*, 2017, 2;

CONSOLO C., *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3;

CONSOLO C., *Sul «processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007;

CONSOLO C., *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo «codice della giustizia amministrativa»*, in *Corr. giur.*, 2010, 6;

CONTESSA C., *Giudicato amministrativo e vincoli CEDU*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018;

CONTI R., *Dove va la responsabilità dello stato-giudice dopo la corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012, 2;

CONTI R., *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2004;

CONTI R., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.*, 2006, 11;

CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012;

CORPACIA A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1;

CORSO G., *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1;

CORSO G., *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997;

CORSO G., *L'adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, 3-4, 2014;

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2017;

CORTESE F., *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2;

COSENTINO A., *Brevi considerazioni a proposito del Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2018, V;

CRISCENTI C., *Le norme speciali per Regione Sicilia, Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2014;

CRISTOFANETTI L., *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932;

CROCE E., *Silvio Spaventa*, Milano, 1969;

CUGURRA G., *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 3;

CUOCOLO F., *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, 1;

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, III ed.;

D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012;

D'AMELIO M. e AZARA A., voce *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960;

D'AMELIO M. e ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929, 1;

D'AMICO M., *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione tra Stato e Regione su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990;

D'ANGELO F., *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla «affidabilità» delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3;

D'ANGELO F., *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla «affidabilità» delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3;

D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio e profili evolutivi*, Torino, 2013;

D'ANGELO L., *Conflitti costituzionali e pregiudiziale di annullamento: un possibile conflitto di attribuzione oltre le questioni di giurisdizione?*, in *Giust. civ.*, 2010, 5;

D'AURIA G., *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*, in *Foro it.*, 2018, V;

DAIDONE A. e PATRONI GRIFFI F., *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 2015;

DAL CANTO F., *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3;

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Milano, 2018;

DE FINA S., *Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961;

DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Corso di diritto pubblico amministrativo*, II, Firenze, 1881;

DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Dei conflitti di attribuzione. Trattato teorico-pratico*, Firenze, 1873;

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017;

DE NICTOLIS R., *In difesa della «pregiudizialità»*, in *Foro it.*, 2007, I;

DE NICTOLIS R., *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*;

DE NICTOLIS R., *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, in *Urb. app.*, 2012, 10;

DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019;

DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12;

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995;

DE SECONDAT C., barone di Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, traduzione italiana a cura di COTTA S., Torino, 1952;

DE SIERVO U., *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968;

DE VALLES A., nota a Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro it.*, 1953, IV;

DELFINO B., *Il nuovo Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Cons. Stato*, 2004, 2;

DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1;

DENTI V., *Norme sulla giurisdizione, sub art. 111*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, IV, *La magistratura*, Bologna, 1987;

DEODATO C., *I possibili rimedi avverso la sentenza di ottemperanza contrastante con il giudicato*, in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018;

DI MAJO A., *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.*, 2009, 5;

DICKMANN R., *Corte Costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della costituzione (nota a corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, e 24 ottobre 2007, N. 349)*, in *federalismi.it*, 2007;

DOMENICHELLI V., *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3;

DOMENICUCCI D. P., *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV;

DUGUIT L., *La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789*, in *Revue d'économie politique*, 1893;

ELEFANTE F., *Davvero un giudice può essere parte di un conflitto di attribuzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007;

ELEFANTE F., *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1;

ELEFANTE F., *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1;

F. G. COCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1989;

FALCHI DELITALA A., *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 7-8;

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2;

FANTI V., *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4;

FANTI V., *La "rivoluzione" operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007;

FANTINI S., *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. e app.*, 2009, 5;

FERONI G. C., sub *art. 100*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008;

FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2;

FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012;

FERRI C., *Limiti del controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968;

FERRONI M. V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005;

FINOCCHI GHERSI R., *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 23302/2011*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7;

FLORENZANO D., *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Trento 1994;

FOÀ S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Ius publicum*, 2015, 2;

FOLLIERI E., *I principi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI e A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015;

FOLLIERI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2014;

FOLLIERI E., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI E. e BARONE A., *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015;

FOLLIERI E., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4;

FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 4;

FOLLIERI E., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2015;

FOLLIERI E., *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2;

FOLLIERI E., *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014;

FOLLIERI E., *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3;

FOLLIERI F., *Correttezza (richtigheid) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014;

FRANCARIO F., *Degradazione e pregiudizialità quali limiti dell'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2007;

FRANCARIO F., *Diniego di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019;

FRANCARIO F., “*Disputare de potestate*”: *giustizia nell'amministrazione e giusto processo*, in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018;

FRANCARIO F., *Giudicato e revocazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018;

FRANCARIO F., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017;

FRANCARIO F., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4;

FRANCARIO F., *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza*, in *federalismi.it*, 2017;

FRANCARIO F., *Presupposti e limiti della giurisdizione del giudice amministrativo sulla regolarità contributiva attestata dal DURC*, in *Foro amm.*, 2018, 5;

FRENI F., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012;

FURNO E., *La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'insorgere di un nuovo “giudice a quo”!*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015;

FUSILLO A., *Omessa pronuncia e motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 4;

GALETTA D. U., *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;

GALETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998;

GALETTA D. U., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2;

GALLI L., *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4;

GALLO C. E., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, ora in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018;

GALLO C. E., *L'impugnazione in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3;

GALLO C. E., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, in *Dir. proc. amm.*, 1993;

GALLO C. E., *Manuale di giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, 2014;

GASPERINI M. P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002;

GATTAMELATA S., *Il ricorso in cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4;

GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I;

GIACCHETTI S., *Giurisdizione amministrativa, incertezza del diritto, sindrome di Pilato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006;

GIANA S., *sub art. 41 - Regolamento di giurisdizione*, in COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 2013;

GIANNINI M. S. e PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970;

GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione*, Milano, 1939;

GIANNINI M. S., *Il tribunale regionale amministrativo della Sicilia feliciter restitutum*, in *Giur. cost.*, 1975, 2;

GIANNINI M. S., *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 2;

GIANNINI M. S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2002;

GIANNINI M. S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 2, precedentemente in *Studi Sassaesi*, 1940, XVIII;

GILBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3;

GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009;

GISONDI R., *La Morte della pregiudiziale per un giudice amministrativo. Riflessioni a margine della sentenza 30254/08 delle Sezioni Unite*, in *www.giustamm.it*, 2009;

GIUNCHEDI F., *L'atto «abnorme» nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, 1909;

GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007;

GIUSTI A., *Il ricorso straordinario dopo la L. n. 69 del 2009, Notazioni a margine di TAR Lazio, Roma, Sez. I, sent. 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010;

GNES M., *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 2;

GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2;

GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1;

GOTTI P., *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.*, 2014, 1;

GRASSO G., *Il conflitto di attribuzioni tra le regioni ed il potere giudiziario*, Milano 2011;

GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3;

GRECO G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2;

GRILLO E., *Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 23464 del 2012*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1;

GROSSI P., *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss. nonché in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015;

GUICCIARDI E., *L'atto politico*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937;

HENRION DE PANSEY P. P. N., *De l'autorité judiciaire en France*, Parigi, 1828;

IANNOTTA L., *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3;

IASEVOLI C., voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004;

IMMORDINO M., *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011;

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016;

JEMOLO A. C., *Il Consiglio di Stato tra il 1848 e il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I;

JOUSSE D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, II, Parigi, 1769;

KANT I., *Die Metaphysik der Sitten*, trad. taliana a cura di VIDARI G., *Metafisica dei costumi*, 2009;

LAFERRIÈRE E. L. J., *Traité de la jurisdiction administrative*, VI, Parigi, 1888;

LAMORGESE A., *Dall'art. 37 CPC alla sentenza delle Sezioni unite n. 24883 del 2008*, in *www.giustamm.it*, 2008;

LAMORGESE A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in *federalismi.it*, 2018;

LAMORGESE A., *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, I;

LAMORGESE A., *La giurisdizione contesa: cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014;

LAMORGESE A., *Note in margine al Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2018, V;

LAMORGESE A., *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le sezioni unite non convincono*, in *Urbanistica e appalti*, 2006;

LANDI G., *Consiglio di Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961;

LANDI G., *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1955;

LAZZARA P., *«Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1;

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001;

LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976;

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4;

LESSONA C., nota a Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro amm.*, 1952, 2;

LESSONA S., *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, Torino, 1925;

LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016;

LIPARI N., *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 142, 2, 2017;

LOMBARDI G., *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, in *Atti del convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983;

LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino, 2015;

LUCANO, *Pharsalia*, I;

LUCIANI M., *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, 2018, V;

LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1;

LUCIFREDI R., *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IX ed., II, Milano, 2017;

MALTONI A., *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015;

MANDRIOLI C. e CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, XXVI ed., II, 2017;

MANGANARO F., *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011;

MANGANARO F., *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2;

MANGIA A., *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2;

MANNORI L. e SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001;

MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871-1873;

- MANTELLINI G., *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, III, Firenze, 1878;
- MARENA G., *Consacrazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto alla tutela caducatoria*, in *Danno e resp.*, 2009, 7;
- MARI G., *Il giudizio di ottemperanza*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II ed., Milano, 2013;
- MARI G., *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela; nonché in Dir. proc. amm.*, 2012, 1;
- MARINI F. S., *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in www.giustamm.it, 2014;
- MARINO I. M., *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993;
- MARONE F., *La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale*, *Foro it.*, 2019, I;
- MARRONE M., *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Ginevra, 1999;
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2005;
- MARUOTTI L., *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in www.giustamm.it, 2011;
- MARUOTTI L., *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5;
- MARUOTTI L., *Riflessioni sui poteri conformativi del giudice amministrativo, esercitabili quando la sentenza respinga il ricorso, dopo l'emanazione di pronunce cautelari propulsive o di 'ammissione con riserva'*, in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018;
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985;

MASSARI A., voce *Regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968;

MAZZAMUTO M., *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 3;

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

MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

MAZZAMUTO M., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2018;

MAZZAMUTO M., *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2;

MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2003;

MAZZARELLA F., *L'art. 3 della Costituzione e la disciplina processuale amministrativa differenziata in Sicilia*, in *Foro it.*, 1973, V;

MAZZARELLA F., *Passato e presente della Cassazione*, *Riv. trim., dir. e proc. civ.*, 1972;

MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990;

MAZZIOTTI DI CELSO M., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, 2, Milano, 1972;

MELIS G., *Silvio Spaventa*, in ID (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, I, Milano, 2006;

MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984;

MERUSI F., *Sicilia: giustizia amministrativa transitoria in attesa del "giudice legislatore"*, in *Riv. dir. proc.*, 1974;

MERUSI F., SPATTINI G. C. e FREGOSO E., *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia: giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, 2013;

MERUSI F., *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 4;

MESTRE J.L., *Introduction historique au droit administratif francais*, Parigi, 1985;

METASTASIO P., *Il Demetrio*, Venezia, 1731;

MIRATE S., *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3;

MODUGNO F., voce *Eccesso di potere (Profili generali)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989;

MORBIDELLI A., *Decisione del ricorso straordinario*, in MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015;

MORBIDELLI L., *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la L. n. 69 del 2009, alla luce di una monografia sul tema*, in www.giustamm.it;

MORELLI M. R., *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile su provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni*, in *Giust. civ.*, 1991, 2;

MORELLI M. R., sub art. 102, in CRISAFULLI V. e PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990;

MORELLI S., *L'impugnabilità in Cassazione del decreto sul ricorso al Capo dello Stato ne consacra il definitivo approdo all'area della giurisdizionalità*, in *Urb. e app.*, 2013, 4;

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V ed., I, Milano, 1923;

MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, II ed., I, Torino, 1897;

MORTARA L., *Un contrasto da evitare fra Consiglio di Stato e Cassazione*, in *Giur. it.*, 1931, 1;

MORTATI C., intervento in Assemblea costituente durante la seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, in <http://legislatureprecedenti.camera.it/>;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1955;

MORTATI C., voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino;

NARDOCCI C., *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato civile e amministrativo. L'orientamento della Corte costituzionale*, in federalismi.it, 2018;

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979;

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI ed., Bologna, 2002;

NIGRO M., *Il Consiglio di Stato come giudice e amministratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974;

NIGRO M., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra pluralità delle giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica*, Milano, 1985;

NIGRO M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996;

NIGRO M., *La giurisdizione sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1984;

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970;

NIGRO M., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1989, V;

OGGIANU S., *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011;

ORIANI R., *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, 1;

ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008;

ORLANDO V. E., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901;

ORLANDO V. E., voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, 1895-1898, VIII, II;

ORSI BATTAGLINI A. e MARZUOLI C., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3;

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005;

PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2;

PAGNI I., *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I;

PAJNO A., *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 9;

PAJNO A., *Il riparto della giurisdizione*, in CASSESE S., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003;

PAJNO A., *La giurisdizione*, in SANDULLI A., *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 2013;

PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 2;

PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2015;

PAJNO A., *Un Memorandum virtuoso*, in *Foro it.*, 2018, V;

PALMIERI A., *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedimento*, in *Foro it.*, 2009, I, 731;

PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005;

PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1;

PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 10;

PAPPALARDO R., *Il danno da impossibile esecuzione del giudicato alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017*, in GIOVAGNOLI R. (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Roma, 2018;

PAPPALARDO R., *Sul difetto di competenza della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato a conoscere dell'attuazione della misura cautelare disposta dalla Sezione consultiva in sede di esame di un ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI e M. LIPARI, *Foro amm.*, 2016, 12;

PARDOLESI R. e PINO G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V;

PARISIO V., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;

PASCIUCCO G., «*Il risarcimento del danno e la pregiudizialità amministrativa nelle parole della Cassazione*», in *Nuova giur. civ. comm.*;

PASTORELLI M., *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni Fiorentini*, 2008;

PASTORI G., *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996;

PATRITO P., *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016;

PATRITO P., *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009;

PATRONI GRIFFI F., *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione (Roma, Corte suprema di cassazione, 21 settembre 2017)*, in www.cortedicassazione.it;

PATRONI GRIFFI F., *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997;

PATRONI GRIFFI F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in federalismi.it, 2017;

PATRONI GRIFFI F., *Per un «dialogo tra le corti» al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *Foro it.*, 2018, V;

PATRONI GRIFFI F., *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017;

PENE VIDARI G. S., *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983;

PERFETTI L. R., *L'unità della giurisdizione nel progetto della commissione bicamerale per le riforme istituzionali*, in *Jus*, 2, 1998;

PERFETTI L. R., *La full jurisdiction come problema. pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in www.uniurb.it;

PESCATORE M., *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, 1, Torino, 1864;

PESCE G., *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012;

PESOLE L., *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino, 2002;

PICCARDI N., *Code Louis, I, Ordonnance Civile (1667)*, in PICCARDI N. e GIULIANI A. (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 1996;

PICOZZA E., *Effettività e giusto processo*, in STICCHI DAMIANI S. e VETRÒ F. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, 2010;

PICOZZA E., *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3;

PICOZZA E., *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5;

PIGNATARO S., *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, in *federalismi.it*, 2017;

PIRAS A., voce *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972;

PISANESCHI A., *Conflitti di attribuzione e questioni di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1991;

PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano, 1992;

PISANI M., *La «unificazione» della Cassazione in materia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2010;

POGGI A. M., *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995;

POLI G. G., *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, I, 977;

POLI G. G., *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, 1;

POLICE A. e CHIRICO F., *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1;

POLICE A., *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *AA.VV. Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011;

POLICE A., *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2;

POLICE A., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4;

POLICE A., *Il regolamento di giurisdizione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2005;

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001;

POLICE A., *Il ricorso incidentale*, in CIRILLO G. P. (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014;

POLICE A., *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *ApertaContrada*, 2015;

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997;

POMODORO S., *Per una più esatta definizione del conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960;

PONTICELLI P. G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato (Indagini storiche)*, Milano, 1958;

POTOTSCHNIG U., *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969;

PROTO PISANI A. e SCARSELLI G., *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2018, V;

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V;

PROTO PISANI A., *Chiosa ad una recente «conferenza» tenutasi a Roma il 18 dicembre 2017, presso il parlamento, in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità*, in *Foro it.*, 2018, V;

PROTO PISANI A., *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2019, V;

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V;

PRUDENZANO L., *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2014;

QUARTULLI A., *L'istituzione della IV Sezione, tra ragioni pratiche e ideologiche*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, I;

QUINTO P., *Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2011;

QUINTO P., *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011;

QUINTO P., *Le Sezioni unite certificano “la funzione giurisdizionale” del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it*, 2013;

QUINTO P., *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *www.giustamm.it*, 2011;

QUINTO P., *Pregiudiziale amministrativa: la recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell'amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, in *ww.giustamm.it*, 2019;

RAGGI L., *A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1908 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910;

RAGNISCO L., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La legge*, 1906;

RAIMONDI S., *Il modello siciliano della giustizia amministrativa nell'esperienza del foro*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2;

RAIMONDI S., *Il salvataggio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, nota a Corte Cost. 4 novembre 2004, n. 316, in *www.giustamm.it*, 2004;

RAIMONDI S., *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009;

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1;

RANDAZZO A., *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2017;

RANELETTI O. e AMORTH A., *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958;

REDENTI E., *Intorno al concetto di eccesso di potere*, in *Temi veneta*, 1908, ora in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962;

RICCI G. F., *Il giudizio civile di Cassazione*, II ed., Torino, 2016;

RICCI G. F., *Natura dell'impugnativa in Cassazione e i provvedimenti ricorribili*, in *Il giudizio civile di cassazione*, III ed., Torino, 2019;

ROCCO F., *Il Consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Foro amm.*, 1946, 4;

RODIER M. A., *Questions sur l'ordonnance de Luis XIV, du mois d'avril 1667*, Tolosa, 1777;

RODOTÀ S., *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971;

ROEHRSENN G., *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4;

ROMAGNOSI G. D., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., V, Firenze, 1832;

ROMANO A., *Giudice amministrativo e giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1992, I;

ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975;

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1837;

ROMANO S., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in ORLANDO V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1897;

ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1912;

ROMBOLI R., *La magistratura nei conflitti tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali: un problema ancora in attesa di soluzione*, in *Giur. cost.*, 1997;

ROMBOLI R., nota a Corte Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in *Foro it.*, 2013, I;

ROMBOLI R., nota a Corte Cost., ord. 8 febbraio 2019, n. 17, in *Foro it.*, 2019, I;

RONCO A., *Sull'immediata ricorribilità per cassazione della sentenza d'appello meramente rescindente ex artt. 353 e 354 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 11;

RORDORF R., *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, IV;

RORDORF R., *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V;

ROSSETTI I., *Stabilità giuridica contro revocazione: la Corte costituzionale chiude la partita*, in *Dir. proc. amm.*, 2018;

ROUSSEAU J. J., *Du contract social*, Ginevra, 1762.

ROVELLI F., *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli. Vita e pensiero*, Milano, 1938;

RUFFINI G., *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017;

RUGGERI A. e SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014;

RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*;

RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012;

RUSSO R., *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium*, 2017;

SAITTA F., *Giusto processo contabile e sindacato della Cassazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3;

SAITTA F., *Il ricorso straordinario*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012;

SALANDRA A., *Risoluzione delle controversie circa la competenza giurisdizionale e amministrativa*, ora in *Dir. e proc. amm.*, 2007;

SALATA F., *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I;

SANDULLI A. M., *Atti del Consiglio superiore della magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963, 2;

SANDULLI A. M., *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, 2;

SANDULLI A. M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, adesso in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990;

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974;

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989;

SANDULLI A. M., *Sulla natura del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana*, in *Giust. civ.*, 1955;

SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4;

SANDULLI A., *Indipendenza e imparzialità del giudice-consulente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 12;

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;

SANDULLI A., *La storia e i principi*, in ID (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 2013;

SANDULLI M. A., *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018;

SANDULLI M. A., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *federalismi.it*, 2018;

SANDULLI M. A., *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass., sez. un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1;

SANDULLI M. A., *I recenti interventi della corte costituzionale e della corte di cassazione sulla translatio iudicii*, in *federalismi.it*, 2007;

SANDULLI M. A., *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal TAR. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze*, in *federalismi.it*, 2018;

SANDULLI M. A., *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *www.federalismi.it*, 2012;

SANDULLI M. A., *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II ed., Milano, 2013;

SANDULLI M. A., *L'abuso del processo*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2013;

SANDULLI M. A., *Note a primissima lettura delle sentenze n. 4109 delle sezioni unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 2008;

SANDULLI M. A., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in *federalismi.it*, 2015;

SANDULLI M. A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018;

SANINO M., *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014;

SANTORO S., *Ammissibilità del ricorso alle SS.UU. della Cassazione avverso una sentenza del T.A.R. emessa in sede di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1;

SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4;

SATTA F., *Quid novi dopo la sentenza n. 3054 del 2008 delle sezioni unite?*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 10;

SATTA S. e PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000;

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962;

SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970;

SCHMITT C., *Der Hüter der Verfassung*, trad. it. Milano, 1981;

SCHUPFER C., *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in ORLANDO V.E. *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, 1897;

SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 1;

SCIARRINO V., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012;

SCOCA F. G., *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 1;

SCOCA F. G., *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011;

SCOCA F. G., *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017;

SCOCA F. G., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014;

SCOCA F. G., *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, in LORUSSO S. (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico. Atti del Convegno per il decennio della Facoltà di Giurisprudenza (Foggia, 24-25 novembre 2006)*, Milano, 2009;

SCOCA F. G., *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corr. giur.*, 2012, 1;

SCOCA F. G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3;

SCOCA F. G., *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11;

SCOCA F. G., *Piccola storia di un serrato "dialogo" fra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Maramma*, 2, Napoli;

SCOCA F. G., *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1;

SCOCA F. G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in PARISIO V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;

SCODITTI E., «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV;

SCODITTI E., *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2018, V;

SCOGNAMIGLIO A., *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *www.judicium.it*, 2007;

SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2;

SIGISMONDI G., *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la ‘translatio iudicii’*, in *Urb. e app.*, 2007, 7;

SIGISMONDI G., *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?* in *Foro it.*, 2018, I;

SIGISMONDI G., *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1;

SIGISMONDI G., *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV;

SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988;

SIMEOLI D., *“Vincolo” del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE: brevi note*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016;

SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017;

SPADARO N., *Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 7-8;

SPADARO N., *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecaata dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016;

SPAGNA MUSSO V., *Sulla sindacabilità degli atti del C.S.M. da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1962;

SPATTINI G. C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1;

SPAVENTA S., *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), oggi reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;

SPUNTARELLI S., *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3;

SQUAZZONI A., *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1;

STAIANO S., *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in federalismi.it, 2018;

STANCANELLI G., *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971;

STROZZI G., *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009;

TANDA P., *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico e giurisdizione unica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1;

TANDA P., *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: Atti del Convegno*, Roma, 9 ottobre 2015, Torino, 2015;

TARANTINO L., *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. e app.*, 2015, 5;

TARUFFO M., *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991;

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991;

TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011;

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;

TARULLO S., *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. dir. pubbl.*, 2017;

TÄUBLER E., *Relatio ad principem*, Klio, XVII, 1921;

TEDESCHI E., *Rapporto tra ricorso principale ed incidentale in materia d'appalto: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4;

TIMO M., *Processo amministrativo - Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2019, 6;

TISCINI R., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009;

TOMAIUOLI P., *L'"altolà" della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in www.giurcost.org, 2018;

TONOLETTI B., *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I;

TORCHIA L., *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4;

TORRENTE A., *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954;

TORSELLO M., *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it;

TRAVIA A., *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, I, 983;

TRAVI A., *Alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996;

TRAVIA A., *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, in *Foro it.* 2016, I;

TRAVI A., *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*, in *Foro it.*, 2014, III;

TRAVI A., *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in www.giustamm.it, 2017;

TRAVI A., *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in www.giustamm.it, 2017;

TRAVIA A., *Giudizio di ottemperanza*, in www.treccani.it;

TRAVI A., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V;

TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004;

TRAVI A., *In tema di principio di proporzionalità e di appello c.d. improprio*, in *Foro it.*, 2007, 11;

TRAVI A., *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in DALFINO D. (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016;

TRAVI A., *L'unità della giurisdizione*, in *Jus*, 2011;

TRAVI A., *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III;

TRAVI A., *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6;

TRAVI A., *Le origini del nostro sistema di giustizia amministrativa*, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019,;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2019;

TRAVI A., nota a Cass. Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787, in *Foro it.*, 2015, I;

TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998;

TRAVI A., *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III;

TRAVI A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017;

TRAVI A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V;

TRAVI A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3;

TRAVI A., voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997;

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016;

TRISORIO LIUZZI G., voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.*, 1997, aggiornato nel 2017;

TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo “interno” ed “esterno” tra Corti*, in FRANCARIO F. e SANDULLI M. A. (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018;

TROPEA G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012;

TROPEA G., *L’abuso nel processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015;

TROPEA G., *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1;

TROPEA G., *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3;

TUCCI M., *Doppia giurisdizione e Assemblea Costituente*, in *giustamm.it*, 2017;

ULPIANO, *Liber Singularis Regularum*, 1;

URBANO G., *Riflessioni sull’impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1;

VACCARELLA R., *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*;

VACCARELLA R., *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicij*, in *federalismi.it*, 2008;

VACCARI S., Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III;

VACIRCA G., *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008;

VALAGUZZA S. e MARTELLA I., *L’effettività della tutela nell’esperienza giurisprudenziale*;

VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016;

VALAGUZZA S., *L’illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1;

VARRONE C., *La pregiudizialità amministrativa: un mito in frantumi*, in *www.giustamm.it*, 2009;

VERDE G., *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 2;

VERDE G., *L'effettività della tutela giudiziaria (in occasione di un convegno in omaggio a Salvatore Mazzamuto)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2;

VERDE G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2;

VERDE G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

VERRIENTI L., voce *Ricorso per Cassazione (decisione giurisdizionale amministrativa)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997;

VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017;

VILLATA R., «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013;

VILLATA R., *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2;

VILLATA R., *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3;

VILLATA R., *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa ... ma le sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008;

VILLATA R., *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in www.giustamm.it, 2009;

VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1;

VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, *Dir. proc. amm.*, 1989, 3;

VIOLA L., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in www.federalismi.it, 2011;

VIRGA P., *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 1;

VITTA C., *Il controllo della Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950;

WRIGHT V., *La Réorganisation du Conseil d'Etat en 1872*, in *Études et documents du Conseil d'Etat*, 1972, 25;

ZAGREBELSKY G. e MARCENÒ V., *La giustizia costituzionale*, II ed., 2, Bologna, 2018;

ZANNUTTIGH L., "Italia Nostra" di fronte al Consiglio di Stato, in *Foro it.*, 1974, III;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1958;

ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004;

ZITO A., *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011.

