

I limiti esterni della giurisdizione amministrativa

INDICE

INTRODUZIONE.....	3
PARTE I.....	5
Evoluzione storico-giuridica del concetto di limiti esterni.....	5
CAPITOLO I.....	5
Ruolo delle Sezioni Unite come organo regolatore della giurisdizione.....	5
1. Profili storici e principi generali sul concetto di limite esterno.....	5
2. Ipotesi superamento limiti esterni.....	17
L'eccesso di potere giurisdizionale.....	17
Sconfinamento nella sfera del legislatore.....	18
Utilizzo da parte del G.A di poteri di cognizione e decisione più ampi di quelli ad esso attribuiti dalla legge.....	45
Difetto assoluto di giurisdizione.....	58
Difetto relativo di giurisdizione.....	68
Irregolare composizione collegio giudicante.....	75
CAPITOLO II.....	82
Principio di effettività della tutela giurisdizionale e violazione del diritto UE come “motivo inerente alla giurisdizione”.....	82
1. Principio di effettività e rapporti con l'ordinamento sovranazionale.....	82
2. Principio di effettività come possibile motivo inerente alla giurisdizione.....	91
Evoluzione giurisprudenziale sul concetto di limiti esterni.....	129
CAPITOLO I.....	129
La giurisprudenza fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018.....	129
1. La generale interpretazione di limiti esterni della giurisdizione.....	129
2. Definizione del principio di effettività secondo la giurisprudenza.....	133
3. La sentenza n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale.....	150

Evoluzione giurisprudenziale dei limiti esterni dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018.....	158
1. Adeguamento della giurisprudenza alla pronuncia della Consulta.....	158
2. L' ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE n.19598 del 2020.....	169
3. La sentenza Corte di Giustizia UE del 21 dicembre 2021.....	187
CONCLUSIONI.....	190
BIBLIOGRAFIA.....	201
GIURISPRUDENZA.....	207

INTRODUZIONE

L'argomento che si vuole trattare in questo lavoro, senza pretesa di esaustività stante i numerosi interventi sul punto, oltre che essere di grande attualità come le vicende degli ultimi tempi hanno dimostrato, assume importanza ai fini della tenuta del nostro sistema costituzionale, con riferimento all'esercizio del potere giudiziario, in quanto la questione riguardante i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo attiene al vertice del sistema, così come delineato dalla nostra Costituzione.

A tal fine l'elaborato è diviso in due parti che affrontano, rispettivamente, la dottrina e la giurisprudenza attinenti al tema.

Lo scopo di questo lavoro è quello di esaminare l'ambito di applicazione dell'articolo 111, 8° comma, Cost., che ammette il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato solo per motivi inerenti alla giurisdizione, analizzando come questa disposizione è stata interpretata nel corso degli anni, soprattutto con riferimento ad un nuovo indirizzo giurisprudenziale che ne ha ampliato il perimetro di operatività.

Si cercherà di comprendere le ragioni che hanno portato all'attualità questo importante tema, ancorando l'indagine ai principi ed agli istituti del diritto amministrativo, alla disciplina del diritto costituzionale, approfondendo i motivi insiti nel cosiddetto "scontro" tra le Corti, non senza qualche incursione nel diritto civile, con particolare riferimento alla distinzione tra la tutela piena del diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

Nello specifico, con il primo capitolo si intende, anzitutto, descrivere il concetto di limite esterno della giurisdizione, partendo da un breve excursus storico tramite il quale verrà spiegata l'istituzione delle Sezioni Unite come organo regolatore della giurisdizione. Nel medesimo capitolo saranno analizzate le ipotesi c.d. "tradizionali" di superamento dei limiti esterni, e ciò attraverso l'esame della dottrina.

Il secondo capitolo verte invece sul principio di "effettività" come possibile motivo inerente alla giurisdizione. Si procederà quindi con l'analisi dei rapporti tra il nostro ordinamento e gli ordinamenti sovranazionali, per arrivare a comprendere come questi hanno influito, e in

che misura, sulla concezione della giurisdizione intesa in senso dinamico ed evolutivo. Infatti, attraverso di essa si è diffusa l'idea per la quale il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato debba essere esteso fino a ricomprendere la violazione del principio di effettività ed il conseguente diniego della tutela giurisdizionale.

La seconda parte, divisa anch'essa in due capitoli, è interamente dedicata all'analisi giurisprudenziale del concetto di limiti esterni della giurisdizione amministrativa, per ripercorrere le tappe che hanno portato alla storica sentenza n. 6 del 2018, con la quale la Corte Costituzionale ha fatto chiarezza in materia, delimitando l'indicato perimetro della norma costituzionale

Il secondo capitolo dimostra come poi la giurisprudenza si sia adeguata al "dictum" dell'Alta Corte, mettendo tuttavia in luce come le Sezioni Unite hanno in qualche maniera ripreso il principio di effettività con riferimento al diritto sovranazionale, in particolare con una recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, che sarà anch'essa ampiamente analizzata.

Per concludere verranno riportate una serie di soluzioni offerte in dottrina per porre rimedio al cosiddetto "scontro" tra le Corti, ma tesi conclusiva di questo lavoro sarà che, seguendo la strada della sentenza n. 6 del 2018, la Carta Costituzionale contiene in sé già gli strumenti per mantenere gli equilibri tra i vari plessi giurisdizionali.

PARTE I

Evoluzione storico-giuridica del concetto di limiti esterni

CAPITOLO

Ruolo delle Sezioni Unite come organo regolatore della giurisdizione

1. Profili storici e principi generali sul concetto di limite esterno

La funzione della Cassazione come organo regolatore della giurisdizione trova origine nella legge 31 marzo 1877, n. 3761. Con tale legge si è voluto introdurre un sistema, che segnava il distacco dalla legislazione francese¹, ovvero dal sistema di unitarietà delle giurisdizioni, invece realizzato con la legge n. 2248, all. E del 1865. L'articolo 1 stabiliva che “la pubblica amministrazione, oltre la facoltà ordinaria di opporre, in qualunque stato di causa, la incompetenza dell'autorità giudiziaria, quando sia parte del giudizio o abbia facoltà di intervenirevi, può anche in tutti i casi usare del mezzo straordinario di promuovere direttamente sopra tale incompetenza la decisione della Corte di Cassazione, nel modo e cogli effetti determinati negli articoli seguenti”. Il successivo articolo 3, comma 3 disponeva, che era attribuito esclusivamente alle sezioni della Cassazione il potere di “giudicare sui conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per

¹ Il sistema francese viene più volte citato in quanto costituisce un unicum tra gli ordinamenti occidentali. L'organizzazione giurisdizionale si divide in due grandi categorie, indipendenti tra loro: i giudici ordinari (judiciares o i giudiziari), che hanno giurisdizione in materia di liti tra privati ed in ambito penale e i giudici amministrativi (administratifs), i quali esercitano la propria giurisdizione con riferimento ai rapporti tra le amministrazioni e gli amministrati. In questo quadro si colloca il Tribunal des conflits (tribunale dei conflitti), istituito con la Costituzione francese del 1848 e poi soppresso durante il secondo Impero dal 1852 al 1872, anno in cui fu reintrodotta con legge 24 maggio 1872 ed in vigore tutt'oggi. La funzione del Tribunal des conflits è principalmente quella di dirimere i conflitti sorti tra la giurisdizione ordinaria ed amministrativa e la sua particolarità riguarda la composizione, poiché esso è composto in parità di numero da membri del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione (P. Patrino, “I motivi inerenti alla giurisdizione nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato”, Napoli, 2016, 55; F. De Stefano, “I discutibili presupposti del tribunale dei conflitti”, *Questione giustizia*, 30 maggio 2019, 10), <https://www.questionegiustizia.it>.

incompetenza od eccesso di potere”. Da notare come *alla Cassazione, pertanto, fu quindi attribuito il compito di controllare il rispetto dei confini tra giudici speciali e g.o. e tra giudici speciali o g.o. e pubblica amministrazione, originariamente al fine di reprimere le incursioni dei giudici speciali nel territorio assegnato al potere giudiziario ordinario, al potere amministrativo e al potere legislativo*².

La legge sui conflitti di attribuzione del 1877 conferiva alle Sezioni Unite un duplice strumento: il mezzo straordinario, così definito dalla medesima legge, con cui la Cassazione doveva stabilire, prima della decisione, se la controversia potesse formare o meno oggetto di pronuncia giurisdizionale (si tratta dell’antecedente storico dell’attuale regolamento preventivo di giurisdizione disciplinato all’articolo 41 c.p.c.); e in sede di impugnativa la Cassazione aveva anche il compito di stabilire se la pronuncia del giudice speciale avesse oltrepassato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione. Quindi la legge del 1877 non si è limitata a disciplinare il conflitto di attribuzione tra pubblica amministrazione e giurisdizione ordinaria, ma all’articolo 3, comma 3, ha provveduto a disciplinare anche i conflitti di giurisdizione in senso stretto vale a dire l’attribuzione alla Corte di Cassazione di giudicare sui conflitti positivi o negativi fra tribunali ordinari e altre giurisdizioni speciali, nonché delle nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza o eccesso di potere. In dottrina è stato evidenziato che tale legge si è inserita in un contesto particolare in quanto *nella formula proprio dello Stato liberale-garantista, accentuava la preminenza della garanzia dei diritti soggettivi, rispetto alla garanzia della sfera dell’amministrazione, attribuendo alla Cassazione di Roma, identificata per questa funzione come vertice dell’organizzazione giurisdizionale preposta alla tutela dei diritti soggettivi di privati, di stabilire nei confronti dell’amministrazione che la contestasse, se sussistesse la giurisdizione o se, escluso che la controversia involgesse la tutela dei diritti soggettivi, non sussistesse la competenza giurisdizionale trattandosi di <affari> da devolversi all’esclusiva competenza amministrativa, cioè ad una sfera di amministrazione riservata*³.

2 A. Lamorgese, “Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato”, *federalismi. It, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato europeo*, N. 1, 3 gennaio 2018.

3 V. Caianiello, “Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione”, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979, 72.

Allo stesso tempo però vi è chi ha affermato che *la regola introdotta, come si è visto, nel 1877, di affidare la risoluzione dei conflitti alle sezioni unite della Corte di cassazione costituisce un “anomalia” in quanto si attribuisce questo compito “ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa, perché il conflitto verte fra gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciali”*⁴. Prima dell’entrata in vigore della legge del 1877, vigeva la legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, che ha abolito i tribunali del contenzioso amministrativo ed ha concentrato la giurisdizione nel giudice ordinario, uniformandosi ad una logica di *sfere garantite*⁵: da una parte il giudice ordinario, al quale fu attribuita la tutela dei diritti soggettivi; dall’altra l’Amministrazione preposta alla cura dei pubblici interessi, il cui potere era insindacabile dal giudice ordinario fin quando la funzione esercitata dalla P.A. non violasse direttamente la sfera dei privati⁶. A tal fine l’allegato E prevedeva all’articolo 4 il meccanismo della disapplicazione, mediante il quale era garantita tutela ai singoli, in quanto il giudice ordinario poteva disapplicare (in concreto, non tenerne conto nella fattispecie) il provvedimento lesivo di un diritto. La legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo ha trasformato il principio della separazione dei poteri in formula organizzativa, ispirandosi alla logica di sottrarre al giudice funzioni che potessero essere concorrenti con quelle esercitate dall’Amministrazione. La situazione è mutata nel 1889 con l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato alla quale fu attribuita la funzione di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro atti e provvedimenti di una pubblica autorità lesivi di interessi individuali o di enti morali giuridici. In questo modo il conflitto di giurisdizione acquisì maggiore rilevanza rispetto al conflitto di attribuzione, dal momento che la legge istitutiva della IV sezione conferiva tutela giurisdizionale a *quelle situazioni giuridiche che il vecchio sistema del contenzioso amministrativo aveva in passato fornito tutela latu sensu giurisdizionale, e che la legge del 1865 aveva regredito ad <affari> di esclusiva competenza dei poteri discrezionali della Pubblica Amministrazione*⁷.

4 M. Clarich, “Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile”, *Diritto Processuale Amministrativo*, Fasc., 2, 1 giugno 2021, 215.

5 V. Caianiello, cit., 71.

6 Anche nel regolare la giurisdizione la Suprema Corte fa nomofilachia, ma con riguardo alla norma sulla giurisdizione (soltanto).

7 M.P. Gasperini, “Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito”, 2002, Padova, 30.

La legge istitutiva della IV Sezione non le conferì natura giurisdizionale e difatti essa fu definita in dottrina addirittura come *organo impuro*⁸, poiché fin dal momento della sua istituzione aveva esercitato funzioni puramente amministrative e non giurisdizionali. A tal proposito è stato osservato da F.G.Scoca (“Recours pour excès de pouvoir o“>e ricorso al giudice amministrativo stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse”, Dir. Proc. amm., fasc. 1, 2013, 5-6) che *in Italia il ricorso al giudice amministrativo, concepito come ricorso amministrativo dal legislatore del 1889, e destinato a porre rimedio alle lacune di tutela derivanti dalla riforma del 1865, non avrebbe potuto trasformarsi spontaneamente, ossia per opera del Consiglio di Stato, in azione giurisdizionale, sia per la chiarezza della legge istitutiva della Quarta Sezione, sia soprattutto per l’estraneità ormai acquisita, all’ordinamento italiano della nozione di contenzioso amministrativo; e ciò nonostante che non si fosse ancora consolidata la (rigida) concezione “formale” della giurisdizione, e che il principio di separazione di poteri potesse ancora essere inteso come distinzione tra funzioni (e non solo di organi pubblici). E’ stato quindi necessario l’intervento (non disinteressato) della Corte di cassazione romana, nelle vesti di giudice della giurisdizione. Il ricorso per l’annullamento degli atti amministrativi illegittimi è stato trasformato in strumento giurisdizionale nel corso dell’ultimo decennio del sec. XIX, allo scopo di consentire alla Cassazione, nelle sue vesti, appunto, di giudice della giurisdizione, di verificare che il Consiglio di Stato non invadesse lo spazio contenzioso attribuito della legge del 1865 al giudice ordinario.*

Tuttavia, dopo varie esitazioni è intervenuta la l. n. 62 del 1907 che, per risolvere la questione circa la natura giurisdizionale o amministrativa della IV Sezione del Consiglio di Stato, ha riconosciuto il carattere giurisdizionale della stessa ed ha istituito la V Sezione, alla quale furono attribuite funzioni giurisdizionali. Inoltre suddetta legge all’articolo 6 prevedeva la proponibilità del ricorso in Cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato per “assoluto difetto di giurisdizione”.

Da notare come, ancora prima dell’entrata in vigore della Costituzione, esistevano già delle norme che hanno anticipato l’attuale formulazione dell’articolo 111, 8° comma, Cost..

⁸ L. Mortara “Commentario del codice e delle leggi di procedura civile”, 64.

Tale disposizione stabilisce che i motivi per ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato attengono solo alle questioni di giurisdizione, distinguendoli così dalla questione più generale di violazione di legge, prevista dal precedente comma 7°, differenza che contraddistingue l'impugnazione delle sentenze del giudice ordinario dal ricorso avverso le decisioni del Consiglio di Stato.

Vengono qui in rilievo le due principali funzioni della Suprema Corte: la funzione di nomofilachia, intesa come controllo dell'*esatta osservanza ed uniforme interpretazione della legge* e la funzione della Cassazione come organo regolatore della giurisdizione, esercitata concretamente tramite il sindacato sui limiti esterni sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

Gli ultimi due commi dell'articolo 111 hanno costituzionalizzato due fondamentali funzioni, già previste nel R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, ovvero la normativa sull'ordinamento giudiziario, che all'articolo 65, rubricato "attribuzioni della corte suprema di cassazione", dispone che essa "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 attribuzione e di competenza".

Dalla lettura del 7° comma dell'articolo 111 si evince che sono assoggettabili per violazione di legge al ricorso in Cassazione tutte le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali (per questi ultimi, come si dirà più avanti, al pari del C.diS. e della C.deiC., solo per difetto di giurisdizione, per il combinato disposto con l'art. VI delle disposizioni Transitorie e finali). In dottrina è stato segnalato da M.P. Gasperini, (cit., 43), che la disposizione in questione non fa riferimento ad una situazione giuridica soggettiva specifica, e che quindi *nulla osta, sul piano costituzionale, a che la Corte di cassazione possa ritenersi abilitata a svolgere la propria funzione di nomofilachia a garanzia della tutela (non solo dei diritti soggettivi, ma anche) degli interessi legittimi, non essendovi alcuna disposizione di rango superiore che circoscriva il sindacato di legittimità della Suprema corte unicamente alle decisioni sui diritti soggettivi*. Tesi avallata anche dalla Corte Costituzionale, la quale con sentenza 16 giugno 1995, n. 247, ha affermato, che si potrebbe *tutt'al più valutare l'opportunità di una modifica della norma invocata, non*

potendosi viceversa consentire l'introduzione in via interpretativa di un'ulteriore eccezione al principio generale, ivi previsto, di impugnabilità in Cassazione delle sentenze di ogni giudice.

Invece le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono sottratte al controllo di legittimità previsto dal comma 7° (al pari delle decisioni di ogni altro Giudice speciale), e possono essere impugnate, come già detto, soltanto *per motivi inerenti alla giurisdizione*. Come ha affermato A. Panzarola, (“Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo”, Riv. Trim. dir. proc. civ., fasc. 2, 1 giugno 2018, 587) *la previsione costituzionale secondo la quale <il ricorso in cassazione> <contro le decisioni del Consiglio di Stato> è ammesso <per i soli motivi inerenti alla giurisdizione> (art. 111, comma 8°, cost) costituisce una restrizione della regola (art. 111, comma 7°, cost.) della generale ammissibilità del <ricorso in Cassazione> per violazione di legge <contro le sentenze > degli ordini giurisdizionali ordinari o speciali.*

L'articolo 113 della Costituzione nel disporre che “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi”, ha costituzionalizzato la figura dell'interesse legittimo. In dottrina è stato osservato, che esiste *una direttiva costituzionale di massima che fonda il discrimine tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa sulla diversa natura delle situazioni soggettive deducibili in giudizio, e che pare consentire, più specificatamente, il riconoscimento di una (peculiare) funzione nomofilattica anche in capo al Consiglio di Stato nell'ambito delle proprie attribuzioni*⁹ (come peraltro deriva oggi dall'art. 99 c.p.a.).

La medesima norma ha introdotto la possibilità di attribuire allo stesso Consiglio di Stato la cognizione su diritti soggettivi con la conseguente sottrazione di questi ultimi alla garanzia del ricorso in Cassazione previsto dall'art. 111, 7° comma, Cost..

Si deduce che la supremazia della Corte di Cassazione risulta comunque affermata, e questo perché, è vero, la Costituzione riserva al Giudice Amministrativo il sindacato sugli interessi legittimi ed in particolari casi estende la sua cognizione anche ai diritti soggettivi, ma tuttavia lascia alla Cassazione in esclusiva, il potere di stabilire se si è in presenza di un

⁹ M.P. Gasperini, cit., 47.

interesse legittimo o di un diritto soggettivo, in virtù della sua funzione di organo regolatore della giurisdizione. Tale compito fondamentale assicura il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e conferisce unità ad un sistema giudiziario, il quale è caratterizzato invece da una pluralità di giurisdizioni (ex VI Disp. Transitorie e finali Cost.).

La legge “Norme sui conflitti di attribuzione” del 1877 è stata incorporata nel T.U del Consiglio di Stato (r.d. n. 1054/1924) ed è rimasta in vigore fino al 1940, anno in cui è stato promulgato il codice di procedura civile, che ha recepito il contenuto della legge n. 3761 del 1877, seppur con alcune modifiche. Difatti, mentre la legge sui conflitti di attribuzione utilizzava il termine “competenza”, il nuovo ed attuale codice di procedura civile ha invece sostituito la competenza con la parola “giurisdizione”. Bisogna, infatti, segnalare che prima dell’entrata in vigore del codice di procedura civile era sconosciuta a livello di diritto positivo la distinzione tra competenza e giurisdizione, in quanto la legge sui conflitti di attribuzione ed il previgente codice processuale attribuivano ai due termini il medesimo significato, utilizzandoli come equivalenti (questo era un retaggio dell’art. 1 l. 20-3-1865, n. 2248. all. E, recante la abolizione dei giudici speciali, dovuta alla necessità, allora politico - istituzionale, di rendere uniforme ed effettivo il sistema giustizia del nuovo Stato nazionale, che si sostituiva ai differenti ordinamenti giuridici e giurisdizioni degli stati preunitari).

Secondo il vigente codice di procedura civile, la Corte di Cassazione conosce delle questioni di giurisdizione in determinati casi: art. 37 c.p.c., che disciplina l’eccezione di difetto di giurisdizione; art. 41, che introduce il regolamento preventivo di giurisdizione; infine gli artt. 360 e 362, che disciplinano, rispettivamente, il ricorso per Cassazione contro le sentenze del giudice ordinario ed il ricorso contro le sentenze di un giudice speciale.

Come si è detto, il vigente codice processuale ha inglobato le norme della legge del 1877, integrata dalla legge del 1907, per cui il vizio di giurisdizione causato dal travalicamento dei limiti esterni è rilevabile soltanto in via successiva, non essendo previsto il regolamento preventivo di giurisdizione nei confronti del giudice amministrativo.

L’articolo 360 c.p.c. distingue anch’esso i motivi attinenti alla giurisdizione dalla violazione di legge, inclusiva degli “errores in iudicando” ed “errores in procedendo”. Ai sensi del n. 1 dell’articolo 360 c.p.c. “le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado

possono essere impugnate con ricorso per cassazione per motivi attinenti la giurisdizione”. Il successivo articolo 362 c.p.c. stabilisce che “possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'articolo 325 secondo comma - (30 giorni dalla notificazione della sentenza impugnata) -, le decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso”. Secondo la dottrina¹⁰ il primo comma dell'articolo 362 presenta delle somiglianze con l'articolo 3 della legge n. 3761 del 1877, citato sopra, il quale utilizzava invece i termini “incompetenza” ed “eccesso di potere” per indicare i motivi di ricorso per cassazione sulle decisioni delle giurisdizioni speciali; infatti per incompetenza si intendeva la invasione nelle sfere di competenza attribuite ad altri organi giurisdizionali, mentre per eccesso di potere la usurpazione di poteri attribuiti ad organi legislativi o amministrativi¹¹. Il secondo comma dell'articolo 362 disciplina invece i conflitti di attribuzione, anch'essi già regolati dalla legge n. 3761 del 1877.

Con l'avvento della Costituzione nel 1947, il ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione è stato costituzionalizzato. L'articolo 111, comma 8°, della Costituzione dispone che “contro le decisioni del Consiglio del Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”. Medesima disposizione è contenuta anche negli articoli 362 cod. proc. civ., e 91 e 110 c.p.a..

Nei confronti del Giudice Amministrativo, la Corte di Cassazione non costituisce un ulteriore grado di giudizio ma si atteggia con funzione di regolazione della giurisdizione e nonostante si possa considerare un mezzo di impugnazione, così come stabilisce l'articolo 91 c.p.a., le Sezioni Unite devono limitarsi a stabilire la sussistenza del superamento dei limiti esterni. La norma in questione non circoscrive il perimetro entro il quale la Corte di Cassazione può operare, ma si limita a nominare i “motivi inerenti alla giurisdizione”. In dottrina è stato difatti evidenziato da E. Redenti (“Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo”, cap. vizi di costituzione o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione, 1962, Milano, 693 ss.) che *noi non abbiamo una definizione legale del <difetto di giurisdizione>, e nell'uso corrente (anche fra giuristi) il termine può assumere*

10 M.V. Ferroni, cit., 77.

11 V. Andrioli, Commento al codice di procedura civile, vol. II, Napoli, 519: l'articolo 362 ripete in forma più concisa la formula incompetenza o eccesso di potere.

un significato più o meno esteso. Nella sua accezione più ristretta allude alla emanazione (da parte di un giudice) di provvedimenti (o di pseudo provvedimenti) fuori dai limiti legittimi segnati ai poteri o alle funzioni (attribuzioni) del sistema degli organi giurisdizionali. Rispetto a questa accezione (più ristretta) del termine, si può dire benissimo, come ha detto quella volta la Cassazione, che il difetto di giurisdizione è un vizio di attività.

Tuttavia si evince dalla disposizione che sicuramente rimangono esclusi dalla cognizione delle Sezioni Unite i c.d. “errores in procedendo” o “in iudicando”, essendo suddetto sindacato limitato soltanto *all’accertamento dell’eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione del giudice amministrativo*¹². Per “errores in procedendo” si intendono tutte quelle questioni riguardanti i presupposti processuali, le condizioni per decidere la domanda nel merito, le ipotesi di nullità della sentenza ed in genere le norme processuali; gli “errores in iudicando” riguardano invece i casi di applicazione ed interpretazione delle norme sostanziali che regolano il rapporto giuridico dedotto in giudizio. Quindi *si escludono invece dai <motivi inerenti la giurisdizione> le violazioni di legge dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche e da vizio del processo logico della decisione, da manchevole valutazione delle prove e da inosservanza delle disposizioni che regolano lo svolgimento del processo*¹³.

La casistica dei motivi inerenti alla giurisdizione è stata elaborata in via giurisprudenziale dalle Sezioni Unite, che hanno individuato i casi in cui è possibile ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo, costituito in primo grado dai Tribunali amministrativi regionali ed in appello dal Consiglio di Stato, elaborando a tal fine la distinzione tra limiti interni ed esterni della giurisdizione. Ne deriva, che *i motivi di giurisdizione sono categoria più ampia dei meri conflitti di giurisdizione e si estendono a tutte le ipotesi in cui si discute sull’esistenza o sulla mancanza, o sulla misura e appartenenza della potestà giurisdizionale*¹⁴.

F. Modugno (“Eccesso di potere giurisdizionale”, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1989, Vol. XII, 3) ha individuato i vizi attinenti alla giurisdizione sulla base

12 P. Patrito, cit., 11.

13 F. Modugno, cit., 5.

14 M.V. Ferroni, “Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del consiglio di stato”, Padova, 2005, 162.

dell'elaborazione giurisprudenziale sviluppata fino a quel momento, che ammetteva l'impugnazione nei seguenti casi: *A) il c.d. eccesso (di potere) giurisdizionale, per aver il Consiglio di Stato invaso il campo riservato alla libera discrezionalità della p.a.; B) l'invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, sia essa propria di altri poteri dello stato, ovvero di un giudice ordinario o speciale; C) l'esplicazione di un sindacato, di merito, allorché la potestas iudicandi limita l'indagine esclusivamente alla legittimità dell'atto amministrativo; D) il rifiuto di giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto di funzione giurisdizionale; E) l'irregolare costituzione del collegio giudicante, in quanto la mancanza dei presupposti costitutivi essenziali dell'organo si inquadra anch'essa nel difetto di giurisdizione*>.

Anche dottrina più recente ha riepilogato i casi di superamento dei limiti esterni, aggiungendo peraltro un altro caso, che viene oramai incluso nei motivi inerenti la giurisdizione, ovvero lo sconfinamento nella sfera del legislatore. In particolare I. Zingales ("Il difetto assoluto di giurisdizione tra apparenza e realtà", *Foro Amm.*, fasc. 5, 2000, 2022 ss.) ha affermato che *il sindacato della Suprema Corte sulle decisioni del Consiglio di Stato è circoscritto all'osservanza dei limiti della giurisdizione, per cui possono essere denunciati soltanto vizi attinenti: a) all'esistenza stessa della giurisdizione, il che si verifica quando il Consiglio di Stato abbia esercitato la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario quando abbia negato la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale; b) ai limiti della giurisdizione, il che si verifica quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure quando abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri, oppure ancora quando in materia attribuita alla propria giurisdizione abbia effettuato un sindacato di merito in casi in cui la sua potestas iudicandi è limitata alla sola indagine di legittimità degli atti amministrativi; c) all'erronea costituzione del collegio giudicante, dato che la mancanza dei presupposti costitutivi essenziali dell'organo si inquadra anch'essa nel difetto di giurisdizione.*

I motivi inerenti la giurisdizione possono essere così riassunti:

1. Sconfinamento nella sfera del legislatore.
2. Invasione nella sfera dell'Amministrazione.
3. L'aver il G.A. violato i limiti esterni della propria giurisdizione.
4. L'aver declinato o ritenuto erroneamente la propria giurisdizione.
5. L'irregolare composizione del collegio giudicante.

La distinzione tra limiti esterni ed interni della giurisdizione viene utilizzata per individuare i casi in cui è possibile ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

L'ordinamento traccia dei limiti sia nei confronti dei poteri esterni che interni allo Stato, limiti di carattere internazionale e costituzionale, che nessun giudice può travalicare. I limiti interni attengono alle valutazioni che il giudice esprime nell'ambito dei propri poteri giurisdizionali e ne consegue che la pronuncia può essere sindacata solo da giudici appartenenti allo stesso plesso giurisdizionale. La loro previsione è funzionale *all'esistenza di una pluralità di ordini giurisdizionali con la conseguenza di rendere necessario un criterio di distribuzione delle controversie fra essi*¹⁵. I limiti esterni della giurisdizione si ricollegano al principio di separazione dei poteri e si considerano oltrepassati, quando il giudice si sostituisce al potere legislativo, al potere amministrativo o infine al potere di un giudice appartenente ad altro ordinamento.

V. Caianiello ("Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione, in Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo", Milano, 1979, 63 ss.) ha definito i limiti esterni evidenziando la differenza con i limiti interni: *quando si parla di limiti internazionali, o di limiti costituzionali della giurisdizione si tracciano i limiti esterni del potere appartenente all'ordinamento giudiziario italiano, oltre i quali non può spingersi alcun giudice; quando invece senza uscire dall'ordinamento giurisdizionale si cerca quali siano i limiti della giurisdizione affidati a ciascun tipo di organi giurisdizionali,*

¹⁵ V. Caianiello, cit., 70.

o anche a ciascun organo appartenenti 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 giudice diverso. Per quanto riguarda la differenza tra limiti esterni ed interni: la prima categoria di limiti prende dunque in considerazione l'intero sistema degli organi giurisdizionali e quei limiti vengono quindi in considerazione come limiti generali di attribuzioni. La seconda categoria di limiti consegue come si è detto, alla ripartizione interna delle attribuzioni giurisdizionali fra i vari giudici: la distinzione dei rispettivi campi e delle rispettive sfere è fatta con riferimento alle materie che la legge attribuisce all'uno o all'altro giudice ed al fine di distinguere dagli altri quei casi concernenti il limite interno, si è parlato di giurisdizione - competenza o di competenza.

Non rientrano nel concetto di limiti esterni gli errores in iudicando e in procedendo. Mentre la violazione deducibile con il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del giudice ordinario è sia quella sostanziale che processuale, il ricorso contro le sentenze del Consiglio di Stato può riguardare solo i limiti esterni. Difatti non è ammissibile il ricorso alle Sezioni Unite per denunciare eventuali errores in iudicando o in procedendo, poiché rientrano nel “genus” della violazione dei limiti interni, e non ineriscono né ai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, né all'esistenza di vizi attinenti all'essenza della funzione giurisdizionale, bensì al modo del suo esercizio.

Vi sono state pronunce delle Sezioni Unite che hanno distinto la mera inosservanza della legge processuale, costituendo un error in procedendo, dalla violazione di legge che integra un radicale stravolgimento delle norme di rito, da cui consegue diniego di giustizia (Cass. S.U. 5-4-2017, n. 8798; 17-1-2017, n. 964; 18-10-20, n. 19598). La questione relativa al diniego di giustizia e la violazione dei limiti esterni verrà affrontata in seguito con riferimento al principio di effettività.

2. Ipotesi superamento limiti esterni

L'eccesso di potere giurisdizionale

L'eccesso di potere giurisdizionale si configura quando il Giudice Amministrativo invade la sfera riservata ad altri poteri dello Stato, alternativamente il potere legislativo (sconfinamento) o quello della Pubblica Amministrazione (invasione). Nello specifico, quando la pronuncia del Consiglio di Stato abbia travalicato i limiti della propria giurisdizione, invadendo la sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa. *Secondo uno schema di base, esso sussiste quando: a) il G.A inventa norme inesistenti; b) esercita poteri amministrativi, esorbitando dai limiti della cognizione di legittimità*¹⁶. Come ha osservato M. Nigro (“Giustizia amministrativa”, 1994, Bologna, 169) l'ipotesi di eccesso di potere per sconfinamento si configura concretamente con *l'uso da parte del giudice (...) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge.*

L'eccesso di potere giurisdizionale è stato anche individuato con il concetto¹⁷ *secondo il quale s'intende sia l'invasione da parte dei giudici amministrativi o speciali della sfera di attribuzioni riservata ai giudici ordinari o ad altri giudici speciali, sia viceversa, l'invasione da parte del giudice ordinario della sfera riservata ai giudici amministrativi o speciali (c.d. difetto di giurisdizione- competenza), sia infine la invasione da parte dei giudici ordinari o speciali nella sfera di attribuzioni riservata alla discrezionalità del complesso Governo- pubblica amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione). Nella terminologia della cassazione, l'espressione <eccesso di potere giurisdizionale> è specificatamente riservata, però a quest'ultima ipotesi nell'ambito della categoria generica delle <questioni di giurisdizione>. Da notare come la definizione appena citata è più ampia; dottrina ha fatto notare come l'eccesso di potere in passato era riferito al difetto assoluto di giurisdizione, e dunque all'invasione di campo. La funzione giurisdizionale è nel nostro ordinamento, esclusivamente riservata ai <giudici> come < sistemi di organi > dello stato*

¹⁶ A. Cassatella, “L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa”, Riv. Trim. Dir. Pubbl., fasc. 2, 1 giugno 2018, 635.

¹⁷ F. Modugno, cit., 3.

differenziati da qualsiasi altro organo (art. 102 e 103 Cost.), si deve subito ammettere l'esistenza di <limiti> generali alle loro attribuzioni giurisdizionali, che nessuno di essi può superare, a pena di non esercitare affatto la giurisdizione.

Sconfinamento nella sfera del legislatore

L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa è un'ipotesi di superamento dei limiti esterni, che si traduce nell'usurpazione della funzione legislativa da parte del Giudice Amministrativo. Rientra tra i i motivi inerenti alla giurisdizione per i quali è consentita l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato in Cassazione e costituisce una delle ipotesi tradizionali di vizio attinente la giurisdizione, essendo prevista anche dalla legge 31 marzo 1877, n. 3761, di cui si è già parlato. Difatti l'articolo 3, comma 1, n. 3, della legge n. 3761/1877 consentiva di ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato viziate da eccesso di potere, inteso come invasione nel campo riservato al legislatore o all'Amministrazione attiva. L'ipotesi dello sconfinamento è ravvisabile nei casi di radicale stravolgimento delle norme o di applicazione di una disposizione di legge creata dal giudice speciale, sostituendosi all'attività di creazione normativa propria del legislatore. E' stato definito, l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del legislatore, come conseguenza della *violazione dei limiti esterni dell'attività interpretativa del giudice, come principalmente definiti dalle preleggi, nella parte in cui fissano i presupposti ed i criteri dell'interpretazione estensiva ed analogica delle disposizioni attributive di poteri amministrativi e delle stesse norme d'azione e modali dotate di espresso fondamento positivo nella l. n. 241/1990 o nelle singole leggi speciali*¹⁸. La conseguenza di questa affermazione è che il giudice, per non commettere una violazione sindacabile ex art. 111, 8° comma, Cost., non dovrà creare una norma "ex novo", ma limitarsi ad interpretare le disposizioni normative già presenti nell'ordinamento giuridico. Come ha osservato F. Olla, ("Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge", Giust. Civ., fasc. 6, 2008,

¹⁸ A. Cassatella, "L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa", rivista trimestrale di diritto pubblico, fasc. 2, 1 giugno 2018, 635.

1548), *costituisce limite esterno anche il c.d. <limite costituzionale della giurisdizione>*. Più precisamente, se, da un lato, può ritenersi superata la rigida divisione fra i poteri dello Stato, non si può trascurare, dall'altro lato, che la collaborazione tra gli stessi presuppone limiti rigorosi e la precisa delimitazione dei reciproci rapporti. Tuttavia, occorre analizzare i limiti dell'attività interpretativa del giudice ed il rapporto tra creazione normativa ed interpretazione, il cui confine è molto labile¹⁹. La differenza sul piano pratico consiste nel fatto che l'attività di interpretazione propria del giudice, attiene ai c.d. limiti interni della giurisdizione, non riguardante i limiti esterni della stessa, i quali si intendono superati, qualora il giudice sconfini *nella zona dell'arbitraria creazione del diritto* e per i quali è ammesso il ricorso in Cassazione ex art. 111, 8° comma, Cost..

Il giudice moderno non è più considerato come mera "bouche de la loi"²⁰, ed è stata abbandonata la tesi secondo la quale il giudice non può interpretare la legge, ma limitarsi soltanto ad applicarla al caso concreto (sulla necessità di distinguere deliberatamente tra interpretazione ed applicazione della norma, G. Zagrebelsky, "Diritto allo specchio", Torino, 2018, 293 ss.). La prova di ciò si può rinvenire nell'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario: "la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", disposizione che conferisce alla Cassazione la funzione nomofilattica. Si è quindi appresa la consapevolezza del fatto che *l'attività interpretativa della giurisprudenza racchiude in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto e che il giudice crea anche regole nuove derivandole dai principi*,

¹⁹ Particolarmente per l'attività di nomofilachia della Cassazione (dove vale la differenza tra norma e principio di diritto; la ratio decidendi appropriata deve dare conto del non sconfinamento del principio nella norma), atteso che la Suprema Corte è giudice comunque di ultima istanza. La esperienza ci insegna che i giudici della Suprema Corte hanno sempre fatto grande e consapevole attenzione a questo aspetto, particolarmente rilevante, in virtù dell'autorevolezza del consigliere relatore, della verifica del presidente della sezione e, per quanto attiene alle Sezioni Unite, della qualificata composizione delle stesse. Che il pericolo sia costante lo rileva, anche se a favore del "self restraint" della Cassazione, la vicenda giudiziaria del caso Englaro, la cui sentenza è stata censurata davanti la Corte Costituzionale per difetto di attribuzione di poteri, sostenendosi che nell'occasione la Corte di Cassazione non aveva fatto nomofilachia ma aveva creato nuova norma: la Consulta con ordinanza 8 ottobre 2008 n.334 ha invece ritenuto che la Suprema Corte non era fuoriuscita dal suo binario istituzionale.

²⁰ Espressione utilizzata da Montesquieu nella sua opera "*L'esprits des lois*", pubblicata nel 1748 e nella quale si rinvencono due principi fondamentali: la separazione dei poteri e la subordinazione del giudice alla legge. Secondo quest'ultimo principio, il giudice deve applicare la legge senza ricorrere all'attività di interpretazione, poiché in caso contrario, violerebbe il principio della separazione dei poteri, indispensabile per assicurare la garanzia della libertà. La funzione giurisdizionale è per Montesquieu un'attività di applicazione del diritto senza interpretazione, in quanto "*les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi*" (P.A. Del Frate, "L'interpretazione autentica nel XVIII secolo - Divieto di *interpretatio* e riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico, Torino, 112-114).

*oppure aumentando l'estensione di clausole generali, e ancora dando rilievo all'equità, o infine legittimando regole emergenti dalla prassi*²¹.

I criteri di cui si avvale il giudice per interpretare la legge sono descritti all'articolo 12 delle preleggi, rubricato "interpretazione della legge", secondo cui, al primo comma, "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Il secondo comma stabilisce che "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Il primo strumento da utilizzare è il criterio letterale e nel caso in cui l'interprete, tramite la lettera della norma, riesca ad individuare in modo chiaro il significato della disposizione, non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario (per la trasposizione negli atti inter vivos vale l'art. 1362 segg. c.c.). Inoltre l'articolo 12 delle preleggi disciplina il criterio dell'interpretazione estensiva, *"che consente l'utilizzazione di norme regolanti casi simili (e non già identici), sia quello dell'interpretazione analogica (analogia legis), che consente l'utilizzazione di norme che disciplinano materie analoghe, ossia istituti aventi solo qualche punto in comune con il caso da decidere"*²².

La dottrina ha osservato come l'interpretazione risulta essere sempre un'attività creativa, come si è visto anche dal testo dell'articolo 12 preleggi, ma quando il giudice *nell'interpretare la legge ponga la stessa fuori dal sistema, e quindi neghi il sistema, può ragionevolmente ritenersi che egli fuoriesca dai limiti dell'interpretazione per sconfinare nella zona dell'arbitraria creazione del diritto*²³. Non vi sono dubbi sul fatto che il giudice disponga di un ampio "potere creativo" nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale e tale attività di creazione, investe tutti i passaggi che compongono il ragionamento decisorio, riflettendosi al termine nella decisione finale e comprensivi dell'interpretazione della norma da applicare al caso concreto.

21 S. Chiarloni, "Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di diritto nuovo", Riv. Trim. dir. Proc. Civ., fasc., 1, 2002, 1.

22 G. Cian e A. Trabucchi, "Commentario breve al codice civile", 2019, 12.

23 F. Olla, cit., 1551, cfr. S. Satta "il Giudice e la legge", in Quad. dir. Proc. Civ., 1970, 8 ss..

Come ha affermato, M. Taruffo, (“Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”, Riv. trim. dir. Proc. Civ., fasc., 1, 2001, 11), vi è il pericolo che l’esercizio di questo potere creativo *degeneri nell’uso arbitrario del potere da parte di colui che lo esercita e si tratta di stabilire il confine tra decisione discrezionale e decisione arbitraria, cosa che è di ovvia importanza nell’ambito dell’amministrazione della giustizia nel moderno Stato di diritto*. A proposito della distinzione tra interpretazione e creazione del diritto, si è detto, lo sconfinamento *ci sarebbe quando il giudice applica una norma da lui creata, ma che esula dall’eccesso di giurisdizione per invasione di sfera di competenza del potere legislativo, l’attività di interpretazione di norma di legge, anche ove la norma applicabile sia individuata non in base al tenore letterale della legge ma attraverso un’interpretazione sistematica*²⁴. La dottrina ricorda che l’ipotesi dell’usurpazione della funzione legislativa viene considerata, sia dalla dottrina stessa che dalla giurisprudenza, come “ipotesi di scuola”, in quanto tale vizio *potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un’attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un’attività interpretativa*²⁵. Difatti Cass. S.U. 21 novembre 2011, n. 24411 ha definito l’eccesso di potere giurisdizionale per invasione ai danni del legislatore come “*figura di rilievo affatto teorico*” ed ha affermato la *non configurabilità del preteso eccesso di potere (già affermato nell’ordinanza 24175 del 2004 in continuità con la n. 11091 del 2003) le volte in cui il giudice speciale individui una regola juris facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme*. Nel definire tale vizio come un’ipotesi “*meramente teorica*”, la Corte di Cassazione ha ristretto i casi di sconfinamento nella sfera legislativa, perché infatti, come ha osservato M.A. Sandulli, *considerare ipotesi meramente teorica, di scuola, ovvero irrealizzabile, l’usurpazione della potestà legislativa compiuta dall’organo giudicante nell’esercizio dell’attività ermeneutica, equivale a fornire a tale ultima attività un ampio raggio d’azione*. Secondo Cass. S.U. 25 marzo 2019, n. 8311, *l’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui*

24 R. De Nictolis, “Codice del processo amministrativo”, 1, 2017, Wolters Kluwer.

25 M.A. Sandulli, “L’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un’ipotesi meramente teorica?”, Foro Amministrativo (II), fasc. 2, 1 febbraio 2020, 169.

creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non invece quando si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi eventualmente, un "error in iudicando", ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

La logica conseguenza di questo ragionamento è che non si può parlare di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa, se il giudice esercita un'attività di interpretazione sistematica, non limitandosi al tenore letterale della norma (interpretazione letterale), per ricercarne la ratio. Il tema dello sconfinamento da parte del giudice Amministrativo nella sfera del legislatore è stato definito di *"rilievo meramente teorico"* anche da Cass. S.U. 15 luglio 2003, n.11091. Parte ricorrente lamentava l'eccesso di potere, poiché il Giudice Amministrativo non aveva preso in considerazione la normativa comunitaria ai fini della decisione. La ricorrente sosteneva che la violazione del diritto dell'Unione Europea non avrebbe integrato un mero error in iudicando bensì un limite esterno della giurisdizione, in quanto *esorbita dai propri confini l'esercizio della "potestas iudicandi" che, discostandosi da siffatti principi, omette di inserire nella logica della specifica decisione gli elementi di valutazione nascenti da tutte le disposizioni sulle quali le parti abbiano sollecitato lo sviluppo del contraddittorio.* Ci si riferisce ai principi del giusto processo, che *innovano lo stesso concetto di giurisdizione, rendendolo permeabile ai contenuti sostanziali delle norme che, attraverso l'opera del giudice, sono destinate a trovare concreta applicazione.* In questa sede le Sezioni Unite hanno respinto l'interpretazione estensiva dei limiti esterni con riguardo ad una violazione di norma comunitaria alla luce del principio del giusto processo. Principio di diritto ribadito recentemente da Cass. S.U. 11 novembre 2019, 29085, secondo cui il contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto europeo non configura eccesso di potere giurisdizionale sindacabile dalle Sezioni Unite, visto che la violazione del diritto sovranazionale (europeo e CEDU) non dà origine ad un vizio sindacabile ai sensi del comma 8°, articolo 111, Costituzione.

Affermazione contraddetta da recedente sentenza n. 20821 del 2019 secondo la quale *il caso di radicale stravolgimento delle norme di riferimento tali da ridondare in denegata giustizia* rientrano nei limiti esterni sindacabili dalle Sezioni Unite. Il tema relativo alla violazione del diritto sovranazionale verrà affrontato in seguito, con riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale. Sempre con riferimento al diritto europeo, Cass. S.U. 17 gennaio 2017, n. 956 ha escluso lo sconfinamento nella sfera legislativa in caso di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con il diritto europeo da parte del giudice nazionale e conseguente applicazione diretta della disposizione europea.

Essendo ormai superata la tesi del giudice come mera “bocca della legge”, non si può negare all’attività di interpretazione carattere creativo e se tale attività venisse definita come sconfinamento ai danni del legislatore, verrebbe meno la distinzione tra la violazione di legge e l’eccesso di potere giurisdizionale. Tuttavia, in dottrina è stato segnalato che *l’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore si sarebbe potuto configurare come il [contenitore] più idoneo per veicolare un vizio di violazione di legge tra i motivi di giurisdizione*²⁶.

R. De Nictolis ritiene che *esiste almeno una ipotesi certa di invasione del giudice nella sfera del legislatore* ed essa consiste nella disapplicazione di una norma di legge ritenuta incostituzionale dal giudice a quo, senza aver sollevato la questione di legittimità alla Corte Costituzionale. Così facendo, il giudice eserciterebbe un sindacato diffuso, che la legge riserva al Giudice delle Leggi ai sensi dell’articolo 134 della Costituzione. A tal proposito è ricordato il caso De Magistris in cui il giudice avrebbe invaso la sfera legislativa, disapplicando la disposizione di legge, senza richiedere l’intervento della Consulta. Nel caso di specie le Sezioni Unite hanno dichiarato non configurata la figura dello sconfinamento.

²⁶ M.V. Ferroni, “Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del consiglio di stato”, 2005, Padova, 169.

Invasione nella sfera della P.A.

L'eccesso di potere per invasione nella sfera della Pubblica Amministrazione sussiste tutte le volte che il Giudice Amministrativo eccede i limiti posti dalla giurisdizione di legittimità e sconfina nella discrezionalità amministrativa, ambito riservato alla P.A., esercitando il proprio sindacato "*in ambiti coperti da riserva di amministrazione*"²⁷.

Ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione, "il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, e in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". La Carta Costituzionale ha anzitutto riconosciuto la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, attribuendo quest'ultimi alla giurisdizione amministrativa, sancendo così la regola del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Quest'ultimo è stato definito come il "*giudice naturale*" degli interessi legittimi²⁸, avendo la giurisdizione di legittimità carattere generale. La giurisdizione esclusiva, anch'essa costituzionalizzata, è invece limitata ad ipotesi tassative, come si vedrà in seguito. L'articolo 7 c.p.a. riprende il contenuto dell'articolo 103 della Costituzione, definendo l'ambito della giurisdizione amministrativa: sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi. Il comma 3 della medesima disposizione stabilisce che la giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva, estesa al merito. Il successivo comma 4

²⁷ M.V. Ferroni, cit., 165.

²⁸ L'interesse legittimo è un figura tipica ed esclusiva dell'ordinamento italiano, non essendo prevista negli altri sistemi giuridici ed è costituzionalizzata agli articoli 24, 2° comma, 103 e 113 della Costituzione, al pari del diritto soggettivo. È una situazione giuridica soggettiva tutelata in una forma che può dirsi indiretta o riflessa (Diritto pubblico a cura di F. Modugno, II ed., Torino, 590), a differenza del diritto soggettivo, che riceve una tutela piena ed immediata dall'ordinamento. La funzione di amministrazione attiva ovvero l'esercizio di quei poteri che la legge attribuisce ad un determinato apparato pubblico, pone la P.A. in un rapporto giuridico amministrativo con il privato cittadino, titolare di un interesse legittimo. Quest'ultimo si trova in un rapporto non paritario con la Pubblica Amministrazione, la quale trovandosi in una posizione sovra-ordinata, emana provvedimenti amministrativi in virtù della sua funzione esecutiva, idonei ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica del soggetto destinatario. Si dice che il destinatario del provvedimento riceve una tutela indiretta o riflessa, poiché egli trovandosi in una posizione sotto-ordinata rispetto al P.A., può soltanto pretendere (per il principio di legalità) che l'atto sia legittimo ovvero esente da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (art. 21 octies, l. n. 241/1990), che rendono il provvedimento amministrativo annullabile. Si suole distinguere tra interessi legittimi pretensivi e interessi legittimi oppositivi. L'interesse legittimo è pretensivo quando il provvedimento amministrativo è volto a conseguire un vantaggio al destinatario; mentre vi è interesse legittimo oppositivo quando il provvedimento lede l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio.

definisce la giurisdizione di legittimità, disponendo che “sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni...”.

Dottrina²⁹ ha fatto notare che il modello generale di poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo, che aveva ispirato l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, era quello del giudizio *impugnatorio – cassatorio* ovvero *un giudizio di verifica prevalentemente formale e documentale della legittimità (cioè della conformità alle previsioni legislative) degli atti dell’Amministrazione pubblica*. Nel 1889, come detto, fu istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, che fu investita della funzione di decidere sui ricorsi contro gli atti o provvedimenti illegittimi, aventi per oggetto “un interesse d’individui o di enti morali giuridici” (art. 26 T.U. della legge del Consiglio di Stato del 1924), in quanto viziati da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere e di conseguenza i poteri decisorii della nascente IV sezione erano funzionali all’azione di annullamento dell’atto viziato.

La giurisdizione di legittimità, oltre che generale è definita anche “*limitata*” con riferimento al potere di cognizione che non può estendersi alle valutazioni di merito (o di opportunità dell’amministrazione) ma neanche limitare le valutazioni tecniche.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato era precluso al Giudice Amministrativo il giudizio sul fatto al fine di rispettare il proprio sindacato di legittimità. *In altri termini, il giudice amministrativo di legittimità poteva sì svolgere un’indagine quanto all’esistenza (o meno) di determinati fatti, ma non poteva spingersi oltre nel sindacare la correttezza delle valutazioni che di quei medesimi fatti l’Amministrazione pubblica aveva effettuato nell’emanare un provvedimento amministrativo*³⁰. Questo perché, è escluso che il Giudice Amministrativo possa effettuare un sindacato intrinseco delle valutazioni e degli apprezzamenti fatti dalla P.A. (al fine di gestire l’interesse pubblico nel concreto), elementi che attengono alla riserva di amministrazione o anche alla discrezionalità tecnica e come tali insindacabili in giudizio³¹.

29 A. Police, “Le forme della giurisdizione”, in Scoca F.G., a cura di, Giustizia Amministrativa, Torino, 98.

30 A. Police, “Le forme della giurisdizione”, cit., 99.

Ne deriva che il sindacato di legittimità comporta che la verifica del giudice non entra nel merito delle scelte discrezionali dell'Amministrazione, sostituendo la propria valutazione a quella effettuata dall'apparato amministrativo, ma si limita a rilevare la presenza di vizi, che inficiano la legittimità del provvedimento. *Il sindacato sul provvedimento dell'amministrazione può essere anche molto penetrante, ma resta pur sempre esterno e indiretto e pertanto non deborda dal perimetro del sindacato di legittimità*³². Ed è proprio quando viene varcata questa soglia che si configura l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione ai danni della Pubblica Amministrazione, vale a dire quando il giudice amministrativo *sconfini dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, ovvero invada l'ambito di competenza riservato alle valutazioni dell'autorità amministrativa, e cioè quando la sua indagine non abbia a circoscriversi entro l'ambito dei limiti richiesti dal riscontro della legittimità del provvedimento impugnato, ma risulti funzionale ad una diretta, concreta valutazione dell'opportunità dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento si sia, in concreto, sostituita a quella dell'amministrazione*³³. Viene in rilievo la distinzione tra funzione di amministrazione attiva ed attività giurisdizionale. *Comunemente si ritiene che la giurisdizione si riconduca allo stato come una sua funzione in contrapposizione alle altre principali funzioni (legislativa ed esecutiva)*³⁴, ed è proprio il principio di separazione dei poteri che impedisce al giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione. A tale principio si è ispirato il codice del processo amministrativo, che contiene alcune disposizioni chiaramente improntate sul principio di separazione di poteri: l'art. 7, co. 1, "non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"; l'art. 134 disciplina i casi tassativi di giurisdizione esclusiva; ed infine l'articolo 34, comma 2, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", considerato dalla giurisprudenza e dottrina

31 Come è stato osservato in dottrina (A. Police, "Le forme della giurisdizione", cit., 99), la limitazione relativa ai poteri di cognizione del G.A. si rifletteva anche nei mezzi istruttori messi a disposizione dello stesso nell'esercizio della giurisdizione di legittimità. La legge n. 205 del 2000 ha introdotto la consulenza tecnica. La svolta si è avuta con il nuovo codice del processo amministrativo che ha ampliato il novero dei mezzi istruttori esperibili in giudizio (art. 63 e segg. c.p.a.).

32 M. Clarich, "Manuale di diritto amministrativo", IV ed., Bologna, 222.

33 R. De Nictolis, cit., 35.

34 G. Leone, "Elementi di diritto processuale amministrativo", VI ed., Wolters Kluwer, 31.

amministrativa come *l'espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri* (Adunanza Plenaria 27 aprile n. 5 del 2015)³⁵. La funzione di amministrazione attiva consiste nell'esercitare in concreto i poteri che la legge attribuisce ad un determinato apparato amministrativo per perseguire l'interesse pubblico. Nel fare ciò, la Pubblica Amministrazione si avvale della c.d. discrezionalità amministrativa³⁶, che le consente di scegliere la soluzione migliore al caso concreto ed infatti *l'esercizio del potere amministrativo si traduce di norma nell'adozione di scelte da parte degli apparati pubblici: si tratta, infatti, di decidere se, quando e come utilizzare gli strumenti di intervento conferiti dalla legge, adottando i conseguenti atti e provvedimenti*³⁷. Questa discrezionalità non può mai essere messa in discussione dal Giudice Amministrativo, il cui sindacato deve limitarsi ai profili di legittimità del provvedimento *ovvero alla verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato ed ai profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità del provvedimento* (Cass. S.U. n. 1013/2014). Un esempio concreto di invasione è offerto da Cass. S.U. 17 febbraio 2012, n. 2312. Le Sezioni Unite hanno accolto il ricorso presentato da parte ricorrente (Trenitalia s.p.a.), che aveva denunciato l'invasione da parte del Consiglio di Stato, nell'ambito della discrezionalità riservata all'amministrazione, il quale aveva annullato il provvedimento di esclusione alla

35 <https://www.foroplus.it/home.php>, 3/02/2022.

36 E' ricondotta al genere della discrezionalità anche la discrezionalità tecnica. Secondo dottrina (G. Napolitano cit., p. 163.) *ciò che la distingue è il particolare contenuto del fatto da accertare o valutare ai fini dell'assunzione della decisione*. Si tratta quindi di un giudizio tecnico - scientifico, dove non vi è ponderazione di interessi in gioco ma applicazione meccanica di regole e principi tecnico-scientifici. V. la fondamentale analisi di A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, XIII ed., Napoli, 1982, pag. 525: la discrezionalità tecnica "non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta (in ordine all'agire) alla stregua di esse. Nei casi in questione la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore; e all'Amministrazione è rimessa semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche, quali quelle della medicina, dell'estetica, dell'economia, dell'agricoltura, ecc. (p. es. giudizio circa la pericolosità epidemica di una malattia, i pregi artistici di un quadro, il valore economico di un fabbricato, il livello di preparazione dell'allievo di una scuola o del partecipante al concorso per un impiego, lo stato di cultura e la fertilità di un terreno). Una volta compiuta tale valutazione, l'autorità amministrativa è poi vincolata (salvo che disponga anche di discrezionalità amministrativa) a provvedere in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a far riconoscere".

37 G. Napolitano, "La logica del diritto amministrativo", II ed., 162. Definizione dell'interesse legittimo è quella per cui l'interesse legittimo consiste in una posizione di interesse qualificato propria del soggetto privato destinatario di un provvedimento amministrativo, il quale trovandosi di fronte all'esercizio del potere di imperio (autoritativo) della P.A. non può contestare o sindacare né l'esercizio del potere né il merito del provvedimento (ovvero come la P.A. ha scelto di soddisfare l'interesse pubblico), poiché essa si trova in posizione sovraordinata al fine del soddisfacimento dell'interesse pubblico, ma può nel procedimento amministrativo o giudiziario, previsto per legge, contestarne la legittimità, ovvero la non conformità dell'atto al paradigma legale (aspetto formale, ovvero ancora sotto il profilo della legittimità) previsto per quel tipo di attività amministrativa e di provvedimento amministrativo.

gara poiché viziato da eccesso di potere. Il Collegio ha affermato che *la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisce ipotesi di “sconfinamento” vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A., quand’anche l’eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell’area dell’annullamento dell’atto, è approdo indiscutibile nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (S.U. 137 del 1999, 19604 del 2003, 28263 del 2005, 9443 del 2011 e 23302 del 2011) al quale il collegio intende dare piena continuità.* Il legislatore conferisce all’amministrazione appaltante un ampio margine di discrezionalità circa il requisito dell’affidabilità (art. 38, lett. F, d.lgs. n. 163/ 2006) e ne discende che la decisione circa l’esclusione di un partecipante alla gara per “deficit di fiducia”, deve essere frutto di una valutazione discrezionale della P.A. sulla quale il controllo del giudice deve essere svolto *ab extrinseco, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai sostitutivo (come si accusa nella specie abbia fatto il Consiglio di stato).* Nel caso di specie, la stazione appaltante (Trenitalia s.p.a.) aveva escluso le offerte presentate dalla società partecipante ai fini dell’aggiudicazione della gara a causa della scoperta di gravi negligenze che avevano portato alla risoluzione per inadempimento di precedenti rapporti contrattuali.

Sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo significa proprio questo: il giudice deve limitarsi all’accertamento della violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, che rendono l’atto annullabile. Invece il “sindacare” le scelte discrezionali, che sono poste alla base del provvedimento amministrativo, comporta la sostituzione del giudice all’attività di amministrazione attiva, che consente alla P.A. di scegliere la soluzione migliore per il soddisfacimento dell’interesse pubblico. In questo modo *il giudice diventerebbe amministratore* e per evitare un simile risultato *deve limitarsi alla verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e ai profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento*³⁸.

38 P. Patrito, cit., 288.

Tuttavia, secondo parte della dottrina si dovrebbe parlare in termini diversi a proposito della questione relativa alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo a seguito della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, che consentirebbe un ampliamento del sindacato del Consiglio di Stato sui provvedimenti amministrativi ed allo stesso tempo una restrizione sul sindacato delle Sezioni Unite. M. Nigro (Giustizia amministrativa, Bologna, 1994, IV ed. 157 ss.) aveva già segnalato che *un controllo troppo penetrante della Cassazione sotto tale profilo, ispirato ad una concezione ristretta del giudice di legittimità dei giudici amministrativi, può bloccare ogni evoluzione del processo amministrativo, congelandolo nel tipo rigido del processo di impugnazione.*

Nello specifico ci si riferisce all'articolo 6 della CEDU (in tema di equo processo), che è stato interpretato in maniera estensiva dalla stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo conformemente al canone della *"full jurisdiction"* (canone di effettività). Come si vedrà, l'impostazione utilizzata dai giudici nazionali, ed in particolare dalla Cassazione a proposito del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, è completamente differente dall'approccio della giurisprudenza della Corte Edu. Infatti, M. Allena ("Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali", Dir. Proc. Amm., fascicolo 4, 2012, 1602), ha sostenuto che *alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla CEDU, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della Cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità e, in realtà, sempre più, quella di un giudice di appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato.* In sostanza, a seguito dell'adesione dell'ordinamento italiano alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe prevalere l'interpretazione secondo cui *le scelte tecniche dell'amministrazione, ove contestate dal ricorrente, dovrebbero, insomma, poter essere pienamente e intrinsecamente riviste dal giudice amministrativo.*

Ma come è arrivata la Corte europea dei diritti dell'uomo a questa interpretazione?

Già nella pronuncia *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*³⁹, riguardante una procedura di insolvenza nei confronti di un'impresa bancaria, la Corte Edu aveva affermato che il Giudice Amministrativo Ceco avrebbe dovuto analizzare le ragioni sulle quali si basava il provvedimento. Analogo principio di diritto lo troviamo in una pronuncia più recente, che ha visto come parte del processo l'Italia, *Menarini c. Italia* (27/09/2011). Nel caso di specie, era stato richiesto l'intervento della Corte di Strasburgo per stabilire se il sistema italiano di controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti fosse conforme all'articolo 6 della Convenzione. In questa sede la Corte ha confermato l'adeguatezza del controllo effettuato dal Consiglio di Stato, in occasione dell'irrogazione di una sanzione comminata dall'Autorità indipendente Antitrust nei confronti di un'impresa farmaceutica, accusata di aver partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza. Sempre in materia di provvedimenti dell'Antitrust, le Sezioni Unite hanno affrontato il concetto di opinabilità. In questi casi il sindacato è limitato *al controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza (c.d. controllo debole), senza che il giudice stesso possa esercitare un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione*⁴⁰. Le Sezioni Unite hanno affermato nella già citata ed analizzata pronuncia Cass. S.U. 20 gennaio 2014, n. 1013, che il sindacato del Giudice Amministrativo su tali provvedimenti comporta *la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità del provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.*

Successivamente la Corte di Strasburgo ha riaffermato che il principio di “full jurisdiction”, quindi di effettività della tutela giurisdizionale, non ammette restrizioni per quanto riguarda

³⁹ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, 16/12/21.

⁴⁰ P. Patrito, cit., 289.

l'accesso ai fatti e i principi di diritto rilevanti, a prescindere dalla loro natura. Concetto questo adottato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'Avvocato Generale Paolo Mengozzi ha affermato nelle sue conclusioni relative alla causa Commissione Europea c. Tomkins (il 19 luglio 2012) che *la competenza estesa al merito legittima il Tribunale, al di là del semplice controllo di legittimità, che consente soltanto di respingere il ricorso di annullamento o annullare l'atto impugnato, a riformare quest'ultimo, vale a dire a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione, anche in assenza di annullamento, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto, al fine di sopprimere, ridurre o aumentare l'importo dell'ammenda inflitta.*

E' stato osservato in dottrina⁴¹ come l'approccio dei giudici nazionali dovrebbe cambiare a fronte dell'orientamento ormai diffuso tra le corti internazionali: consentire al giudice di sostituire la propria valutazione a quella dell'Amministrazione al fine di garantire il rispetto del principio di "full jurisdiction". In realtà tale concetto introdotto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo mal si concilia con alcuni ordinamenti europei, come il nostro, che prevedono la distinzione tra sindacato di legittimità e merito, nonché uno spazio riservato alla discrezionalità amministrativa. C. Feliziani ("Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo", Diritto processuale amministrativo, fasc. 3, 1 settembre 2019, 766) ha evidenziato un ulteriore "punto di scontro" tra il concetto di "full jurisdiction" così come elaborato dalla Corte Edu ed il nostro sistema di giustizia amministrativa. *Tra le "malattie o "disfunzioni" della nostra amministrazione, pertanto, figura senz'altro l'imprevedibilità del procedimento decisionale che molto spesso risulta essere "costellato di silenzi e di ripensamenti", tanto da necessitare di frequente il soccorso del legislatore e soprattutto – per quel che qui interessa – del giudice. Quest'ultimo, infatti, è chiamato sempre più spesso a sopperire alle molte carenze dell'amministrazione indicandole la strada da seguire nel caso concreto, al punto tale che, mai come di questi tempi, nel nostro Paese sembrerebbe valere la massima per cui "juger l'administration c'est administrer".*

41 M. Alleva, cit., 1602.

La citazione si riferisce alle leggi provvedimento, *sintomo di una disfunzione tra parlamento e potere esecutivo*⁴², ovvero leggi sia statali che regionali, prive dei caratteri della generalità ed astrattezza e che quindi regolano fattispecie concrete e determinate. È stato osservato (M. Clarich, “Manuale di diritto amministrativo”, cit., 75) che *la prassi dell’amministrare per legge, alla quale il parlamento indulge di frequente, è stata stigmatizzata come una sorta di “legalità usurpata” perché il parlamento occupa spazi che in base al principio della separazione dei poteri dovrebbero essere riservati al potere esecutivo*. Inoltre, mentre nel sistema europeo l’amministrazione è pensata e strutturata come “forte”, nel nostro ordinamento *l’amministrazione si mostra – nei fatti – sempre più spesso debole e difensiva e il procedimento si rivela quanto mai imprevedibile. [...]* *Venendo meno il presupposto di un’amministrazione forte, infatti cambia radicalmente il punto di riferimento su cui si modella il ruolo del giudice amministrativo e, di conseguenza, l’intera costruzione elaborata dai giudici di Strasburgo finisce gioco forza per vacillare*⁴³.

Dello stesso avviso F.G. Scoca (“Il processo amministrativo ieri, oggi, domani”, Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 4, 1 dicembre 2020, 1105), secondo il quale uno dei problemi che andrebbero risolti, riguarda il tipo di sindacato che il giudice amministrativo può svolgere nei casi di discrezionalità tecnica ovvero la possibilità per il giudice di sindacare in sede di legittimità le scelte tecniche della Pubblica Amministrazione. Medesima dottrina ha affermato che *in linea di principio non può essere dubbio che la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell’Amministrazione siano sindacate a fondo in sede giudiziaria: esse non comportano valutazioni di opportunità amministrativa, pertanto non ci sono ragioni di ordine costituzionale per sottrarle al pieno sindacato giurisdizionale. Il presidente del Consiglio di Stato, nella stimolante Relazione citata, afferma che “il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di <maggiore attendibilità > e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili”*. *Questa è la tesi, che personalmente, sostengo da tempo, ritenendo privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di non macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte*

42 M. Clarich, “Manuale di diritto amministrativo”, cit., 74.

43 C. Feliziani, cit., 768.

(imposte) dall'Amministrazione; sono, quindi, molto lieto della presa di posizione autorevole nel medesimo senso, risultante dalla Relazione più volte citata. Purtroppo sia l'affermazione del Presidente, sia la mia tesi sono lungi dall'essere accolte in giurisprudenza: restano niente altro che un mero auspicio. [...] L'orientamento seguito con costanza dalla giurisprudenza è il seguente: in tema di discrezionalità tecnica il sindacato deve fermarsi alla manifesta illogicità; il che significa che, di fatto, le scelte tecniche dell'Amministrazione non sono assoggettate ad alcun sindacato effettivo (e ciò viene perfino espressamente affermato, ad esempio, a proposito delle offerte anomale). [...] Va rilevato, tuttavia, che la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto; cosicché il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione, rientra senza ombra di dubbio tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto). Infine c'è solo da augurarsi che il giudice amministrativo voglia, prima o poi, magari gradualmente a seconda della diversa tipologia delle scelte tecniche, dare seguito all'auspicio del presidente ed attuare così ciò che chiaramente dispone il c.p.a.. Si cita la relazione del Presidente del Consiglio di Stato di inaugurazione dell'anno giudiziario del 5 febbraio 2020⁴⁴. Nello specifico il Presidente ha affermato che una giurisdizione "piena", nel senso imposto dalla giurisdizione europea e prima ancora dal nostro articolo 24 della Costituzione, richiede un sindacato "pieno" sul fatto cui il giudice amministrativo non può sottrarsi e un sindacato sulle valutazioni, anche e soprattutto di ordine tecnico, dell'amministrazione, con il solo ovvio limite della sostituzione di una propria scelta a quella dell'amministrazione. Di ciò dovrà necessariamente tener conto, a mio avviso, la Corte di cassazione, in sede di sindacato sul cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale, proprio perché i confini tra legittimità e merito, tra cognizione e ottemperanza, per come tradizionalmente intesi, non sono oggi riproponibili, a meno di non voler rendere "meno effettiva" la tutela delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri.

⁴⁴ <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 15/02/2022.

La questione relativa all'invasione nella sfera della P.A. da parte del Giudice Amministrativo si è posta anche con riferimento agli atti del CSM.

*Già nel 1917, le sezioni unite della Corte di cassazione escludevano la sindacabilità delle promozioni dei magistrati, sul rilievo della non assoggettabilità “al sindacato di un organo appartenente all'amministrazione” di provvedimenti incidenti sull'indipendenza della magistratura. E nell'ordinamento repubblicano, nel dibattito sulla natura costituzionale o amministrativa del CSM, è risultata poi prevalente la definizione di Cheli come organo di rilevanza costituzionale. Sicché – come pure precisato in dottrina – pur trattandosi di organo estraneo all'apparato amministrativo e in particolare non organicamente inquadrato nel potere esecutivo, il CSM assumerebbe nondimeno funzionalmente la qualità di organo della pubblica amministrazione ed eserciterebbe una funzione oggettivamente amministrativa⁴⁵. In sede di giurisdizione di legittimità valgono per gli atti del CSM le stesse regole di un provvedimento amministrativo ed essi possono essere sindacati dal giudice per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere ai sensi dell'art. 21-octies della legge 241 del 1990. Si è detto che *il sindacato di legittimità del giudice amministrativo si modella sulla discrezionalità attribuita all'amministrazione nell'esercizio della funzione di cui si discute. L'ampiezza della discrezionalità rende, per sua natura, meno invasivo il controllo del giudice, il quale potrà spingersi più o meno nel valutare la legittimità dell'atto, con il solo limite di non poter sostituire la propria valutazione a quella demandata all'amministrazione. Questo è il cuore del sindacato di legittimità e il nodo della sua differenza dal sindacato di merito. [...] L'esercizio del potere discrezionale attiene al merito dell'azione amministrativa ed è insindacabile*⁴⁶.*

Con riferimento alla questione circa il controllo del superamento dei limiti esterni, sicuramente, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nel campo della P.A. è escluso ogni qual volta il giudice amministrativo non sostituisce la propria valutazione a quella dell'amministrazione e non effettui valutazioni di opportunità che spettano in via esclusiva all'apparato pubblico in virtù della discrezionalità amministrativa.

⁴⁵ F. Patroni Griffi, “Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura”, *Giustizia Civile*, N.4, 2015, 724.

⁴⁶ F. Patroni Griffi, *cit.*, 727.

Nei confronti degli atti del CSM si è ritenuta sussistente tale invasione quando il giudice amministrativo affermi la “non condivisibilità” o “non ragionevolezza” della scelta. Le Sezioni Unite (n. 3622/2012) hanno affermato che *non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il Consiglio Superiore della Magistratura ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal censurare i criteri di valutazione adottati dall’amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall’insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio Superiore ha dato conto nel modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati. Per quanto riguarda il criterio della “non condivisone”, la medesima Cassazione ha ribadito che occorre allora riuscire a cogliere la linea di discriminazione – talora sottile, ma mai inesistente – tra l’operazione intellettuale consistente nel vagliare l’intrinseca tenuta logica della motivazione dell’atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell’attività amministrativa [...]. Altro è l’illogicità di una valutazione, altro è la non condivisibilità della stessa. Un conto è stabilire quali criteri di valutazione l’amministrazione intende privilegiare nel compiere una certa scelta, a quali elementi essa intende dare maggiore peso ed a quali un peso minore o come ritiene di dover temperare i primi con i secondi, altro conto è motivare la concreta applicazione di quei medesimi criteri nel caso concreto.*

Rileva quindi la pronuncia 2 ottobre 2015 n. 19787 con cui le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato, impugnata dal CSM ai sensi dell’articolo 111, 8° co., Cost..

Deriva in fatto da tale sentenza quanto segue.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato aveva annullato il provvedimento di nomina (adottato con delibera il 22 luglio 2010) di presidente aggiunto della Cassazione, riformando la sentenza emessa in primo grado.

Il Giudice Amministrativo ha ritenuto che *la valutazione globale dei due candidati in comparazione era stata carente* per non aver considerato che l'esperienza giurisdizionale del candidato nominato dal CSM era di anni inferiore rispetto al concorrente (il quale aveva impugnato l'atto di nomina davanti al TAR che ha rigetto il ricorso). Nello specifico il candidato vincitore aveva svolto al di fuori della magistratura per 18 anni le funzioni di avvocato dello stato, che secondo il Collegio amministrativo non erano equiparabili alle funzioni giurisdizionali rilevanti ai fini del giudizio attitudinale necessario per la nomina.

Al fine di dare esecuzione alla sentenza di appello, il CSM ha riesaminato con delibera del 18 aprile 2012 i due candidati, conferendo nuovamente l'incarico di presidente aggiunto della Cassazione al primo candidato scelto, in quanto secondo il CSM l'esperienza svolta presso l'Avvocatura dello Stato, *se non del tutto assimilabile a quella giurisdizionale, era equiparabile a quella volta in una "magistratura speciale", tanto da essere riconosciuta ai fini della riammissione nell'ordine giudiziario*. Avverso tale delibera il candidato escluso dalla nomina ha proposto ricorso per l'ottemperanza al giudicato, di cui lamentava la violazione ed elusione, deducendo che la delibera del CSM fosse *una pura riedizione di quella già annullata* e pertanto dovevano considerarsi violate le statuizioni contenute nella sentenza di appello.

Il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso di ottemperanza, osservando che la precedente sentenza di accoglimento affermava espressamente *"salvi i provvedimenti ulteriori, dell'amministrazione, chiamata a rinnovare la valutazione comparativa alla luce del contenuto conformativo della presente sentenza"*.

La nuova delibera adottata il 18 aprile 2012 veniva impugnata dinnanzi al Tar Lazio, il quale respingeva l'impugnazione, ritenendo che *doveva essere considerata la particolare "vicinanza" alla giurisdizione dell'attività svolta presso l'Avvocatura di Stato [...] che, se non del tutto assimilabile a quella giurisdizionale (come precisato dal Consiglio di Stato), era equiparata a quella svolta in una "magistratura speciale", tanto da essere stata "riconosciuta" ai fini della riammissione nell'ordine giudiziario [...]*.

Ha osservato quindi il Tar che con la nuova delibera il CSM aveva reputato il curriculum del candidato designato *essere maggiormente idoneo [...], riguardo alle specifiche esigenze del*

posto da ricoprire con riferimento ai parametri delle attitudini e del merito, sulla base di una approfondita disamina e di una attenta comparazione del complesso profilo di ciascun candidato, opportunamente motivando la scelta così effettuata nell'esercizio della propria discrezionalità valutativa.

Avverso la sentenza di primo grado parte soccombente ha proposto appello, lamentando la violazione dei criteri utilizzati per il conferimento dell'incarico. Il Consiglio di Stato (con sentenza n. 3501 del 2010) ha accolto l'appello ed annullato la delibera del CSM *“salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione”*.

Contro la sentenza di accoglimento emessa in appello, il CSM (ed il Ministro della Giustizia) ricorrevano in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, lamentando l'eccesso di potere giurisdizionale sotto due profili.

Con il primo motivo i ricorrenti lamentavano il fatto che il Consiglio di Stato non avesse tenuto conto dell'arresto giurisprudenziale delle sezioni unite e si fosse pronunciato, accogliendo l'appello, *benché non vi fosse più spazio per una pronuncia che imponesse al CSM di deliberare nuovamente rivalutando “ora per allora” [...]*. Il Consiglio di Stato ha ugualmente annullato la delibera del CSM del 18 aprile 2012, *pur facendo espressamente salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, ma mostrando di ritenere in motivazione che la nuova delibera avrebbe potuto avere il contenuto del conferimento dell'incarico all'appellante ora per allora.*

Con il secondo motivo i ricorrenti deducevano il superamento dei limiti esterni della giurisdizione, in quanto a detta degli stessi, il giudice amministrativo avrebbe invaso la sfera riservata al CSM, non limitandosi a censurare *le modalità applicative dei criteri usati dal CSM nell'operare il raffronto tra le differenti esperienze professionali dei candidati, ma ha esercitato direttamente quella discrezionalità valutativa che appartiene al CSM. Rientrano infatti nei poteri valutativi discrezionali spettanti al CSM ai sensi dell'art. 105 Cost. apprezzare il valore da scrivere all'esperienza presso l'avvocatura dello Stato, tenendo conto dei profili di affinità con la funzione giurisdizionale al solo fine dell'attribuzione dell'incarico giudiziario.*

Entrambe le questioni sembrano dunque riguardare i limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la nozione di eccesso di potere giurisdizionale; la Cassazione (S.U. n. 19787/15 del 5-10-2015) ha accolto il secondo motivo di ricorso, ritenendolo fondato; deriva in diritto quanto segue.

Le Sezioni Unite hanno affermato che le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera della P.A. quando *detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, riservato alla P.A., compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto. [...]. Quindi, allorché l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito, sono superati i limiti esterni della giurisdizione.*

Nel caso di specie dopo la prima pronuncia del Consiglio di Stato, con la quale era stata annullata la prima delibera del 22 luglio 2010, il CSM era tenuto a rifare la comparazione dei candidati, considerando la deduzione mossa dal ricorrente-candidato circa la minore durata complessiva dell'attività giudiziaria, *al fine di valutare la maggiore o minore attitudine all'incarico giudiziario, atteso che – come già rilevato- la discrezionalità del CSM che per gli incarichi giudiziari in magistratura, soprattutto apicali, è particolarmente ampia.*

Nonostante la successiva delibera del CSM avesse nominato il medesimo candidato, la suddetta valutazione comparativa era stata comunque fatta.

Il giudice amministrativo *deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma può annullare tale deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il*

CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati.

Viene qui in rilievo l'inesauribilità del potere amministrativo, ovvero il potere amministrativo non si esaurisce per effetto della sentenza che accoglie il ricorso, *ma fin tanto che resta in vigore la norma attributiva, esso si presta a essere esercitato in una serie*⁴⁷*indeterminata di situazioni.* Dalla sentenza di annullamento discende anche un effetto "conformativo" o "rinnovatorio" in base al quale l'amministrazione è vincolata alle statuizioni contenute nella pronuncia anche nella fase successiva in cui rinnova (in sede di ottemperanza) l'esercizio del potere e non può riprodurre il vizio rilevato dalla decisione.

Come ha affermato la dottrina (A. Travi, "Manuale di diritto amministrativo", cit., 316) *il giudice dichiara che l'amministrazione non avrebbe dovuto provvedere in quel certo modo. Tuttavia affermare che l'amministrazione non poteva adottare un certo atto con certe modalità equivale ad affermare che l'amministrazione doveva provvedere con altre modalità.*

E' stato inoltre affermato che *la discrezionalità del CSM in sede di riesercizio del potere, resta vincolata dalle statuizioni giudiziali; e inoltre, l'inerzia del CSM amplia i poteri di intervento del giudice, che si estendono anche al merito. In realtà, non solo il CSM ma lo stesso giudice amministrativo sono vincolati dalle statuizioni contenute nella sentenza, e più in generale, dall'effetto conformativo del giudicato*⁴⁸.

Invero, il criterio della "non condivisione" *si traduce non in un errore di giudizio, ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia un superamento dei limiti esterni della giurisdizione che ha condotto, in quel caso, alla cassazione dell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato*⁴⁹.

F. Patroni Griffi (cit. 739) ha affermato, a proposito della pronuncia n. 19787 del 2015, che *meno convincenti sono alcuni passaggi motivazionali.* In particolare *travalica i limiti esterni il giudice amministrativo che, nella sede ordinaria di legittimità, "operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della delibera e ne apprezzi la*

⁴⁷ M. Clarich, "Manuale di diritto amministrativo", Bologna, IV ed., 109.

⁴⁸ F. Patroni Griffi, cit., 732.

⁴⁹ Cass. S.U. 19787/2015.

ragionevolezza, così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura, invece di svolgere un sindacato di legittimità di secondo grado, anche a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere quale possibile vizio della delibera stessa". [...] Qui il principio di diritto, per come enunciato, lascia perplessi. Dire che travalica i limiti esterni il giudice che operi un giudizio sulla ragionevolezza della scelta anzi che svolgere un sindacato di legittimità sull'eccesso di potere è dire che la ragionevolezza non è un "canone parametrico" dell'eccesso di potere. Il che metterebbe in crisi un sistema; non solo italiano, ma anche europeo, e anche dei Paesi di Common Law in sede di Judicial Review. [...] E' noto che il sindacato sulla ragionevolezza, insieme con quello sulla proporzionalità e sulla correttezza dell'azione amministrativa, costituisce la moderna declinazione delle fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere e costituisce canone largamente condiviso nella giurisprudenza europea e in quella degli Stati membri, anche, e soprattutto, dei Paesi di common law. [...] Diciamo che il principio affermato è quello (consolidato) secondo cui il giudice non può sindacare una scelta opinabile né sostituire una propria valutazione a quella dell'amministrazione. E non servirà nemmeno invocare a supporto la sovrapposizione "all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere di autogoverno della magistratura", a meno che con questa frase, inserita nel principio di diritto non si voglia affermare una limitata sindacabilità degli atti del CSM, che sappiamo non essere nella costituzione.

Altro caso che rileva in tema di invasione nella sfera della P.A. da parte del giudice Amministrativo riguarda la sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Il codice del processo amministrativo agli articoli 121 ss, sulla base della direttiva 2007/66/CE, ha attribuito al giudice amministrativo anche il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto in sede di annullamento dell'aggiudicazione della gara. La dichiarazione di inefficacia del contratto *inerisce a situazioni tipicamente di diritto soggettivo, ma le controversie in esame, concernenti gli atti delle procedure amministrative per l'affidamento di contratti pubblici, sono devolute appunto alla giurisdizione esclusiva*⁵⁰.

⁵⁰ A. Travi, "Lezioni di giustizia amministrativa", cit., 369.

Infatti l'articolo 133 c.p.a, alla lettera e) stabilisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento ed alle sanzioni alternative”.

L'inefficacia del contratto non viene dichiarata sempre ed in ogni caso per il solo fatto che l'aggiudicazione della gara sia stata annullata. Vi sono alcuni casi in cui il giudice è sempre tenuto a dichiararla; in altri è precluso al giudice di dichiararla e di conseguenza il contratto già stipulato continuerà a produrre effetti tra le parti; vi sono infine dei casi in cui la dichiarazione di inefficacia è rimessa al prudente apprezzamento del giudice amministrativo, decidendo questo, e dichiararla o meno in relazione alle circostanze del caso concreto. L'articolo 121 c.p.a stabilisce che il giudice che “annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni del dispositivo o opera in via retroattiva” [...].

L'articolo 122 del c.p.a dispone che “fuori dai casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio di aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.

In tal modo *il giudice compie una valutazione assimilabile all'esercizio della discrezionalità amministrativa, sostituendosi alla stazione appaltante, nel valutare se, annullata l'aggiudicazione, il contratto vada invalidato, con subentro o meno del ricorrente vittorioso, ovvero se resti in vita e la tutela del ricorrente vittorioso vada accordata con un*

*risarcimento per equivalente monetario*⁵¹. A proposito dell'articolo 122 era nato un contrasto interpretativo per via del tenore letterale della norma. Infatti dall'interpretazione letterale della disposizione deriva, che il giudice può dichiarare inefficace il contratto solo nel caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi che non comportano il rinnovo della gara ovvero quando alla inefficacia possa conseguire il subentro del ricorrente vittorioso, e non invece quando all'annullamento segue l'obbligo di rinnovo della gara. Viene escluso in quest'ultimo caso il potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto, lasciando questa facoltà alla pubblica amministrazione che decide se mantenere o no in vita lo stesso *nel pubblico interesse allo svolgimento dell'attività cui esso era funzionale oppure di procedere alla sua risoluzione* (Cass. S.U. n. 7295/2017).

L'Adunanza Plenaria si è espressa con sentenza 20 gennaio n. 140 del 2015⁵² circa l'interpretazione dell'articolo 122 c.p.a.. Riguardo la dichiarazione di inefficacia del contratto, il Collegio ha affermato che *i casi possibili di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto sono oggi tassativi, essendo esclusivamente quelli disciplinati dagli artt.121 e 122 cod. proc. amm., con riferimento rispettivamente all'inefficacia sempre discendente da gravi violazioni ed altri casi accertabili dal giudice, al di fuori di tali ipotesi, non potendosi dare ulteriori declaratorie di inefficacia.*

Con riferimento all'articolo 122 c.p.a. l'Adunanza Plenaria ha stabilito che dalla sua lettura è dato evincere che *l'opzione del legislatore è stata nel senso di rimettere al giudice il potere discrezionale di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, in caso di vizi diversi da quelli specificatamente indicati dall'art. 121, solo laddove ciò possa comportare per il ricorrente l'utilità costituita dal "subentro" nella posizione di affidatario (e, quindi la possibile stipula di un nuovo contratto che lo veda interlocutore dell'amministrazione); ciò è confermato dal fatto che la norma ha, al contrario, espressamente escluso la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto laddove l'annullamento comporti la necessità di ripetizione della gara.*

51 R. De Nictolis, cit., 44.

52 Repertorio del Foro Italiano.

<https://www.foroplus.it/home.php?v=fp&reset=1>, 2/02/22.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha successivamente aderito anche ad un orientamento contrapposto, con pronuncia del 21 marzo 2016 n. 1126⁵³. In questa occasione il Collegio ha affermato che *è stato quindi sancito il principio che laddove debba essere rinnovata l'intera gara ciò implichi la potestà del giudice di caducare l'atto negoziale medio tempore stipulato*.

Sull'argomento viene in rilievo la sentenza Cass. S.U. 22 marzo 2017 n. 7295, che ha rigettato il ricorso proposto ai sensi dell'articolo 111, 8° comma, Cost.. Era stata denunciata la violazione dei limiti esterni, per eccesso di potere giurisdizionale, in quanto il Consiglio di Stato, dichiarando l'inefficacia del contratto, avrebbe commesso un'illegittima invasione nella sfera della P.A., appartenendo tale scelta alla discrezionalità della stessa.

Il giudizio era stato instaurato davanti al Tar Campania (per l'aggiudicazione dell'appalto del Servizio di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti levatori, per il periodo dal giugno 2012 al maggio 2018, nel Comune di Napoli), contestandosi la legittimità dei criteri di valutazione delle offerte. Il Tar Campania aveva rigettato i ricorsi, principale ed incidentale; con quest'ultimo il ricorrente incidentale aveva dedotto l'illegittimità della partecipazione alla gara della controparte (ricorrente principale). Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale, ed in riforma della sentenza di primo grado, ha annullato gli atti della gara e dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato all'esito della gara.

L'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe dovuto comportare la ripetizione della procedura, ricadendo nella fattispecie descritta dall'articolo 122 c.p.a., che lascia alla stazione appaltante la discrezionalità circa la declaratoria di inefficacia del contratto.

Orbene, il ricorso in Cassazione è stato argomentato sostenendosi che la fattispecie rientrava nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'articolo 133, lett. e), n.1, in virtù del quale *la dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione sarebbe soggetta ai limiti previsti dall'art. 122 dello stesso codice, i quali, secondo la prospettazione della ricorrente, abiliterebbero il giudice amministrativo, quando annulla l'aggiudicazione, a dichiarare l'inefficacia del contratto soltanto nei casi in cui il vizio rilevato non comporti la rinnovazione della gara. In particolare, secondo la*

⁵³ <https://www.foroplus.it/home.php?v=fp&reset=1>, 2/02/2022.

ricorrente, “dal tenore testuale della norma risulta che la scelta in ordine alla privazione degli effetti del contratto stipulato è rimessa al G.A. che annulla l’aggiudicazione in funzione del bilanciamento degli interessi economici coinvolti e della concreta possibilità per il ricorrente vittorioso di conseguire l’aggiudicazione e il subentro nel contratto solo qualora il vizio rilevato non comporti la rinnovazione della gara”. Questa esegesi si spiegherebbe perché la dichiarazione di inefficacia del contratto sarebbe “sempre legata alla possibilità per il ricorrente di proseguire il contratto in luogo del concorrente aggiudicatario della gara e, pertanto, qualora il vizio accertato sia sorretto da interesse strumentale alla rinnovazione della gara la giurisdizione amministrativa in ordine alla sorte del contratto” sarebbe “del tutto esclusa” (Cass. S.U. 7297/2017).

Le Sezioni Unite hanno dunque rigettato il ricorso, ritenendolo infondato; hanno infatti anche affermato che *perché si configuri il vizio di eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sotto la specie dell’esercizio di una attività decisoria implicante l’adozione di una statuizione corrispondente ad un’attività provvedimentale, il cui compimento l’ordinamento riserva all’amministrazione, eventualmente anche come conseguenza dovuta di una decisione dello stesso giudice amministrativo, è necessario che quella statuizione abbia un contenuto corrispondente a quello del potere riservato alla pubblica amministrazione [...]; non rinvenendosi, dunque, e non essendo stato nemmeno allegato il potere esclusivo dell’amministrazione di dichiarare unilateralmente l’inefficacia del contratto, sotto il profilo formale difetta l’oggetto della pretesa usurpazione.*

La dottrina ⁵⁴ ha ricordato che *è stato sostenuto in proposito che al giudice amministrativo sarebbero demandate valutazioni eccedenti i canoni della giurisdizione di legittimità e da inquadrare piuttosto nella giurisdizione di merito. Questa lettura non pare convincente: al giudice amministrativo sono demandate valutazioni che ineriscono pur sempre all’applicazione di regole giuridiche al caso concreto. [...] L’attività del giudice amministrativo non comporta, neppure nell’ambito in esame, una selezione di interessi in gioco secondo i canoni della discrezionalità amministrativa. La distanza rispetto alla giurisdizione di merito appare ancora maggiore, alla luce del fatto che nel processo amministrativo tale giurisdizione si caratterizza per il carattere sostitutivo della pronuncia*

⁵⁴ A. Travi, “Lezioni di giustizia amministrativa”, cit., 370.

del giudice rispetto al provvedimento dell'amministrazione (art. 7, 6° comma, c.p.a.): invece, nel caso in esame, non è configurato alcun intervento sostitutivo del giudice.

Utilizzo da parte del G.A di poteri di cognizione e decisione più ampi di quelli ad esso attribuiti dalla legge

Un ulteriore caso di superamento di limite esterno si rinviene nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia compiuto un sindacato nel merito in materie attribuite alla propria giurisdizione di legittimità e non rientranti nelle ipotesi di giurisdizione estesa anche al merito. Esplicando un sindacato nel merito, il giudice amministrativo arriva a esaminare direttamente l'opportunità e la convenienza del provvedimento in materie in cui egli dovrebbe limitarsi a verificare la legittimità dell'atto impugnato. Per questo motivo vi è chi ricorda come parte della dottrina unifica questa ipotesi di violazione di limiti esterni all'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera dell'Amministrazione⁵⁵. La giurisdizione di merito è definita eccezionale in quanto costituisce un'eccezione alla regola, che si identifica nella giurisdizione di legittimità, detta anche generale. Infatti la giurisdizione estesa al merito può essere esercitata solo nelle controversie aventi ad oggetto materie tassativamente previste dalla legge e *tali materie non sono suscettibili di estensione analogica per il carattere eccezionale delle norme in questione*⁵⁶. Il motivo per cui la giurisdizione di merito è un'eccezione, secondo M. Clarich ("Manuale di diritto amministrativo", IV ed., Bologna, 129) consiste nel fatto che *rompe il diaframma tra giurisdizione e amministrazione (il giudice si fa per così dire, amministratore), in deroga al principio della separazione dei poteri*, e proprio per questo *essa è limitata a pochi casi tassativi*. Medesima affermazione si ritrova anche in giurisprudenza, in particolare Cons. St., Sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311 ha affermato il seguente principio: *la giurisdizione estesa al merito si pone come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri*⁵⁷.

L'attuale codice del processo amministrativo, all'articolo 7 comma 3, stabilisce che la giurisdizione amministrativa si ripartisce in giurisdizione di legittimità, esclusiva ed estesa

⁵⁵ M. De Paolis, "Il processo amministrativo", Padova, 2012, 588.

⁵⁶ A. Police, cit., 103.

⁵⁷ Foro Italiano, Vol. 132, N. 3, marzo 2009, 163/164 - 173/174.

al merito. Il successivo comma 6 dispone che “il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall’articolo 134”. Difatti l’articolo 134 prevede cinque casi di giurisdizione estesa al merito: 1) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di ottemperanza, disciplinato dal titolo I del Libro IV; 2) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa ai sensi degli artt. 126 e ss. del Codice; 3) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti; 4) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; 5) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico (art 8 legge n. 161/1962).

Dottrina⁵⁸ ha evidenziato come l’ipotesi del giudizio di ottemperanza sia l’unico caso in cui è giustificata una cognizione estesa al merito del giudice amministrativo. Tesi motivata dal fatto che *un tale sindacato presuppone che i provvedimenti, che ne sono oggetto, siano provvedimenti discrezionali (in senso proprio); ma questa natura non si riscontra negli atti pertinenti alle materie elencate nell’art. 134 c.p.a., non si riscontra nelle operazioni elettorali, nelle quali, anche ove fossero ipotizzabili (autentici) interessi legittimi, non si riscontra di sicuro (sarebbe assurdo che si riscontrasse) alcuna scelta discrezionale dell’amministrazione. Il giudice ha solo il compito di verificare la regolarità delle operazioni elettorali, non di valutarne l’opportunità. Scelte discrezionali non sono ipotizzabili nemmeno a proposito delle contestazioni sui confini degli enti territoriali; rispetto alle quali è ipotizzabile soltanto un giudizio di mero accertamento.*

Per quanto riguarda l’ipotesi n. 3 ovvero la contestazione delle sanzioni pecuniarie, la conseguenza logica della contestazione consiste nella modifica dell’ammontare della sanzione stessa. Sempre secondo medesima dottrina *la modificazione della misura della sanzione non è altro che la conseguenza naturale della valutazione circa la (non) congruità della misura stabilita dall’amministrazione; pertanto, la suddetta modificazione non è altro che il necessario completamento del sindacato di legittimità, non eccede da esso, non fuoriesce dal proprium della funzione giurisdizionale, e, soprattutto, non comporta valutazioni di merito, relative a scelte di interesse pubblico.*

⁵⁸ F.G. Scoca, “Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo”, fasc. 1, 1 aprile 2021, 18.

Ne deriva che *il sindacato sui provvedimenti sanzionatori è un sindacato di fondatezza e di adeguatezza: nulla che riguardi scelte comportanti valutazione di interesse pubblico*. In ogni caso è dato acquisito che la giurisdizione di merito si differenzia da quella di legittimità per gli ampi poteri decisorii che la legge riconosce al Giudice Amministrativo in sede di pronuncia: l'articolo 34 c.p.a., lett. d, consente al giudice in caso di accoglimento del ricorso e nei casi di giurisdizione estesa al merito di adottare un nuovo atto, modificare o riformare quello impugnato. *Infatti, come è noto, la giurisdizione di merito è limitata a casi tassativi, in cui il giudice, può sostituendosi all'organo competente, riformare l'atto amministrativo o adottarne un altro*⁵⁹ (invero il giudice si sostituisce in tali casi all'amministrazione, art. 7, comma 6, c.p.a.). Il Consiglio di Stato ha infatti affermato nel parere n. 5098/2009 che *la previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a <sostituirsi> all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliario in sostituzione, appunto, dell'amministrazione*. E' stato osservato che in questo modo il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi secondo cui il potere del Giudice Amministrativo di decidere nel merito comporterebbe come conseguenza una *facoltà di ricorso estesa, oltre che ai profili di legittimità, anche ai profili extragiuridici dell'azione amministrativa, e cioè al merito di essa*. (A.M. Sandulli) ed inoltre che *la giurisdizione di merito sanzionerebbe il <buono o cattivo uso del potere discrezionale>, poiché il giudice non conoscerebbe soltanto di una controversia giuridica, ma anche di una controversia di buona amministrazione, perché deve esaminare se l'autorità, pur mantenendosi entro i limiti della legge, abbia agito utilmente, convenientemente, nel modo più utile all'interesse pubblico*⁶⁰. Si tratta dunque di un esercizio di poteri tipici della giurisdizione di merito e come conseguenza *il giudice amministrativo non può conoscere anche del merito dell'azione amministrativa (del merito dell'esercizio in concreto di un potere), fuori dai casi in cui per espressa previsione di*

59 M.V. Ferroni, cit., 214.

60 F. D'Angelo, cit., 144.

legge, non sia anche giudice di merito⁶¹. Si sta parlando del merito amministrativo che costituisce la categoria giuridica della cosiddetta “riserva di amministrazione”, la quale si identifica in un apprezzamento con riferimento alla convenienza ed opportunità del provvedimento amministrativo (ovvero su come si deve tutelare e gestire l’interesse pubblico nel concreto) e che, salvi i casi appena citati, non può essere sostituito dalla valutazione del giudice.

Con tale termine la dottrina prevalente intende *esprimere la corrispondenza fra il contenuto dell’atto e il risultato cui esso dovrebbe tendere in base al principio di opportunità operando tale raffronto alla stregua delle c.d. regole non giuridiche di buona amministrazione che sono regole di opportunità pratica, in larga parte enucleate e elaborate dalla scienza dell’amministrazione nell’ottica del perseguimento dei valori di efficienza e di economicità dell’azione della p.a.*⁶².

E’ pacifico che tra i motivi inerenti la giurisdizione rientra anche il caso di esercizio di poteri tipici della giurisdizione di merito, quando invece la legge attribuisce al giudice solo una giurisdizione di legittimità. Come ha osservato la dottrina, nello specifico B. Tonoletti (Il sindacato della cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, Foro it., fasc. 5, 1998, 1567), la nascita di suddetto vizio si deve all’elaborazione giurisprudenziale della Cassazione: *il principio secondo cui <il difetto di giurisdizione che importa, ai sensi dell’art. 48 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, l’annullamento di una decisione del Consiglio di Stato, si verifica non soltanto quando la materia che forma oggetto di tale decisione non rientri nella sua giurisdizione, ma anche quando, pur potendo da parte del detto consiglio venire esercitato sulla materia in esame un sindacato di legittimità, esso abbia invece esercitato un sindacato di merito, invadendo così il campo proprio dell’attività amministrativa>*.

La legge non definisce il contenuto del sindacato di legittimità e di merito per cui diventa compito della Cassazione, quale giudice di ultima istanza, stabilire l’estensione di detto sindacato.

61 V. Cerulli Irelli, “Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità”, Dir. Proc. Amm., fasc. 4, 1985, 515.

62 F. Caringella, L. Delpino e F. Del Giudice, “Diritto amministrativo”, Napoli, 1999, 342.

Inoltre occorre evidenziare quanto sia labile il confine tra legittimità e merito.

V. Cerulli Irelli (cit., 467) ha affermato che il confine di legittimità riguarda *ciò che il giudice può conoscere perché attinente al merito delle scelte compiute dall'amministrazione e trattasi di un confine positivamente posto e dunque in principio invalicabile dal giudice amministrativo di legittimità. Tale confine riguarda il sindacato di legittimità che ha ad oggetto la discrezionalità, cioè la parte in principio libera (non <coperta> da norme) dell'attività amministrativa. Ma il sindacato di legittimità prima che sulla discrezionalità amministrativa, si estrinseca sulla legalità dell'azione amministrativa, come il solo possibile sindacato giurisdizionale sull'amministrazione, inteso ad accertare la piena conformità dell'azione amministrativa alle previsioni di legge. Il sindacato sulla legalità (come mera conformità alla legge) si configura diversamente rispetto al sindacato (di legittimità) che ha ad oggetto la discrezionalità amministrativa, come diversa è del resto la specie di vizio tipico che trova applicazione.*

Per quanto riguarda il discrimine tra giurisdizione di legittimità e merito è intervenuto O. Ranelletti (Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale, Foro it., 1928, fasc. 2, 69 ss.), il quale ha individuato il criterio dell'opportunità dell'atto. Secondo Ranelletti la questione riguarda piuttosto *il merito del provvedimento, se si cercasse se quegli elementi, dato che esistano, giustificano il provvedimento stesso, lo dimostrino, cioè, conveniente, opportuno, adeguato alle esigenze degli interessi collettivi, alla soddisfazione dei quali era diretto. Il giudice amministrativo, quindi, può sindacare l'uso che l'amministrazione abbia fatto del proprio potere discrezionale, rimanendo entro i confini della legittimità nella misura in cui si limiti ad accertare l'esistenza degli elementi a cui la legge condiziona l'emanazione dell'atto.* Ne deriva quindi che la giurisdizione di merito si caratterizza per il fatto che consente al giudice di annullare il provvedimento viziato nel merito poiché inopportuno o non conveniente con riferimento al fine pubblico predeterminato dalla legge e che l'Amministrazione intende soddisfare. Un provvedimento amministrativo è considerato dalla dottrina, R. Alessi (Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milano, 1953, 667) viziato nel merito quando sia *emanato in vista di un interesse pubblico che in base ad un concreto*

*giudizio di opportunità non possa riconoscersi come sufficiente a giustificare il provvedimento od il suo contenuto, tal che il provvedimento stesso, in sé stesso considerato ovvero nel suo contenuto, possa dirsi inopportuno rispetto all'interesse pubblico. Per quanto riguarda l'atto inopportuno, esso è definito come tale quando non è conforme all'interesse pubblico cui l'autorità amministrativa doveva provvedere coll'esercizio di poteri discrezionali*⁶³.

Dottrina ha evidenziato che fin dalla sua istituzione la giurisdizione di merito ha determinato perplessità: da alcuni veniva ritenuto che, nelle materie ad esse inerenti, il sindacato del giudice amministrativo si estendesse alla conoscenza diretta dei fatti; da altri, viceversa, che si estendesse alla verifica della opportunità delle scelte discrezionali effettuate dall'amministrazione. Il codice – ritengo - ha fatto prevalere questa seconda tesi, dato che la piena conoscenza dei fatti caratterizza (ormai anche) la giurisdizione generale di legittimità: la cognizione del giudice non si limita alla legittimità ma si estende alla valutazione completa (alla opportunità) delle attività di esercizio del potere amministrativo; si estende, pertanto, al sindacato pieno delle scelte di discrezionalità amministrativa, consentendo di verificare appieno se esse corrispondono all'interesse pubblico concreto⁶⁴. Principio questo già enunciato in tempi lontani dalle Sezioni Unite nel 1931 con sentenza n. 43, le quali hanno affermato che *il Consiglio di Stato, nel procedere al sindacato di legittimità, aveva il diritto di apprezzare gli atti onde stabilire alla stregua dei medesimi la verità dei fatti; gli era bensì vietato l'esame sulla opportunità e convenienza dei fatti posti in essere dall'amministrazione, ma non gli era negato di valutare il comportamento della stessa in relazione al disposto di legge che essa era tenuta a rispettare e ad applicare*⁶⁵. Dottrina⁶⁶ ricorda come la Cassazione successivamente ha elaborato tre gruppi di criteri necessari per stabilire quando il G.A. abbia affettivamente superato il sindacato di legittimità. Il primo gruppo di criteri individua il limite esterno dei poteri di cognizione del giudice amministrativo nella giurisdizione di legittimità ovvero *la affermazione della cassazione su ciò che il giudice amministrativo di legittimità non può*

63 E. Guicciardi, "La giustizia amministrativa", Padova, 1942, 22.

64 F. G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo", cit., 17.

65 Foro Italiano, Rep. 1931, voce Comune, n.43; citazione indiretta da M.V. Ferroni, cit., 217.

66 B. Tonoletti, cit., 1567 ss..

conoscere senza invadere la sfera del merito amministrativo, individuandolo in negativo. Al tal proposito la Cassazione afferma che le limitazioni che il giudice amministrativo incontra nell'esercizio delle sue funzioni di controllo di legittimità sono da rinvenire nel divieto di penetrare nell'intrinseco del provvedimento amministrativo, di sindacare i criteri di opportunità convenienza che lo hanno determinato e di sostituire il proprio giudizio a quello dell'organo amministrativo.

Il secondo gruppo ricomprende i criteri *che segnano in positivo il medesimo limite, cioè la affermazione della cassazione su ciò che il giudice amministrativo può conoscere rimanendo entro i confini della legittimità.*

L'ultimo gruppo di criteri riguarda il limite dei poteri di decisione del giudice nell'ambito della giurisdizione di legittimità. La Cassazione ha affermato che nel processo il giudice amministrativo non può procedere *alla sostituzione dell'atto amministrativo, mediante una pronuncia avente il contenuto e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti della pubblica amministrazione.*

Altrettanto evanescente (ma non per questo inesistente) risulta essere il confine tra sindacato di legittimità per eccesso di potere e sindacato di merito. L'eccesso di potere è uno dei tre vizi rilevabili dal giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 21 octies l. n. 241/1990 ed è un vizio tipico dei provvedimenti discrezionali in quanto *mette in condizione il giudice di operare un sindacato che va oltre la verifica del rispetto dei vincoli puntuali posti in modo esplicito dalla norma attributiva del potere*⁶⁷. La figura dell'eccesso di potere non è puntualizzata dal legislatore e per questo motivo in giurisprudenza sono state elaborate le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che costituiscono categoria aperta.

In ogni caso *il giudice non entra nel merito delle scelte discrezionali sostituendo la propria valutazione a quella effettuata dall'amministrazione ma riesamina l'iter logico di formazione del provvedimento amministrativo cogliendone le contraddizioni e incongruenze*⁶⁸.

⁶⁷ M. Clarich, "Manuale di diritto amministrativo", IV ed., Bologna, 214.

⁶⁸ M. Clarich, cit., 222. Definizione scolastica dell'eccesso di potere può essere che tale vizio si manifesta nell'uso del potere in maniera non conforme alla legge, nel senso che, in violazione del principio di tassatività dei provvedimenti amministrativi (secondo cui ad ogni interesse pubblico corrisponde un dato tipo di provvedimento amministrativo), è adottato un provvedimento che non è previsto per il perseguimento dell'interesse pubblico che si vuole nel concreto soddisfare, così l'eccesso di potere è connesso al principio di legalità dell'azione amministrativa. Particolare profilo dell'eccesso di potere è lo sviamento di potere, quando cioè viene emanato appositamente (elemento volontaristico –

Tra l'altro il legislatore non ha offerto elementi per delimitare il confine tra il sindacato di merito ed il sindacato per eccesso di potere, che come già detto costituisce una categoria non tipizzata dalla legge. Difatti il giudice Amministrativo potrebbe arrivare a sindacare il merito del provvedimento amministrativo ed anche a riconoscere l'esistenza di determinate posizioni giuridiche tutelabili in capo ai soggetti la cui sfera giuridica è lesa dall'atto stesso. Bisogna comunque tenere a mente che sindacare il merito del provvedimento amministrativo vuol dire compiere valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto stesso (quando e come si intende soddisfare l'interesse pubblico, adottando quali misure e in che intensità) e comporta l'illegittimo esercizio di poteri di riforma e sostituzione che la legge attribuisce al giudice amministrativo soltanto in casi tassativi, vizio da cui consegue il superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

Al di fuori dei casi tassativi di giurisdizione estesa al merito previsti dall'articolo 134 c.p.a., il Giudice Amministrativo nell'annullare l'atto illegittimo non può compiere valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto stesso. Definizione, ancora, di tale vizio è contenuta in Cass. S.U. 11 luglio 2018, n. 18240: *secondo la definizione consolidata nella giurisprudenza di queste sezioni unite (cfr. fra molte le sentenze n.2582 del 2/2/2018; n.11986 del 15/5/2017; n.11380 del 31/5/2016), l'eccesso di potere giurisdizionale, quale vizio delle sentenze del giudice amministrativo denunciabile con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111, comma 8, Cost., è configurabile quando il giudice stesso, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, riservata alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e della convenienza dell'atto, esprimendo, pur nel rispetto della formula di annullamento, la volontà di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità.*

Uno dei casi più rilevanti in cui il Giudice Amministrativo esercita la giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'articolo 134 c.p.a., è il giudizio di ottemperanza.

negoziale, per dirla con la categoria dell'atto civile -, come è noto, è in diritto amministrativo ininfluenza) un provvedimento per uno scopo diverso da quello stabilito dalla legge. E' opportuno specificare che seppure l'eccesso di potere rasenta il merito, rimane pur sempre un vizio di legittimità, non implicando un esame del contenuto del provvedimento (e questo è il discrimine ultimo con la giurisdizione estesa al merito).

Tale istituto è disciplinato dall'articolo 112 c.p.a. secondo cui “i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti”. Secondo dottrina si tratta dell'unica vera ipotesi di giurisdizione estesa al merito, poiché considerando il fine del giudizio di ottemperanza, ovvero rendere effettiva la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, è necessario che *il giudice riesamini da capo il problema (o l'operazione) amministrativo (a), valuti autonomamente gli interessi coinvolti, elabori una nuova decisione amministrativa e adotti un provvedimento diverso da quello portato dal ricorrente in giudizio*⁶⁹. Il giudizio di ottemperanza è stato definito in dottrina (F. D'Angelo, “La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi”, 2013, Torino, 186) come un rimedio giurisdizionale che la legge prevede *per indurre l'amministrazione a uniformarsi al giudicato, <attenendosi esattamente alle statuizioni ivi contenute >*. E' stato chiarito da L. Ferrara (“Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione, la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa”, 2003, Milano, 196) che *l'oggetto del giudizio di ottemperanza non è il merito amministrativo, bensì l'effettività della tutela giurisdizionale assicurata ai privati; ed è proprio tale circostanza che giustifica i poteri sostitutivi del giudice nei confronti dell'Amministrazione che non ottemperi a una statuizione giurisdizionale passata in giudicato*.

Con riferimento alla problematica dei limiti esterni in relazione al giudizio di ottemperanza, il tema è stato oggetto di varie pronunce che si sono espresse negli anni in maniera differente. La giurisprudenza ha chiarito che *l'oggetto proprio del giudizio per l'esecuzione del giudicato è costituito dalla verifica se la P.A. abbia o meno adempiuto all'obbligo nascente dal giudicato, e se cioè abbia o meno attribuito all'interessato quella utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta, a prescindere dal fatto che residuino o meno in materia in capo alla P.A. dei poteri discrezionali in ordine alle modalità da seguire al riguardo*⁷⁰. Ne deriva che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera riservata all'Amministrazione non è ravvisabile nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza abbia adottato il provvedimento che l'amministrazione stessa avrebbe già

69 F.G. Scoca, “Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo”, cit.,19.

70 F. D'Angelo, “La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: contributo allo studio di profili evolutivi”, cit., 188.

dovuto emanare. In giurisprudenza si sono susseguiti orientamenti contrastanti. Negli anni '60 la Cassazione riteneva di poter sindacare, sotto il profilo della giurisdizione, le decisioni del giudice dell'ottemperanza qualora questi nell'attuare il giudicato adottasse provvedimenti che rientrino nel potere discrezionale della pubblica amministrazione⁷¹. L'Adunanza Plenaria nel 1978 con sentenza 14 luglio n. 23 ha affermato a proposito del giudizio di ottemperanza, che l'obiettivo di tale procedimento non è la risoluzione della controversia bensì la determinazione di che cosa l'amministrazione debba fare per ottemperare al giudicato, sottolineando inoltre che col procedimento di ottemperanza il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione inadempiente per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire. Con riferimento ai poteri del giudice in sede di ottemperanza l'Adunanza Plenaria ha chiarito che l'attività sostitutiva del giudice nel procedimento di ottemperanza è oggettivamente la stessa che avrebbe potuto e dovuto compiere l'amministrazione. Successivamente negli anni '90 le Sezioni Unite hanno mutato orientamento e aderito alla tesi secondo la quale il giudizio di ottemperanza non si esaurisce nel mero ordine nei confronti della Pubblica amministrazione di dare esecuzione alla sentenza del Giudice Amministrativo. Ne è un esempio Cass. S.U. 14 gennaio 1992, n. 368 che ha aderito all'orientamento più recente per cui il giudizio di ottemperanza appartiene alla giurisdizione di merito. Stabilire se un giudicato sia stato o no eseguito, nonché le modalità di esecuzione dello stesso, con riguardo alla fissazione di termini ovvero alla nomina immediata o meno di un commissario ad acta, non attiene alla giurisdizione, ma esclusivamente al corretto apprezzamento delle circostanze rilevanti per il giudizio ed alle discrezionali scelte del giudice dell'ottemperanza.

Un esempio concreto di violazione dei limiti esterni si rinviene in Cass. S.U. 18 dicembre 2001 n. 15978⁷². Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso ammissibile, dichiarando il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato. Nel caso di specie i ricorrenti (Presidenza del Consiglio dei Ministri e Consiglio di Stato) ricorrevano in Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione poiché il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso, aveva impartito l'obbligo all'Amministrazione di dare esecuzione ad un decreto (27 settembre 1999, proposto avverso

⁷¹ Cass. S.U. 4 marzo 1966, n.636. M.V. Ferroni, cit., 221.

⁷² Foro Italiano, Vol. 125, No. 9, 2002, 2447/2448-2453/2454.

il diniego opposto alla richiesta di riconoscimento di un trattamento economico non inferiore a quello attribuito ad altri consiglieri non risultati vincitori dello stesso concorso del ricorrente per la qualifica di Consigliere di Stato) con il quale era stato accolto il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto dall'interessato. In questo modo il Giudice Amministrativo avrebbe travalicato *i confini posti dal legislatore alla sua giurisdizione di merito, essendosi l'inottemperanza dell'amministrazione statale manifestata in relazione (non ad una sentenza del giudice, ma) ad un provvedimento amministrativo, e quindi in un'ipotesi in cui la cognizione del giudice amministrativo è limitata ai soli profili della legittimità, senza alcuna possibilità di esercizio di poteri di amministrazione attiva, sia pure al limitato fine di assicurare l'osservanza del comando giuridico invaso*. A proposito dello strumento del ricorso straordinario, il Collegio ha specificato che *il decreto che decide il ricorso straordinario al Capo dello Stato ha natura non giurisdizionale ma amministrativa; pertanto per l'esecuzione del decreto non si può proporre il giudizio d'ottemperanza al giudice amministrativo* (si tornerà più avanti sull'argomento).

Nel 2003 le Sezioni Unite hanno ribadito che la finalità del giudizio di ottemperanza non consiste solo nell'effettivo adempimento da parte dell'amministrazione alla pronuncia del giudice di cognizione ma il giudice deve, oltre ad individuare il contenuto degli obblighi della sentenza da eseguire, *adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, quando emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione*. Dottrina ha comunque precisato che le valutazioni discrezionali compiute dal giudice in sede di ottemperanza sono diverse da quelle che potrebbe compiere la P.A. nell'esercizio della funzione attiva di amministrazione. *Al giudice non è chiesto di ponderare secondo opportunità l'interesse del ricorrente e l'interesse pubblico tutelato dal provvedimento annullato. Egli deve solo individuare il modo ottimale per eseguire il giudicato, conciliando per quanto è possibile le legittime pretese del ricorrente acclarate dalla sentenza inottemperata e gli interessi fatti valere in giudizio dalla Amministrazione*⁷³.

B. Sassani (Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva, Milano, 1997, 147) condivide la medesima tesi: la

73 F. D. Angelo, cit., 190.

finalità del giudizio di ottemperanza *non è ispirata al raggiungimento di specifici fini del soggetto pubblico ma mira a consentire che la concreta e compiuta soddisfazione dell'amministrato si accordi - in quanto possibile - con un più generale assetto di interessi.* Difatti il giudizio di ottemperanza è un istituto il cui fine principale consiste nel dare soddisfazione al bisogno di tutela del cittadino la cui situazione giuridica è stata lesa dall'elusione del giudicato, come stabilisce l'articolo 112 c.p.a., i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione. Il potere integrativo del giudice si scontra con il limite esterno della giurisdizione amministrativa *con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'Amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere al riguardo* (Cass., sez. un. 30 giugno 1999, n.376; Id., 21 giugno 1995, n.7014; Id., 12 gennaio 1993, n.272). Altro limite secondo Cass. S.U. 19 novembre 2002, n. 16270 è rinvenibile nell'interpretazione e valutazione del contenuto del giudicato, che riguardando la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, rimangono estranei al controllo dei limiti esterni della giurisdizione. Questione sulla quale si discuteva, riguardava la formazione del giudicato quale condizione di ammissibilità del giudizio di ottemperanza. In merito la giurisprudenza ha sempre ritenuto l'avvenuto giudicato quale presupposto processuale per esperire il giudizio di ottemperanza, ne è un esempio la sentenza 10 aprile 1980, n. 10, pronunciata dall'Adunanza Plenaria, la quale ha affermato che *è inammissibile il ricorso per l'esecuzione di una decisione del Consiglio di Stato la quale non sia ancora passata in giudicato. Deve, invero, confermarsi l'interpretazione, già enunciata da questa adunanza e volta ad attribuire rilevanza essenziale all'autorità di cosa giudicata, acquisita dalla decisione, della cui ottemperanza si controverta*⁷⁴. La questione è stata superata inizialmente dalla legge 21 luglio 2000, n. 205⁷⁵ che all'articolo 33 ha ammesso il ricorso al giudizio di ottemperanza a prescindere dal passaggio in giudicato o meno della sentenza da eseguire. Tale disposizione è stata ripresa dall'attuale codice del processo amministrativo, che al 2° comma dell'articolo 112 distingue, rispettivamente alla lettera a e b, le sentenze

⁷⁴ Foro Italiano, Vol. 103, Parte III, 1980, 443/444-447/448.

⁷⁵ Codice Amministrativo a cura di L. Tramontano, 2001, Milano, 2474.

amministrative passate in giudicato dalle sentenze esecutive, nonché gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo⁷⁶.

Analogo discorso vale per il sindacato di merito nel giudizio di ottemperanza. L'articolo 27 del R.D. 1054/ 1924 annoverava il giudizio di ottemperanza tra i casi di giurisdizione estesa al merito ma solo con riferimento ai “ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”⁷⁷.

L'articolo 112 c.p.a. disciplina l'azione di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo ed anche delle sentenze passate in giudicato ed altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, disposizione da leggere in combinato disposto con l'articolo 34, lett. d (“nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto ovvero modifica o riforma quello impugnato”), con l'art. 134 che individua i casi di giurisdizione estesa al merito ed infine con l'art. 114, 4° comma, lett. a, secondo cui il giudice in caso di accoglimento del ricorso “ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione”. Dal quadro normativo appena descritto, è da ritenere che il giudice in sede di ottemperanza gode dei medesimi poteri di valutazione e di scelta propri dell'attività di amministrazione attiva (e non potrebbe essere diversamente attesa la chiara dizione dell'art.7, comma 6, c.p.c.).

⁷⁶ Le sentenze emesse in primo grado dai tar sono immediatamente esecutive. Questa regola è enunciata dall'articolo 33, 2° comma c.p.a. e vale per qualsiasi tipologia di sentenza (A. Travi, “Manuale di giustizia amministrativa”, XIII ed., Torino, 383).

⁷⁷ A. Mascia (“Codice del processo amministrativo”), Zanichelli, 1978, 285.

Violazione in positivo o in negativo della giurisdizione in generale

Oltre alle ipotesi, già menzionate, sono considerate violazione dei limiti esterni, il difetto assoluto e relativo di giurisdizione, che attengono al superamento dei limiti della giurisdizione amministrativa nei confronti del giudice ordinario o di altro giudice speciale. Le due ipotesi possono essere così definite: *nel primo caso non c'è un giudice. Nel secondo caso c'è un giudice (ordinario, amministrativo, tributario, contabile, etc.) ma diverso da quello adito*⁷⁸.

Difetto assoluto di giurisdizione

Si ha difetto assoluto di giurisdizione quando il Consiglio di Stato nega la propria giurisdizione, ritenendo erroneamente che la materia del contendere non possa formare oggetto in via assoluta di cognizione giurisdizionale.

A livello normativo il difetto di giurisdizione è menzionato all'articolo 37 c.p.c., ai sensi del quale “il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque grado e stato del giudizio”; e dal secondo comma dell'articolo 41 c.p.c., che disciplina il regolamento preventivo di giurisdizione e dispone, “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 alla amministrazione stessa...”.

In dottrina è stato evidenziato⁷⁹ che *pur essendo rinvenibili delle norme che astrattamente sembrano fare riferimento al difetto assoluto di giurisdizione, tali previsioni normative non aiutano di certo l'interprete che voglia indagare in quali ipotesi si concretizza tale difetto.*

Difatti, considerando che le disposizioni legislative non descrivono la fattispecie, occorre capire, quando si verifica concretamente il difetto assoluto di giurisdizione.

Nel 1951, con sentenza n. 1330 le Sezioni Unite hanno ampliato il concetto di difetto assoluto di giurisdizione ed hanno affermato che la mancanza nell'ordinamento di una

78 A. Panzarola, cit., 587 ss..

79 I. Zingales, cit., 2022 ss..

norma volta a tutelare la posizione fatta valere dalla parte, potesse essere inclusa nel concetto di difetto assoluto.

Questo orientamento elaborato dalle Sezioni Unite ha suscitato non poche critiche in dottrina, E.T. Liebman (“Domanda infondata e regolamento di giurisdizione”, Riv. Dir. Proc., 1953, II, 35 ss.) ha sostenuto che dichiarare l’inesistenza del diritto vantato dall’attore equivale a decidere nel merito la questione (cfr. A. Proto Pisani, “A proposito di stile delle sentenze, effettività del diritto di azione e credibilità della giustizia dello Stato”, nota a Cass. S.U. 14 ottobre 1977, n. 4371, in Foro italiano, 1977, fasc. I, 2422).

Tale impostazione è stata superata dalla giurisprudenza solo nel 1989, anno in cui le Sezioni Unite con la sentenza 15 giugno 1987 n. 5266⁸⁰ hanno mutato orientamento in tema di difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda tra privati. In questa occasione il Collegio ha affermato che *l’interpretazione giurisprudenziale precedente, dopo un elevato dibattito iniziale, non aveva molto interessato gli studiosi, e ciò probabilmente perché soltanto <poche> volte, come giustamente ha osservato la Suprema corte nella pronuncia in rassegna, si era giunti alla concreta declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione per carenza in astratto di azionabilità della pretesa dell’attore, chiudendosi così la controversia in limine litis*. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che il difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda, rientri tra le questioni di merito (sotto il profilo che non c’è nella data fattispecie una posizione tutelabile ed una domanda invocabile, conseguendone il rigetto, nel merito, dell’azione e non tanto una declaratoria di inammissibilità) e non di giurisdizione e pertanto *insuscettibile di essere sollevata tramite regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c.*. Avendo le Sezioni Unite affermato, che il difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda è considerabile alla stregua di una questione di merito e di conseguenza non deducibile con il regolamento preventivo di giurisdizione, non sembra essere censurabile tale vizio con il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato ex comma 8° art. 111, Cost., ed in questo modo l’ambito del giudizio sulla giurisdizione veniva limitato.

Successivamente la Cassazione con sentenza 6 maggio 1993, n. 5238 si è diretta verso altra direzione ed ha affermato che *ai fini dell’ammissibilità del ricorso è sufficiente richiamare*

⁸⁰ Foro Italiano, Vol. 111, parte I, pag. 3393/3394- 3399/33400.

la costante giurisprudenza di questa Corte per il quale la questione, concernente la configurabilità o meno di un interesse suscettibile di tutela giurisdizionale, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice, pertanto è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, a norma dell'art. 362 c.p.c. (cfr., per tutte, Cass. 8 maggio 1978 n. 2207). Nel caso di specie le Sezioni Unite avevano dichiarato ammissibile il ricorso presentato dal ricorrente principale (Istituto della facoltà di Medicina dell'Università La Sapienza di Roma, dal suo direttore e da alcuni professori e tecnici laureati), che avevano inizialmente chiesto l'annullamento del decreto del Rettore con cui veniva costituito il Dipartimento di scienze cardiovascolari ed altre strutture preesistenti venivano inglobate in esso. L'Università degli Studi La Sapienza di Roma si era costituita in giudizio ed aveva eccepito il difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti, nonché l'infondatezza delle censure lamentate dagli stessi. Il Tar Lazio aveva respinto l'eccezione relativa alla legittimazione dell'istituto e del relativo direttore (dichiarandolo inammissibile nella parte impugnata dai docenti). Il Consiglio di Stato confermava la decisione impugnata e riaffermava la sussistenza della legittimazione attiva del titolare d'istituto, affermando che la posizione di quest'ultimo risultava *differenziata e qualificata rispetto a quella del personale afferente all'Istituto medesimo ed assumeva, quindi, consistenza di interesse legittimo, nel senso che egli aveva interesse affinché il provvedimento in contestazione fosse legittimamente emesso e che il sacrificio della sua posizione non apparisse ingiustificato o arbitrario*. Il Collegio era stato chiamato a pronunciarsi sul quesito, se determinate situazioni integrassero una questione di giurisdizione e pertanto fossero tutelabili tramite il ricorso ex art 111, 8° comma, Cost.; problematica che, come abbiamo visto, aveva avuto risoluzioni contraddittorie da parte della giurisprudenza e dottrina.

Come ha osservato S. Gattamelata (Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o merito?, Dir. Proc. Amm., fasc. 1, 1996, 48) *l'indagine sulla giurisdizione potrebbe implicare una valutazione in merito alla natura della situazione giuridica sottesa al giudizio proposto - individuando così i <motivi> che consentono l'impugnazione - e quindi, in merito alla stessa proponibilità della domanda. Se infatti una domanda è proponibile, non significa altro che alla sua base esiste una situazione giuridica protetta: a seconda*

della sua natura - di diritto soggettivo o di interesse legittimo - è possibile indicare quale sia il Giudice naturale cui potersi legittimamente rivolgere.

Come si è più volte ripetuto il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è limitato al rispetto dei limiti esterni della giurisdizione e di conseguenza non può spingersi fino al merito della questione.

Si sta parlando del caso in cui il giudice si sia pronunciato su una domanda non proponibile ad alcun giudice o a quel giudice. Ma si è detto che *questo implica una valutazione (una definizione) della situazione soggettiva sottesa al giudizio, per verificare se questa può essere definita di diritto soggettivo, di interesse legittimo o se, addirittura, non configura che un mero interesse di fatto come tale non tutelabile in sede giudiziale*⁸¹.

La definizione data in dottrina sugli interessi di fatto è la seguente: *sono quegli interessi privi di qualsiasi tutela giuridica, e quindi, caratterizzati dalla totale indifferenza che il diritto manifesta nei loro confronti*⁸². A proposito dell'interesse di fatto, M. Nigro ("Giustizia amministrativa", Bologna, 1994, 101 ss.) ha affermato che la categoria di tali interessi non protetti è un territorio confinante con quello degli interessi protetti, e quindi un territorio naturalmente destinato ad ampliarsi e a restringersi a seconda che, nei vari periodi storici, l'ordinamento giuridico, nel suo continuo divenire e progredire plasmato dall'indirizzo storico politico del tempo, conferisca da un dato momento protezione a interessi che prima erano di mero fatto, o non attribuisca più protezione ad interessi prima protetti.

La questione come visto è stata oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha dato risposte discordanti al quesito, da notare come le Sezioni Unite nei vari anni hanno dato risposte diverse con riferimento al tema dell'improponibilità della domanda e della situazione giuridica tutelabile in giudizio.

Successivamente Cass. S.U. 26 gennaio 2000, n. 1, ha affermato che *non può essere confusa l'infondatezza, o anche la manifesta infondatezza, della domanda con il difetto assoluto di giurisdizione. Le questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme o principi che astrattamente contemplino e tutelino la posizione di diritto soggettivo fatta valere in*

81 S. Gattamelata, cit., 48 ss..

82 I. Zingales, cit., 2022 ss.

giudizio, attengono infatti, al fondamento nel merito della domanda e non alla giurisdizione (Cass. S.U. 23 dicembre 1988 n. 7022; Cass. S.U. 7 gennaio 1993 n.66); e ciò anche quando sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile nei confronti della Pubblica amministrazione.

Tesi, questa, condivisa anche dalla dottrina secondo cui la valutazione in ordine alla qualificazione dell'interesse, di cui si chiede la tutela, non concerne il limite esterno della potestà giurisdizionale ma costituisce il contenuto stesso del giudizio, essendo relativa al merito della pretesa⁸³.

*Il fatto che l'accertamento della sussistenza di una posizione giuridicamente differenziata e qualificata, quale l'interesse legittimo, attenga ad una questione di merito, era già stato evidenziato da V. Caianiello ("Il limite esterno della giurisdizione amministrativa e i poteri della cassazione", in scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo, Milano, 1979, 94"), secondo il quale *dichiarare l'inesistenza dell'interesse legittimo significa sempre decidere il merito della causa. L'unica indagine possibile <in astratto> in ordine alla improponibilità della domanda non può dunque essere riferita alla insussistenza di un interesse tutelabile, bensì o alla impossibilità da parte del giudice con riferimento ai poteri attribuitigli di emanare un provvedimento del tipo di quello richiesto [...] Oppure alla sussistenza in ambito riservato al potere dell'amministrazione che sia per legge sottratto al sindacato del giudice, ambito che, come si è detto, nel precedente paragrafo non può mai ritenersi esistente quando vengono dedotti profili di legittimità. Tutto il resto costituisce non questione di giurisdizione ma merito della controversia e come tale non può formare oggetto di indagine da parte della Corte regolatrice della giurisdizione che, in quanto tale, ha solo il compito di controllare: a) che il giudice amministrativo non emani un provvedimento non riconducibile ad uno di quelli che egli ha in astratto il potere di emanare, b) che il giudice amministrativo non invada un ambito di poteri dominato da <riserva di amministrazione>.**

*La tesi a favore della deducibilità dell'improponibilità della domanda ha preso origine dal fatto che *ciò che viene richiesto alla Suprema Corte non è tanto di dirimere presunti contrasti tra giurisdizione ed amministrazione, ma di verificare se un giudice possa**

83 I. Zingales, cit., 2022 ss..

conoscere o meno una data questione sottopostagli. E' anche vero che per svolgere tale compito, è inevitabile che la Cassazione effettui un'indagine sulla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, ma questo non implica né una valutazione del merito del giudizio, né comprime o condiziona il giudice, successivamente investito della controversia e non si nega infatti al giudice amministrativo di stabilire se ricorre un interesse legittimo, ma si tratta di vedere, se essendo ammesso il ricorso alle Sezioni Unite per questioni attinenti alla giurisdizione una tale questione non debba configurarsi come questione di giurisdizione⁸⁴.

Il giudice deve quindi espletare un'indagine che sia volta a stabilire non la sussistenza in concreto di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo leso dall'atto o dal comportamento dell'amministrazione, ma la configurabilità in astratto dell'una o dell'altra posizione giuridica nella fattispecie dedotta in giudizio (Rassegna Avv. Di Stato, Gennaio-febbraio 1969, 31)⁸⁵.

A tal riguardo bisogna stabilire il confine tra l'indagine in astratto e quella in concreto che rispettivamente segnano la questione di giurisdizione e la questione di merito. Ad avviso della dottrina non rientra nel merito della questione neppure se la Corte, nel ricercare a chi spetti la giurisdizione, consideri non tutelabile la posizione dedotta in giudizio. Infatti, seppur si dovesse riscontrare l'insussistenza di alcun interesse legittimo (e cioè l'inesistenza di alcuna posizione che legittima l'azione) il giudizio sulla giurisdizione avrebbe svolto perfettamente il suo compito, stabilendo che non poteva essere adito alcun giudice; il merito della controversia non sarebbe in tal modo intaccato né valutato, accertandosi solamente l'improponibilità della domanda in quanto esorbitante i limiti esterni delle attribuzioni del giudice adito. In tal senso, l'improponibilità della domanda è questione di giurisdizione⁸⁶.

Ci si riferisce all'ipotesi di domande che non sono proponibili ad alcun giudice in quanto hanno ad oggetto una pretesa che l'ordinamento non riconosce né come diritto soggettivo né

84 S. Gattamelata, cit., 53.

85 <http://www.avvocaturastato.it/rassegnastampa>, 04/01/2022.

86 S. Gattamelata, cit., 53.

come interesse legittimo ma piuttosto come interesse di mero fatto. Rileva al riguardo Cass., S.U. 1 luglio 1981, n. 4526⁸⁷, che ha definito come difetto assoluto di giurisdizione anche il caso in cui l'attore vanti una pretesa che l'ordinamento riconosce solo come interesse di mero fatto e non alla stregua di un diritto soggettivo o interesse legittimo.

Orientamento superato con Cass. S.U. 20 giugno 1987, n. 5549, secondo la quale *le questioni attinenti all'insussistenza nell'ordinamento di una norma idonea alla tutela della posizione soggettiva fatta valere in giudizio attengono al merito e non alla competenza giurisdizionale del giudice adito.*

La giurisprudenza successiva ha distinto l'ipotesi della domanda improponibile dalla domanda infondata: nel primo caso la questione riguarda la configurabilità in astratto della pretesa, così come proposta dalla parte attrice e quindi un profilo inerente la giurisdizione; il secondo invece attiene alla verifica dell'esistenza delle condizioni per la tutela della situazione soggettiva, investendo l'analisi il merito della domanda.

A proposito di ciò le Sezioni Unite hanno evidenziato con la sentenza 13 marzo 2001, n.111 come non si possa confondere l'infondatezza della domanda con il difetto assoluto di giurisdizione *in quanto le questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme o principi che astrattamente contemplino e tutelino la posizione di diritto soggettivo fatta valere in giudizio attengono al fondamento della domanda e non alla giurisdizione, anche quando sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile nei confronti della p.a..*

In tema di giurisdizione relativa al risarcimento dei danni causati da provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione lesivi di interessi legittimi, la giurisprudenza era divisa sul punto, dando soluzioni diverse: una parte della giurisprudenza riteneva che fosse necessario dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione a causa dell'improponibilità della domanda; un altro filone giurisprudenziale sosteneva invece che la domanda vantata dall'attore dovesse essere rigettata nel merito. Così hanno ricordato le Sezioni Unite nella sentenza 11 novembre 1993, n. 11077: *la giurisprudenza delle sezioni unite in tema di giurisdizione sulla domanda di risarcimento dei danni derivanti da atti della pubblica amministrazione lesivi di interessi legittimi non sarebbe univoca, in quanto mentre alcune*

⁸⁷ Foro It., rep., 1981.

*pronunce si sono espresse per il difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda; altre hanno optato per l'attinenza al merito e, più precisamente, per il rigetto della domanda per insussistenza del diritto vantato dal privato*⁸⁸. Sempre le Sezioni Unite in questa occasione hanno anche affermato che tale contrasto è solo *formale in quanto non vi è alcuna sostanziale differenza tra il difetto assoluto di giurisdizione per c.d. improponibilità della domanda e rigetto nel merito per mancanza del diritto fatto valere*.

Nel 1999 le Sezioni Unite sono state investite di un'altra questione riguardante sempre la improponibilità della domanda di risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi e in questa occasione il Collegio ha pronunciato la nota sentenza n. 500. Suddetta pronuncia è ricordata per aver ammesso la risarcibilità del danno derivante da lesione di interesse legittimo a causa di un provvedimento amministrativo illegittimo.

Il Collegio ha affermato che *la questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi non attiene propriamente alla giurisdizione, bensì costituisce questione di merito*⁸⁹. *Si è infatti affermato che con la proposizione di una domanda di risarcimento la parte istante fa valere un diritto soggettivo, sicché bene la domanda è proposta davanti al giudice ordinario che, in linea di principio, è giudice dei diritti (a parte i casi di giurisdizione esclusiva), al quale spetta stabilire, giudicando nel merito, sia se tale diritto esista e sia configurabile, sia se la situazione giuridica soggettiva dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato danno sia tale da determinare, a carico dell'autore del comportamento illecito, l'insorgere di una obbligazione risarcitoria (in tal senso: sent. n. 10453/97; n. 1096/98; ma già in precedenza, per l'affermazione che si tratta di questione di merito e non di giurisdizione, sent. n. 6667/95; n. 8836/94; n.5477/95; n. 1030/96).*

Questione strettamente collegata al difetto assoluto di giurisdizione è l'insindacabilità dell'atto politico. Ai sensi dell'articolo 7 c.p.a. co.1 "non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Disposizione già presente nel Testo unico del Consiglio di Stato che all'articolo 31 escludeva espressamente l'impugnabilità in sede giurisdizionale degli atti e provvedimenti emanati dal potere esecutivo nell'esercizio del potere politico. Emerge una tipologia di atti non riconducibile

⁸⁸ Foro Italiano, Vol. 117, parte I, 1994, 3137/3138-3143/3144.

⁸⁹ <https://www.foroplus.it/home.php>, 04/01/2022.

alla categoria dei provvedimenti amministrativi. Gli atti politici *sono gli atti posti in essere da un organo costituzionale nell'esercizio della sua funzione di governo, e quindi nell'attuazione dell'indirizzo politico (costituzionale o di maggioranza): non sono, quindi, espressione di una funzione amministrativa. Di conseguenza, essi, anche quando sono emanati da un'autorità amministrativa, sono sostanzialmente sottratti al regime tipico del provvedimento amministrativo, come dimostrato dal fatto che è escluso il ricorso al giudice amministrativo contro gli "atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"*⁹⁰.

La dottrina ricorda che la giurisprudenza⁹¹ ha individuato due requisiti che rendono l'atto politico come tale, *l'uno di carattere soggettivo, dato che deve trattarsi di atto o provvedimento emanato dal governo, cioè come autorità amministrativa cui compete, altresì la funzione di indirizzo politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa. Ai fini, inoltre, della qualificazione di un atto come politico occorre considerare la sua causa oggettiva, intesa in senso tecnico - giuridico, e non i motivi eventualmente anche politici che abbiano influenzato l'autorità nella sua emanazione*⁹².

Data l'insindacabilità dell'atto politico, qual'è la conseguenza di un eventuale sindacato da parte del giudice amministrativo?

Rileva in proposito la sentenza n. 81 del 2012 della Corte Costituzionale.

Nel caso di specie la Regione Campania aveva proposto conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri per violazione dell'articolo 122, 5° comma, della Costituzione, in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato 27 luglio 2011, 4502, che aveva confermato la decisione del Tar Campania con cui era stato annullato il decreto del Presidente della Giunta regionale di nomina di un assessore, perché adottato in violazione delle disposizioni legislative a garanzia delle rappresentanze di genere (in particolare l'articolo 46, 3° comma, dello Statuto della Regione Campania che impone il "pieno rispetto del principio di un'equilibrata presenza di donne e uomini" nella Giunta).

90 B. G. Mattarella, "L'attività" in Trattato di diritto amministrativo, Vol. 1, Diritto amministrativo generale, II ed., Milano, 2000, 675-676.

91 Consiglio di Stato, 29 febbraio 1996 n. 217.

92 I. Zingales, cit., 2031.

La questione era stata inizialmente posta al giudice amministrativo. Infatti la regione Campania aveva impugnato la sentenza del Tar davanti al Consiglio di Stato, che ha confermato la decisione emessa in primo grado, affermando che non poteva riconoscersi natura di atto politico ai decreti di nomina degli assessori, *nella misura in cui tali atti siano soggetti al rispetto di criteri giuridici come quello relativo al “pieno rispetto di una equilibrata presenza di donne e uomini”* e di conseguenza non poteva ritenersi applicabile l’articolo 7 del c.p.a. che esclude l’insindacabilità degli atti politici.

La Corte Costituzionale ha affermato che *la ricorrente non ha fatto ricorso ai rimedi predisposti dall’ordinamento nel caso di indebito sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “atti politici”, rimedi che avrebbero consentito di verificare se l’atto oggetto del giudizio fosse effettivamente sindacabile in sede giurisdizionale e non rientrasse tra gli atti non impugnabili ai sensi dell’art. 7 del citato d.lgs. n. 104 del 2010. Non risulta che la ricorrente abbia impugnato per presunto difetto assoluto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di stato, così come previsto dall’art. 111, ottavo comma, della Costituzione, con ricorso ai sensi dell’art. 362, primo comma, del codice di procedura civile. [...] a tal riguardo, occorre ricordare che questa Corte è sempre chiamata a verificare se il ricorso per conflitto, al di là delle formali asserzioni a sostegno della prospettazione, si traduca in uno strumento atipico di impugnazione e come tale risulti quindi inammissibile.*

Secondo la Consulta la questione non sarebbe dovuta essere considerata alla stregua di un conflitto di attribuzioni ma, piuttosto, lo strumento giusto da utilizzare nel caso di specie sarebbe stato il ricorso in cassazione per difetto assoluto di giurisdizione. Difatti per poter accertare un eventuale sindacato da parte del giudice amministrativo su atti politici, occorre anzitutto contestare la giurisdizione, per appurare se l’atto oggetto del giudizio sia effettivamente un atto politico e quindi come tale insindacabile in sede giurisdizionale.

Tuttavia è stato osservato che *il tenore dell’art. 113 della Costituzione e la circostanza che esso espressamente vieti che la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, sempre ammessa, possa essere “esclusa o limitata... per determinate categorie di atti” hanno da subito indotto la dottrina ad interrogarsi sulla sopravvivenza stessa della nozione di “atto politico” come atto amministrativo insindacabile. Così come la collocazione nel sistema*

degli “organi costituzionali” politici ha aperto la riflessione alla necessità di distinguere tra loro l’atto di governo in senso proprio come “atto costituzionale”, da una parte; e l’atto politico quale categoria appartenente al più ampio genere degli atti formalmente amministrativi, forse distinto (ma forse no) dai c.d. atti di “alta amministrazione”, dall’altra⁹³. Gli atti di alta amministrazione sono definiti in dottrina⁹⁴ come “atti di suprema direzione della pubblica amministrazione”, di raccordo della funzione di indirizzo politico con quella amministrativa: non sono, quindi, liberi nel fine, come gli atti politici, ma vincolati ai fini stabiliti a livello politico. Di conseguenza, essi non sfuggono al regime tipico del provvedimento amministrativo.

Difetto relativo di giurisdizione

La giurisprudenza qualifica come difetto relativo di giurisdizione il superamento dei limiti della giurisdizione amministrativa nei confronti di altre giurisdizioni ed in particolare del giudice ordinario. E’ un’ipotesi prevista anche ai tempi della legge n. 3761 del 1877, ma tale vizio rientrava tra le nullità per “incompetenza”, che riguardavano “l’esistenza del giudice adito della potestà giurisdizionale non nei confronti di organi di altri poteri, né in senso assoluto, ma rispetto ad altri organi giurisdizionali”.

Il difetto relativo di giurisdizione è integrato quando il Giudice Amministrativo abbia giudicato su materie attribuite ad altra giurisdizione, ordinaria o speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione sull’erroneo presupposto che essa appartenga ad altro giudice, configurando il c.d. arretramento. Suddetto vizio si configura, qualora il giudice amministrativo qualifichi erroneamente la situazione giuridica dedotta in giudizio o interpreti in maniera non corretta le disposizioni in tema di giurisdizione esclusiva.

L’arretramento è qualificato come difetto relativo di giurisdizione e può essere definito come “il rifiuto di esercizio della giurisdizione che al g.a. compete”⁹⁵. Consiste in un “diniego di giurisdizione”, vale a dire ipotesi in cui il Giudice Amministrativo neghi tutela

93 F. Bilancia, “Ancora sull’atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?”, Rivista AIC, N. 4/ 2012, 02/10/2012, 3.

94 B.G. Mattarella, “l’attività”, in Trattato di diritto amministrativo, cit., 677.

95 R. De Nictolis, cit., 62.

ritenendo di non avere potestà giurisdizionale in quanto la materia oggetto del giudizio rientra nelle attribuzioni di altra giurisdizione⁹⁶.

Come si è visto, la giurisdizione di legittimità è definita “generale” e il Giudice Amministrativo, “*il giudice naturale*” degli interessi legittimi. L’articolo 103 della Costituzione, oltre ad avere - come già detto - costituzionalizzato l’interesse legittimo (da cui la definizione come generale della giurisdizione del G.A.), ha previsto la giurisdizione esclusiva in ipotesi tassative e nelle quali il giudice conosce anche di diritti soggettivi.

Nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204, la Corte Costituzionale ha affermato che i casi in cui il G.A. ha cognizione sui diritti soggettivi corrispondono a quelle *materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce comunque come autorità, cioè come titolare di un potere amministrativo in senso proprio, e quelle nelle quali dunque la tutela dei diritti soggettivi è ancillare rispetto a quella degli interessi legittimi*⁹⁷.

La giurisdizione esclusiva può essere definita come quella giurisdizione che <<esclude>> la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, proprio perché le materie oggetto della stessa riguardano oltre che interessi legittimi anche diritti soggettivi, i quali generalmente sono attribuiti alla cognizione del G.O.. Ed è proprio la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi che è assunta a criterio di riparto tra giurisdizione amministrativa e ordinaria. Questa distinzione ha origini ben più lontane, bisogna infatti menzionare la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, sull’abolizione del contenzioso amministrativo, che aveva

96 “Diniego di giurisdizione” da tenere distinto dal “diniego di giustizia”, che si verifica quando il Giudice Amministrativo ritiene che nell’ambito della propria giurisdizione, non sia consentita una determinata forma di tutela oppure non entra nel merito della domanda, ritenendo che vi sia una questione pregiudiziale di rito che rende la domanda improponibile. La questione relativa all’inclusione del diniego di giustizia tra i limiti della giurisdizione amministrativa sarà affrontata più avanti in occasione dell’analisi relativa al principio di effettività della tutela (R. De Nictolis, cit., 62).

97 M. Clarich, “Manuale di diritto amministrativo”, IV ed.. Si vuole individuare, nella giurisdizione esclusiva, il dato qualificante, per così dire strutturale, della inestricabile sussistenza in tali materie di interessi legittimi e diritti soggettivi (quasi una disciplina indistinta). Si pensi al pubblico impiego, già devoluto al G.A. (art. 29, n. 1, r.d. 26-6-1924, n. 1054), dove la tutela del diritto soggettivo dell’impiegato pubblico riguardante il rapporto di lavoro è condizionata agli atti amministrativi organizzativi del datore di lavoro pubblico. In realtà la devoluzione delle materie di giurisdizione esclusiva (oggi diffusamente elencate nell’art. 133 c.p.a.) risponde ad una scelta insindacabile del legislatore (se non per il limite derivante dalle affermazioni della Corte Costituzionale, su questa problematica v. *amplius* oltre); quale quella di avere privilegiato comunque il profilo riguardante le prassi giurisprudenziali in tema di rapporto di lavoro subordinato, art. 2094 c.c., e l’equiparazione del dipendente pubblico a quello privato, allorquando decise di privatizzare il comparto del pubblico impiego (tranne poche eccezioni, ex art. 3 d.lgs. 30-3-2001, n. 165, che oggi rientrano nella lett. i) dell’art. 133 c.p.a.), devolvendone la tutela al giudice del lavoro, giudice naturale dei diritti (d.lgs. 3-2-1993, n. 29, art. 68, come modificato dal d.lgs. 23-12-1993, n. 546, d.lgs. 31-3-1998, d.lgs. 29-10-1998, n. 387, e d.lgs. 30-3-2001, n. 165, art. 63), piuttosto che al giudice amministrativo, giudice naturale della P.A., scelta divenuta irreversibile.

attribuito al giudice civile la giurisdizione su tutte le controversie tra il privato e la pubblica amministrazione, nelle quali si facesse questione di un “diritto civile o politico” (art. 2), in caso di controversia correlata all’emanazione di un provvedimento. Successivamente, per integrare il contenuto della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, con legge 31 marzo 1889 n. 5992 è stata istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, che all’articolo 3 attribuiva alla nascente sezione il potere di giudicare sui “ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali, quando i ricorsi non sono di competenza dell’autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni di corpi o collegi speciali”. A proposito del termine “*interesse*” utilizzato da suddetta disposizione, la dottrina ha osservato come esso in realtà si riferisce *ad una categoria di posizione giuridica simmetrica rispetto ai diritti civili o politici*, ponendo così l’accento, *non tanto sul tipo di provvedimento richiesto quanto sulla natura della situazione di cui si invocava la tutela*⁹⁸. Difatti giurisprudenza e dottrina si posero da subito il problema di definire il concetto di “*interesse*”, previsto come requisito per proporre ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato. Per quanto riguarda la questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e IV sezione, ci si chiese se il discrimen dovesse fondarsi sul “*petitum*”, ovvero l’oggetto della domanda (ciò che si chiede al giudice di pronunciare) oppure sulla “*causa petendi*”, intesa come la situazione giuridica soggettiva dedotta nel giudizio (le ragioni per cui si è adito tale giudice).

Inizialmente venne proposta la teoria della doppia tutela, secondo cui il titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo aveva la facoltà di scegliere *se azionare il diritto soggettivo in via autonoma innanzi al giudice ordinario ai fini dell’accertamento della lesione; oppure farlo valere come interesse legittimo dinnanzi alla IV sezione allo scopo di ottenere l’annullamento del provvedimento illegittimo* (Scialoia)⁹⁹. La questione è stata affrontata successivamente nel caso Laurens del 1891, in occasione del quale è stata data prevalenza al criterio della “*causa petendi*”, ed è stata elaborata la teoria della prospettazione, secondo la quale per determinare in concreto la “*causa petendi*”

98 M.V. Ferroni, cit., 179.

99 M. Clarich, “Manuale di giustizia amministrativa”, 2020, 134.

dedotta in giudizio, era necessario fare riferimento alla situazione giuridica per come dedotta (prospettata) dalla parte che promuove il giudizio stesso. E' stato osservato¹⁰⁰, che si è adottato come criterio discriminativo principale della giurisdizione la natura della situazione giuridica dedotta in giudizio (diritto o interesse) e cioè l'elemento costitutivo principale della causa petendi.

Il Testo Unico del Consiglio di Stato (r.d. 26-6-1924, n. 1054) entrato in vigore nel 1924 (1° luglio, art. 56) non ha introdotto nessuna disposizione per fare chiarezza sul criterio di riparto delle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa.

La Cassazione con la sentenza 4 luglio 1949, n.1657 ha poi elaborato la teoria della carenza di potere - cattivo uso del potere, per distinguere rispettivamente la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa. Le Sezioni Unite hanno affermato che *tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la competenza è del giudice amministrativo, mentre si ha questione di diritto soggettivo e competenza del giudice ordinario quando si contesta la stessa esistenza del potere.*

Nonostante questa pronuncia, non si è mai giunti ad una risoluzione definitiva della questione.

A. Romano¹⁰¹ ha osservato che *l'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ormai costituzionalmente ammessa, conteneva in sé il seme del superamento del nostro sistema dualistico di giustizia amministrativa, del resto costituzionalmente recepito. Ma, all'epoca esso constava di una regola (l'attribuzione al giudice civile della tutela dei diritti soggettivi), che era ancora una regola: e di un'eccezione (l'attribuzione di questi, in particolari materie, viceversa al giudice amministrativo), che era ancora un'eccezione; e, quindi, si presentava come un sistema, che poteva ancora considerarsi tale.*

Al novero delle materie originariamente attribuite alla giurisdizione esclusiva dal legislatore se ne sono aggiunte altre, ed infatti *l'ambito della giurisdizione esclusiva si è determinato per successive stratificazioni che hanno aggiunto, al corpus iniziale delle materie individuate dal legislatore del 1923, una serie di numerose altre materie o controversie*

100 M. Nigro, "Giustizia amministrativa", cit., 183.

101A. Romano, "Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000", cit., 610.

*specifiche*¹⁰². La più parte delle materie attribuite sin dall'origine alla giurisdizione esclusiva coincidevano con le materie oggetto di giurisdizione estesa al merito, indicate dall'articolo 29 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, ad eccezione della materia relativa al pubblico impiego (l'unica a non essere anche oggetto di giurisdizione di merito).

Già a partire dagli anni '70 questa impostazione ha cominciato a subire delle modifiche, poiché con successivi interventi normativi, la giurisdizione esclusiva si è ampliata notevolmente: da notare come l'attuale articolo 133 del codice del processo amministrativo, rubricato "materie di giurisdizione esclusiva" contiene un ampio decalogo di materie che sono attribuite alla cognizione del Giudice Amministrativo.

Negli anni 1998-2000 il Legislatore ha deciso di includere nella giurisdizione esclusiva "blocchi di materie". Questi interventi legislativi hanno trovato la spinta nella sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione, che ha aperto la strada al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo. La Corte Suprema aveva, però, inquadrato tale specie di responsabilità all'interno dell'articolo 2043 del codice civile (illecito civile), configurando la fattispecie alla stregua di un diritto soggettivo (il diritto ad essere risarcito del danno ingiusto subito). Soltanto nel 2010 il Legislatore con il Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) ha stabilito all'articolo 7, 4° comma, che sono attribuite alla giurisdizione (ma) di legittimità del Giudice Amministrativo, le questioni "relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e gli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma". Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., il legislatore aveva deciso negli anni 1998-2000 di attribuire alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo una serie di materie riguardanti i servizi pubblici, per semplificare ed accelerare i tempi processuali; questo perché, altrimenti, il privato cittadino avrebbe dovuto prima rivolgersi al G.A. per ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo e solo successivamente avrebbe potuto adire il giudice ordinario al fine di chiedere il risarcimento del danno causato dal provvedimento.

Sulla questione è intervenuta l'Alta Corte, che con le sentenze 204 e 281 del 2004, e 191 del 2006, ha dichiarato la parziale incostituzionalità delle disposizioni che avevano ampliato i casi di giurisdizione esclusiva. Con la sentenza n. 204 del 2004 la Consulta ha specificato in

102 A. Police, cit., 110.

tema di giurisdizione esclusiva che *il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare particolari "materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi, un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie.* La Corte ha infatti ricordato che l'articolo 103 della Costituzione stabilisce che le materie oggetto di giurisdizione esclusiva devono essere *"particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.* La Consulta ha quindi precisato che la particolarità delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. implica che in tali casi la Pubblica Amministrazione agisce come autorità e con questo limite il legislatore può decidere di attribuire nuove materie alla giurisdizione esclusiva del G.A..

Come ha osservato B.G. Mattarella (*"Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa"*, *Giornale di diritto amministrativo* N.9/2004, pag. 983), *le regole individuate dalla Corte, anche se applicate solo alle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia, sono enunciate in termini generali, con riferimento a tutta l'attività amministrativa.*

In sostanza la Consulta ha fermato il tentativo del legislatore della fine degli anni Novanta del secolo scorso (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80) di superare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi come criterio di riparto della giurisdizione, sostituito dal criterio oggettivo dei blocchi di materie (servizi pubblici, urbanistica ed edilizia).

La previsione della giurisdizione esclusiva comporta il venir meno della possibilità di impugnare la relativa decisione per violazione di legge, visto che il comma 8° dell'articolo 111 Cost. ammette il ricorso in Cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione nei

confronti delle sentenze del Giudice Amministrativo. In dottrina, difatti, vi è stato chi ha sostenuto la tesi di prevedere la possibilità di impugnare le decisioni del Consiglio di Stato, aventi ad oggetto diritti soggettivi, anche per violazione di legge ai sensi del comma 7° dell'articolo 111 della Costituzione e non solo per motivi di giurisdizione. E. Scoditti (“Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi, una questione aperta”, *Il Foro Italiano*, fasc. 6, parte 5, 2014, 158)¹⁰³ ha evidenziato come *la quantità delle materie di giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo, e soprattutto la qualità, se si tiene conto dell'estensione <ai diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale>, per riprendere il testo dell'art. 55 cod. proc. Amm., hanno posto all'ordine del giorno, come si è anticipato, il tema della ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi.*

Questa tesi trova origine nei vari interventi legislativi che hanno ampliato il novero delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva ed infatti in questo modo *il volto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è radicalmente mutato rispetto al momento di entrata in vigore della Costituzione. Rispetto ad una giurisdizione circoscritta al pubblico impiego, ora non solo il numero delle <materie> si è straordinariamente dilatato, ma soprattutto è ormai un dato acquisito la cognizione del giudice amministrativo sui diritti fondamentali nell'ambito della giurisdizione esclusiva*¹⁰⁴.

In questo modo il sindacato sui diritti soggettivi e quindi anche sui diritti fondamentali trova un limite proprio nell'ottavo comma dell'articolo 111, che, come è noto, limita i motivi di ricorso in cassazione per le pronunce delle giurisdizioni speciali.

A tal riguardo R. Rordorf (“Pluralità della giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta”, *Foro It.*, 2017, V, 44, 123) ha suggerito di integrare la composizione delle Sezioni Unite con membri del Consiglio di Stato in caso di una futura previsione di ricorso per violazione di legge in materie di diritti soggettivi (nell'ambito della giurisdizione esclusiva).

¹⁰³ La tematica investe la questione dei rimedi agli errori del giudice e del conseguente sistema delle impugnazioni: si tenga conto che mentre il giudizio di cassazione è costituzionalizzato (se pure nella forma del ricorso per violazione di legge, ex art. 111, comma 7, Cost., e non, letteralmente, per falsa applicazione di norme di diritto, e non per omesso esame del fatto decisivo, ex art. 360, nn. 3, seconda parte, e 5, c.p.c.), non così il giudizio di appello, il che porterebbe, de iure condendo, nel caso di eliminazione di due gradi di giudizio, alla totale revisione del TAR (artt. 5, 41 c.p.a.).

¹⁰⁴ E. Scoditti, cit., 157.

Egli ha ritenuto essere *assolutamente opportuno che le sezioni unite della Suprema corte esercitino il riparto di giurisdizione avendo ben presenti le specifiche caratteristiche delle giurisdizioni speciali e che, essendo queste evidentemente meno familiari a giudici formati professionalmente nell'esercizio della sola giurisdizione ordinaria, lo facciano favorendo ogni forma possibile di dialogo con i magistrati operanti nelle giurisdizioni speciali*. Sempre con riferimento al tema delle riforme costituzionali, si è auspicato in dottrina un intervento legislativo per riformare il comma 8° dell'articolo 111 Cost., che limita il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. A tal proposito si è detto che *l'estensione del ricorso in Cassazione per violazione di legge a tutte le sentenze, quali che siano i litiganti, renderebbe finalmente uguale per tutti anche la legge applicata da giurisdizioni diverse*¹⁰⁵.

Il quadro appena descritto è fonte di incertezze soprattutto con riguardo agli ambiti di giurisdizione del giudice ordinario e di quello amministrativo.

Irregolare composizione collegio giudicante

La fattispecie dell'illegittima composizione del collegio giudicante si configura quando il collegio è composto da un numero di magistrati diverso da quello stabilito dalla legge o quando i membri non sono abilitati per carenza di legittimazione o totale assenza dei requisiti¹⁰⁶. Il vizio in questione deve riguardare un motivo di *“particolare gravità”* e può essere considerato un *difetto di giurisdizione in senso soggettivo, perché non c'è un giudice, o, più esattamente, la sentenza è resa da un non giudice*¹⁰⁷.

Secondo la giurisprudenza consolidata il difetto di giurisdizione per irregolare composizione del collegio si determina solo nell'ipotesi di un'alterazione quantitativa o qualitativa del collegio stesso, oppure in caso di assoluta inidoneità dei suoi componenti, tale da determinare una mancata coincidenza dell'organo giurisdizionale con quello delineato dalla legge. La partecipazione di un membro che avrebbe dovuto astenersi ai sensi dell'art. 51 c.p.c.¹⁰⁸, non comporta difetto di giurisdizione, deducibile con ricorso alle Sezioni Unite ai

105 F. Bile, “Riforme costituzionali e Corte di cassazione”, Il Foro Italiano, fasc. 5, 2011, 133.

106 Cass. S.U. 1 luglio 2009, n. 15383.

107 R. De Nictolis, cit., 66.

108 Ai sensi dell'articolo 17 c.p.a. “al giudice amministrativo si applicano le cause di astensione previste dal codice di procedura civile”. L'astensione si configura quando lo stesso giudice ravvisa una propria incompatibilità e si astiene dal

sensi dell'articolo 111, 8 comma, Cost., in quando suddetto vizio è configurabile solo nelle ipotesi di alterazioni strutturali dell'organo, ovvero per alterazione numerica o qualitative dei suoi membri¹⁰⁹. Più recentemente Cass. S.U. 7 settembre 2018, n. 21926 ha ribadito che *la carenza di giurisdizione per illegittima composizione di un giudice speciale è ravvisabile solo in caso di alterazione strutturale dell'organo giudicante, per vizio di numero o qualità dei suoi membri, che ne precluda l'identificazione con l'organo delineato dalla legge, mentre la denuncia di violazione di norme processuali esorbita dai limiti del sindacato delle sezioni unite*. Neanche la prosecuzione e la relativa decisione del giudizio a seguito di un'istanza di ricusazione possono integrare tale vizio, principio di diritto affermato da Cass. S.U. 20 luglio, 2012 n. 12607. Nel caso specifico si contestava al Giudice Amministrativo, di aver deciso la controversia dopo la presentazione di una istanza di ricusazione e senza aver aspettato l'esito del relativo procedimento. Le Sezioni Unite hanno affermato che *l'interpretazione e l'applicazione al caso di specie, di una norma contenuta nel codice del processo amministrativo, che regola il procedimento di ricusazione, sono attività incluse nell'esercizio della giurisdizione del giudice amministrativo, e la violazione o falsa applicazione di quella norma si traduce, in sintesi, in error in procedendo, ma non comporta il superamento dei limiti esterni della giurisdizione*.

La Cassazione (Cass. S.U. 12 dicembre 2013, n. 27847) ha ulteriormente affermato che le censure attinenti alla ricusazione *non pongono una questione di giurisdizione: se la composizione del collegio contiene un giudice nei cui confronti sia stata proposta e respinta un'istanza di ricusazione, nel rispetto delle regole processuali, la sentenza emessa non può considerarsi pronunciata da un giudice in difetto di giurisdizione*. Parimenti non è considerata un'illegittimità del collegio giudicante la sostituzione del presidente o l'integrazione del collegio con altro consigliere. A tal proposito la Cassazione *ha statuito con riferimento ad una decisione resa dal Consiglio di Stato, che non può essere dedotta con ricorso alle sezioni unite della Corte di Cassazione l'irregolare composizione del collegio giudicante sotto il profilo della sostituzione del presidente o dell'integrazione del collegio stesso con altro consigliere perché la violazione dei limiti esterni delle attribuzioni*

trattare la causa (art. 17 c.p.a.); la ricusazione si verifica quando è la parte processuale che addebita un'incompatibilità al giudice e ne chiede la sostituzione (art. 18 c.p.a.).

¹⁰⁹ Cass. S.U. 1 giugno 2006, n. 13034.

*è ravvisabile, rispetto ai vizi di costituzione dell'organo solo quando i vizi medesimi si traducano nella non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge: o a causa di una alterazione della sua struttura ovvero per totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti*¹¹⁰.

A partire dagli anni '50, l'irregolare composizione del collegio giudicante è stata aggiunta alle ipotesi di superamento dei limiti esterni. E' chiaro, che si tratta di "error in procedendo", ma è ormai considerato, ove vi siano le caratteristiche sopra enunciate, un vizio attinente alla giurisdizione dalla giurisprudenza consolidata. Occorre precisare che questo orientamento trova dei precedenti risalenti addirittura agli anni '20, ma si è consolidato dalla pronuncia di Cass. S.U. 11 ottobre 1952, n. 3008¹¹¹. Il leading case prendeva le mosse dal ricorso presentato avverso la sentenza del Consiglio di Stato per difetto assoluto di giurisdizione, in quanto a detta del ricorrente, il Collegio giudicante era composto illegittimamente per numero e qualità dei propri componenti e non era investito quindi di alcun potere giurisdizionale. Richiamando un precedente della Suprema Corte, l'Amministrazione resistente aveva affermato nel controricorso, che la regolarità del Collegio giudicante poteva dar luogo tutt'al più ad un'inesistenza della sentenza e non ad un vizio di giurisdizione. L'Amministrazione resistente aveva fatto notare come l'articolo 111, 8° comma, della Costituzione ammetteva il ricorso in Cassazione per sole questioni attinenti la giurisdizione e di conseguenza l'illegittima composizione del Collegio giudicante non poteva essere considerata alla stregua di un vizio di giurisdizione. I precedenti della Cassazione, che avevano riconosciuto come tale l'irregolare composizione dei magistrati giudicanti, trovavano giustificazione nel fatto di voler assoggettare le pronunce dei giudici speciali ad un controllo più intenso rispetto a quello previsto dall'articolo 362 c.p.c., motivo che non trovava ragione di esistere con l'avvento della Costituzione che *ha esteso il magistero della Corte di cassazione a tutti i vizi elencati nell'art. 360, senza distinguere tra giudici ordinari e giudici speciali*.

Per stabilire se la questione in esame configurasse difetto assoluto di giurisdizione, le Sezioni Unite sono partite dalla definizione del concetto di giurisdizione, termine usato

110 M.V. Ferroni, cit., 227.

111 Foro Italiano, Vol. 75, parte prima: giurisprudenza civile (1952), 1321/1322-1337/1338.

nella legge e nella dottrina del processo nel senso del potere-dovere dell'organo cui la legge attribuisce funzioni giurisdizionali di conoscere e decidere nelle materie ed entro i limiti delle sue attribuzioni, onde "difetto di giurisdizione" è mancanza nell'organo del potere di conoscere e statuire su quanto si sottopone al suo giudizio, sorge, e grave, data la natura e peculiarità di tali attribuzioni e la varietà degli organi tra cui esse sono distribuite, la difficoltà di stabilire i casi in cui quella mancanza si avvera. Con riferimento alla fattispecie in esame, la composizione del collegio dev'essere quale la legge l'ha prescritta perché possa dirsi legittima la decisione che da esso promana, non potendo l'organo che risulti diversamente composto assurgere ad espressione della volontà dello Stato, cui dev'essere ricondotto il provvedimento giurisdizionale. Quindi quel Collegio composto, per numero o qualità di membri diversamente da quanto prescritto dalla legge, mancava di legittima costituzione che è presupposto della potestà giurisdizionale dell'organo, anche se del Consiglio di Stato. Le Sezioni Unite hanno quindi riconosciuto l'irregolare composizione del collegio giudicante come un vizio di giurisdizione e ne deriva che tale vizio può sempre denunciarsi, costituendo violazione di legge, quale motivo di inesistenza o nullità assoluta della sentenza; ma ciò non toglie che il vizio rientri altresì nel difetto di giurisdizione. Oltre ad attenere all'essenza stessa della funzione giurisdizionale, secondo le Sezioni Unite suddetto vizio rientra nel sindacato della Cassazione ai sensi del comma 8° dell'art. 111 Cost., anche poiché non vi è altro mezzo di tutela esperibile. Difatti non è possibile né far valere il regolamento preventivo di giurisdizione, né lamentare con tale mezzo la violazione di legge dinnanzi alle Sezioni Unite, ma risulta possibile solo impugnare la sentenza del Giudice amministrativo alla Corte di Cassazione. Come è stato osservato in dottrina, nel caso di accoglimento del ricorso da parte delle Sezioni Unite, la conseguenza è il rinvio della decisione al Consiglio di Stato "affinché provveda a rinnovare il giudizio"¹¹². A favore dell'orientamento elaborato dalle Sezioni Unite la dottrina ha affermato che con il termine giurisdizione si vogliono e si sogliono esprimere (e anche nella costituzione) le attribuzioni (funzioni-poteri) esclusive e specifiche di quel sistema di organi (giudici). Non è dunque uno sproposito neppure il dire che chi non è giudice (cioè non è organo od ufficio, che faccia parte di quel sistema), non ha giurisdizione o (ciò che torna

112 P. Patrito, cit., 149.

*perfettamente lo stesso) < difetta di giurisdizione>. La conseguenza di ciò consiste nel fatto che se il giudice emette *sedicenti o pretesi provvedimenti giurisdizionali, questi saranno nulli-inesistenti come tali, precisamente per <difetto (assoluto) di giurisdizione>*¹¹³.*

Le Sezioni Unite hanno operato una distinzione: se il vizio deriva dalla violazione di una norma dell'ordinamento giudiziario, che ad esempio stabilisce il numero dei componenti del collegio quale requisito specifico ed essenziale della sua investitura, oppure dalla violazione di altre disposizioni relative alla composizione dell'organo ma non di carattere organico (ad esempio la partecipazione di un giudice meno anziano). A tal proposito E. Redenti (cit., 694) ha sostenuto *io credo che ci sia violazione di una norma del processo (vizio in procedendo) e non difetto di giurisdizione, se abbia partecipato alla decisione collegiale un giudice (funzionario) meno anziano o magari un giudice (funzionario) che non abbia assistito di persona a quella farsa grottesca a cui si riduce di solito la discussione in udienza*. Il caso in esame deve essere inquadrato nella prima ipotesi, in quanto si è trattato della violazione di una norma organica: l'Adunanza Plenaria aveva pronunciato sentenza con la partecipazione di nove consiglieri, invece essa doveva essere costituita, oltre che dal presidente, da quattro consiglieri per ogni sezione giurisdizionale, così da comporre un collegio di 13 membri (ex art. 45, comma 3, r.d. 26-6-1924, n. 1054, nella formulazione prima della modifica di cui all'art. 5 della l. 21-12-1950 n. 1018).

Tuttavia riguardo a suddetta problematica non sono mancate in dottrina opinioni contrarie a quelle appena esposte: vi è chi ha criticato l'ampliamento del sindacato della Cassazione fino ad includere il vizio dell'irregolare composizione del Collegio tra i casi di difetto di giurisdizione. C. Ferri ("Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato", Dir. Proc., Vol. XXIII, 1968, 356 ss.) ha sostenuto *che non si può essere d'accordo sulla possibilità di considerare la violazione delle norme sulla composizione del collegio giudicante come difetto di giurisdizione. Né finalità pratiche, né lo stesso <abito mentale che porta la Cassazione ad un minuto, attento controllo sulle decisioni sottoposte al suo esame> o <l'ansia di giustizia che anima il sindacato ad essa devoluto sulle decisioni dei giudici ordinari o speciali>, sembrano giustificare questa estensione del rimedio che l'art. III Cost., 3° comma ammette contro le sentenze del Consiglio di Stato*.

113 E. Redenti, cit., 693.

Secondo l'autore *il difetto di composizione dell'organo, può quindi, dar luogo all'invalidità dell'atto emanato ed è pertanto escluso che, trattandosi di decisioni del Consiglio di Stato, possa operare il rimedio previsto dall'art.111, 3° comma, della Costituzione.*

La giurisprudenza successiva si è ispirata al principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nel 1952, consolidando l'interpretazione per cui l'illegittima composizione del collegio giudicante è considerata come difetto di giurisdizione. Ne è esempio Cass. S.U. 11 dicembre 1992 n. 870, secondo cui *l'irregolarità della composizione del collegio può essere dedotta con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso di non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti.* Risulta ormai essere assodato il principio per cui l'illegittimità viene ravvisata o nell'ipotesi di alterazione della struttura quantitativa e qualitativa del Collegio oppure nel caso di carenza totale di legittimazione di uno o più membri appartenenti al collegio stesso o la loro inidoneità a farne parte, determinando una divergenza con il modello predeterminato dal legislatore.

Dottrina¹¹⁴ ha fatto notare come sarebbe più opportuno inquadrare il vizio dell'illegittima costituzione del collegio giudicante nella categoria dell'invalidità - inesistenza della sentenza. E' chiaro che accogliendo questa impostazione si dovrebbe escludere automaticamente l'utilizzabilità del ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost. (tesi, come visto, già sostenuta in passato da altri autori).

E' stato osservato che da un punto di vista dell'atto in termini dogmatici, tale vizio *integra una figura di inesistenza giuridica dell'atto processuale; dall'angolo di visuale dell'esercizio del potere giurisdizionale da parte dell'organo che lo ha emesso l'atto comporta un'alterazione della giurisdizione*¹¹⁵.

Come si è visto dalle decisioni sopra citate l'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza muove nella direzione di considerare l'irregolarità del collegio giudicante come un motivo inerente la giurisdizione.

114 I. Zingales, cit., 2022 ss..

115 M.V. Ferroni, cit., 226.

CAPITOLO II

Principio di effettività della tutela giurisdizionale e violazione del diritto UE come “motivo inerente alla giurisdizione”

1. Principio di effettività e rapporti con l’ordinamento sovranazionale

Il diniego di giustizia è stato definito come *ipotesi di frontiera* tra la violazione dei limiti esterni e interni¹¹⁶. Il tradizionale approccio della Cassazione è di escludere che tale vizio possa dar luogo ad una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma come si vedrà, nell’ultimo ventennio, ci sono state pronunce delle Sezioni Unite che hanno interpretato in maniera estensiva il concetto di giurisdizione fino a ricomprendere anche il caso di radicale stravolgimento delle norme di rito con conseguente diniego di giustizia e violazione del diritto comunitario/internazionale.

E’ chiaro che il principio secondo cui è ammesso ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è contenuto nella Costituzione, all’ottavo comma dell’articolo 111; e sono chiare le ipotesi tradizionalmente considerate come motivi inerenti alla giurisdizione. Nel medesimo articolo, ai commi precedenti, sono altresì contenuti i principi del giusto processo; recita infatti il primo comma che “la giurisdizione si attua mediante giusto processo regolato dalla legge” ed al secondo comma sono enunciati gli elementi che concorrono a formare il giusto processo: contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità; giudice terzo ed imparziale; ragionevole durata.

La Costituzione da un lato ha riassunto nell’articolo 111 i rapporti tra le due giurisdizioni (per quello che qui interessa), ordinaria e amministrativa, dall’altro ha introdotto i principi del giusto processo, *che non possono in alcun modo essere ignorati senza minare le fondamenta stessa dello stato di diritto, e senza porsi in conflitto reale con i corrispondenti principi dell’ordinamento sostanziale processuale internazionale e comunitario*¹¹⁷.

116 R. De Nictolis, cit., 62.

117 M. V. Ferroni, cit., 90.

L'articolo 111 della Costituzione è stato modificato dalla legge costituzionale n. 2/1999 che ha costituzionalizzato nel nostro ordinamento il principio del giusto processo, introducendo così una serie di garanzie nell'ambito della tutela processuale. Strettamente collegato ai principi appena citati, è l'effettività della tutela, sancita nel nostro ordinamento dall'articolo 24 della Costituzione, secondo cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi", disposizione volta ad assicurare il *concreto ed effettivo accesso alla tutela giurisdizionale da parte del singolo cittadino, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*¹¹⁸.

Le norme appena citate trovano corrispondenza nell'ordinamento sovranazionale ed infatti il principio del giusto processo e dell'effettività della tutela sono radicati, non soltanto nella nostra tradizione giuridica, ma anche nel diritto sovranazionale.

Con tale espressione ci si riferisce al Diritto comunitario ed alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Nello specifico i principi sopra menzionati trovano riflesso all'articolo 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata nel 2000, in occasione del Consiglio Europeo di Nizza e divenuta vincolante a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ed all'articolo 6 CEDU, rubricato diritto a un equo processo, principio ispiratore, tra l'altro, della riforma costituzionale che ha portato alla modifica dell'articolo 111 della Costituzione.

E. Picozza ("Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni", *Il Processo*, fasc. 1, 1 aprile 2021, 52) ha evidenziato il rapporto che intercorre tra la legge costituzionale introduttiva dei principi del giusto processo nel nostro ordinamento e la problematica relativa ai limiti esterni. *L'approvazione della legge costituzionale sul giusto processo (di derivazione CEDU e CE) pone una ulteriore problematica al tema dei limiti di giurisdizione: e ciò non tanto a causa degli elementi strutturali e costitutivi della nozione (articolo 111, comma 2: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale"). E neanche perché la ragionevole durata sia considerata anche essa elemento costitutivo dello stesso, ovvero una condizione la cui assenza espone lo Stato ad apposita responsabilità da illecito. Quanto, per il tenore della disposizione costituzionale contenuta nel primo comma dell'articolo 111, "La giurisdizione si attua mediante il giusto*

¹¹⁸ G. Serges, "Diritto Pubblico", II ed., Torino, 2015, 669.

processo regolato dalla legge". A livello di teoria generale del processo, infatti, gli elementi "funzionali" del giusto processo vengono a coincidere con gli elementi "strutturali" del principio di effettività della tutela giurisdizionale che è un principio riconosciuto sia a livello CEDU che nel diritto europeo (oltre che nell'articolo 24 della Costituzione): essi sono l'accesso alla tutela, la pienezza e completezza della tutela medesima o in altri termini. Diritto di azione, di quale azione e di quanta. Si dice spesso che principio di effettività della tutela e principio del giusto processo sono due facce della stessa medaglia.

Da ricordare che il diritto sovranazionale è diventato ancora più influente nel nostro ordinamento a seguito della riforma del titolo V della Costituzione ed in particolare dell'articolo 117, 1° comma, Cost., così modificato dall'art. 3, L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il quale dispone che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". In questo modo è stato sancito che, *la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, che prima era fondata in via interpretativa sull'articolo 11 Cost., trova ora un chiaro ancoraggio costituzionale*¹¹⁹. In questo modo l'articolo 117, 1° comma, della Costituzione obbliga il potere legislativo (Stato e Regioni) al rispetto, da un lato dei vincoli imposti dal diritto comunitario, dall'altro al rispetto degli obblighi imposti dal diritto internazionale.

Ciò non significa che alle norme contenute nei trattati è stato attribuito valore di rango costituzionale, ma, piuttosto, che a seguito della modifica dell'articolo 117, il diritto comunitario e le norme pattizie si collocano nella gerarchia delle fonti tra la Costituzione e la legge ordinaria (e gli atti aventi forza di legge), assumendo così valore di norme interposte. Si parla in questo caso di violazione indiretta della Costituzione (ma in realtà trattasi di violazione diretta dell'art. 117, primo comma), che si configura tutte le volte che il parametro di costituzionalità è costituito da norme le quali non sono poste da leggi costituzionali, ma sono richiamate per effetto della suddetta disposizione costituzionale.

119 N. Ronzitti, "Diritto internazionale", VI ed., Torino, 2019, 277

Con la riforma del primo comma dell'art. 117 si è stabilito un *limite alla potestà legislativa dello stato e la superiorità del trattato sulla legge ordinaria, con la conseguenza che una norma di legge contraria può essere annullata dalla Corte costituzionale*¹²⁰.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione, occorre fare un discorso diverso, in quanto in virtù del principio del primato del diritto UE, le disposizioni comunitarie prevalgono sulle norme nazionali, le quali vengono invece disapplicate. Inoltre, in caso di dubbio circa l'interpretazione di una norma, il giudice nazionale è tenuto a sottoporre la questione alla Corte di Giustizia tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. Ha evidenziato V. Cerulli Irelli, ("Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Fasc. 3., 2014, 660; si cita M. Macchia, Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali, Milano, 2012) che *l'applicazione corretta del diritto europeo, da parte delle autorità nazionali, costituisce uno specifico obbligo dello Stato, in quanto responsabile all'esterno dell'azione di tutti gli enti che compongono la Repubblica italiana (art. 114 Cost.); e può essere chiamato a risponderne davanti alla Corte di Giustizia, su iniziativa della Commissione o di altro Stato membro, ai sensi degli artt. 258 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (procedura di infrazione). Come è noto, gli stati membri "adottano ogni misura di carattere generale o particolare, atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" (art. 4 Trattato sull'Unione Europea: TUE). E in ordine ai rimedi giurisdizionali, il Trattato, recependo i principi da tempo affermati nella giurisprudenza della Corte, dispone che gli Stati membri stabiliscano "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionali effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" (art. 19 TUE).*

Peraltro si era già dibattuto sulla questione, se il giudice nazionale potesse disapplicare la normativa interna in contrasto con i principi dell'art. 6 CEDU ovvero se la stessa CEDU fosse norma interposta agli effetti dell'art. 117, comm 1, Cost., come segue. *La disapplicazione diffusa è possibile se si ritenga che la CEDU faccia ormai parte dei trattati dell'Unione Europea, con conseguente efficacia diretta negli ordinamenti interni di ogni stato membro; sarà consentito, invece, solo alla Corte costituzionale dichiarare*

120 N. Ronzitti, cit., 277.

l'illegittimità costituzionale della legge e degli atti, aventi forza di legge, dello stato e delle Regioni, qualora venga riconosciuta alla detta convenzione un vincolo derivante da un trattato e, quindi, da un obbligo internazionale. La Corte costituzionale è ferma nel ritenere che la CEDU non sia ancora entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, anche dopo il Trattato di Lisbona, forse allo scopo di mantenere ancora al centro il sindacato sulla costituzionalità delle leggi a difesa dei diritti fondamentali, come avvenuto per le altre costi costituzionali degli stati membri ¹²¹.

Da questo contesto deriva che il giudice nazionale nell'applicare le leggi, deve interpretarle in maniera conforme al Diritto comunitario, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Specialmente il principio di effettività ha inciso fortemente sul livello di tutela che il nostro ordinamento deve garantire anche nell'ambito del processo amministrativo, principio ricordato anche dal testo della modifica alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE¹²² in materia di pubblici appalti, che ricorda come il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale trova riconoscimento nell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; si pensi appunto ad esempio all'art. 1 c.p.a..

A proposito del diritto internazionale, *sia il principio di effettività della tutela giurisdizionale che quello del c.d. giusto processo comportano l'obbligo di confrontare la Costituzione con i diritti sovranazionali, ed in particolare – per quanto riguarda il principio di effettività (ma anche di analogia), con il diritto comunitario; per quanto riguarda il principio del giusto processo, addirittura con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui diritti umani e le libertà fondamentali*¹²³.

Con riferimento al processo amministrativo è ormai un dato acquisito che il principio del giusto processo trovi esplicazione in qualsiasi forma di attuazione della funzione giurisdizionale, al di là dello stretto ambito penale. Non è quindi revocabile in dubbio che

121 E. Follieri, "Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa", cit., 686.

122 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0066&from=LV>, 14/01/22.

123 M. V. Ferroni, cit., 233.

*l'attuazione di tale principio investa direttamente anche il processo amministrativo, così come il principio di effettività della tutela*¹²⁴.

E' possibile individuare due accezioni del principio di effettività: una sostanziale ed una processuale. Il profilo sostanziale della effettività della tutela giurisdizionale attiene al problema della qualificazione e della protezione delle situazioni giuridiche soggettive.

Dal punto di vista processuale si intende sia una componente all'interno del processo, sia una componente meramente procedurale. La dottrina (Tarullo, cit., 42 ss.) ha evidenziato le numerose sfaccettature del principio di effettività della tutela giurisdizionale: *l'indefettibile possibilità di ricorso al giudice (enforceability) in relazione ad ogni interesse protetto e senza eccessive restrizioni (right to judge), nonché l'adeguatezza dei mezzi di tutela giurisdizionale rispetto agli interessi dedotti in giudizio ed alle utilitates che si vogliono conseguire, e quindi in definitiva - la compiutezza dello strumento processuale (effettività-adequatezza); l'azionabilità delle pretese risarcitorie nascenti dalla lesione di posizioni rilevanti per il diritto comunitario (effettività/completezza o effettività/pienezza); la ragionevolezza dei tempi del pronunciamento rispetto alla natura della lite (effettività/tempestività); la garanzia della fedeltà di quest'ultimo al diritto comunitario così come interpretato dalla Corte di giustizia, in funzione della uniforme applicazione della disciplina sovranazionale (effettività/fedeltà).*

L'accezione processuale del principio di effettività si ricollega all'articolo 24 della Costituzione, che oltre a sancire il diritto di difesa, ha introdotto il diritto alla tutela giurisdizionale. Quest'ultimo si ricollega all'azionabilità delle proprie situazioni giuridiche soggettive ed alla possibilità, per chiunque voglia far valere un diritto, di proporre ad un giudice la domanda di tutela introduttiva del processo. La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è contenuta all'articolo 113 della costituzione, *disposizione che costituisce una specificazione del principio generale espresso dall'articolo 24, co. 1*¹²⁵. L'articolo 113 al primo comma ha ammesso la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione; al secondo comma ha

124 S. Tarullo, "Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea", Milano, 2004, 62; v. oggi gli artt. 1, 2, 7, penult. comma., c.p.a..

125 A. Celotto, L. Saltari, "Costituzione ragionata", Nel diritto editore, 2020, 73.

stabilito espressamente che la tutela giurisdizionale “non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

La stessa Costituzione, ancora prima dell'ordinamento comunitario, ha cristallizzato *un autonomo diritto all'effettività della tutela giurisdizionale ricomprendente la possibilità che il provvedimento del giudice soddisfi pienamente il bisogno di colui che ha proposto la domanda; di qui l'esigenza che le forme di tutela siano elastiche e differenziate a seconda dell'esigenza da soddisfare e, quindi, tutte garantite in rapporto alla situazione giuridica soggettiva azionata*¹²⁶.

Con riferimento al tema di cui si sta parlando, si potrebbe quindi dire che il sindacato della Cassazione dovrebbe estendersi fino a comprendere un deficit di tutela rispetto ai valori appena citati ed al principio di effettività dal punto di vista nazionale e comunitario, anche se la giurisprudenza fino al 2006 ha sempre negato che la violazione del diritto comunitario potesse costituire un limite esterno della giurisdizione amministrativa.

In dottrina¹²⁷ sono state prospettate varie soluzioni per sostenere la tesi in base alla quale tale sindacato dovrebbe essere ampliato.

La prima soluzione muove dall'articolo 10 del trattato CE (ex art. 5) secondo cui “gli stati adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti”.

E' quindi ipotizzabile l'esperibilità dell'azione civile per il risarcimento derivante dall'inadempimento degli obblighi di un pubblico potere dell'ordinamento interno nei confronti del diritto dell'Unione. *Sotto questo profilo anche la carenza di effettività della tutela giurisdizionale a causa di un obiettivo inadempimento a detto obbligo da parte del giudice nazionale competente sarebbe presupposto sufficiente per l'azione di responsabilità comunitaria. Per analogia, in effetti, tale soluzione potrebbe valere per tutti gli inadempimenti del giudice interno ed in particolare del giudice amministrativo: mancata applicazione della norma comunitaria prevalente, mancata applicazione della norma comunitaria direttamente applicabile, violazione dell'obbligo di disapplicazione, violazione*

126 S. Tarullo, cit., 46.

127 M.V. Ferroni, cit., 246 ss.

dell'obbligo di interpretazione conforme. Ciò sia nei riguardi delle leggi interne di carattere sostanziale, che di carattere processuale (M.V. Ferroni, cit., 248).

In base alla seconda soluzione, detta anche *tesi della nomofilachia comunitaria*, si potrebbe ampliare la nozione di giurisdizione fino a comprendere l'obbligo di effettività e di adattamento agli ordinamenti sovraordinati. Verrebbe così attribuita alla Cassazione, organo di nomofilachia nel nostro ordinamento, la funzione di controllare la conformità tra il diritto comunitario ed il diritto nazionale. E' stato già ricordato come il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni dell'ordinamento interno conformemente al diritto comunitario ed alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e come la dottrina ha affermato che in base al principio di effettività/fedeltà debba essere garantita fedeltà al diritto comunitario *così come interpretato dalle istituzioni della C.E., e segnatamente dalla Corte di Giustizia, in funzione della uniforme applicazione della disciplina sovranazionale*¹²⁸.

Di conseguenza il ricorso ex art. 111, 8° comma, verrebbe esteso fino ad accertare la sussistenza della violazione del diritto comunitario ed a verificare la corretta e conforme applicazione dello stesso. In questo modo il concetto di giurisdizione verrebbe interpretato diversamente, inteso non soltanto come funzione giurisdizionale dei giudici amministrativi ai sensi degli articoli 24, 100, 103 e 111 della Costituzione, ma anche come *“cogiurisdizione”, concetto del tutto speculare a quello di “coamministrazione”, per cui il mancato rispetto dei principi che presiedono all'esercizio della funzione di cogiurisdizione italo - comunitaria si concreterebbe in un “motivo di giurisdizione”, cioè nella violazione di un limite esterno, non nei confronti del giudice ordinario -, bensì nei confronti degli obblighi imposti dal diritto comunitario (e/o internazionale) a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dai medesimi protetti. Si tratterebbe quindi di un limite esterno non parametrato al criterio di riparto per situazioni giuridiche soggettive; ma agli stessi requisiti minimi dell'esercizio della funzione giurisdizionale (analogicamente alla irregolare composizione dell'organo giudicante che viene del tutto equiparata alla violazione di un limite esterno della giurisdizione)*¹²⁹.

128 M.V. Ferroni, cit., 255.

129 M.V. Ferroni, cit., 56.

Obiezione alla tesi appena esposta, potrebbe essere innanzitutto che il sindacato della Cassazione relativo ai motivi inerenti alla giurisdizione esclude l'esame degli errores in iudicando e in procedendo, come si è visto, ma è riconducibile soltanto al travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione. Possono essere considerati come tali anche il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale, la violazione di una norma comunitaria, nonché la mancata disapplicazione di una norma interna in contrasto con una disposizione dell'UE. Ipotesi questa concreta, ad esempio Cass. S.U. 30-10-2020, n. 24107, che ha escluso il mancato rinvio pregiudiziale essere una violazione dei limiti esterni; Cass. S.U. 11 novembre 2019, n. 29085, che ha affermato, che la violazione del diritto sovranazionale non costituisce un vizio inerente alla giurisdizione sindacabile ex art. 111, comma 8°, Cost..

Una seconda obiezione riguarda il ruolo della nomofilachia. Ai sensi dell'articolo 45, comma 2, T.U. Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924 n.1054) “la sezione, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'adunanza plenaria”. Medesima disposizione è contenuta all'articolo 99 codice del processo amministrativo, rubricato deferimento all'adunanza plenaria. A tal proposito è stato ancora affermato che *se si confronta la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato con quella della cassazione non sfugge una sostanziale coincidenza delle stesse cioè l'identico compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge. La supremazia della Corte di Cassazione è radicata dal punto di vista organizzativo quale organo supremo di giustizia; dal punto di vista funzionale nel ruolo di assicurare l'unità del diritto obiettivo nazionale; e quale organo di riparto, al fine di assicurare il rispetto del limite tra le diverse giurisdizioni. Resta evidente, peraltro, che il parametro della nomofilachia del giudice amministrativo è rappresentato indiscutibilmente dall'interesse pubblico (emerso e codificato anche formalmente nella legge 21 luglio 2000)*¹³⁰.

130 M.V. Ferroni, cit., 60.

2. Principio di effettività come possibile motivo inerente alla giurisdizione

Uno dei principi cardini dell'UE è il principio dell'autonomia procedurale che si concretizza nel fatto che *gli ordinamenti nazionali degli stati membri possono dettare autonomamente la disciplina dei processi, individuando i giudici che hanno giurisdizione perché l'Unione europea non ha il potere di dettare norme sulla tutela processuale, come evidenziato dalla Corte Europea di giustizia*¹³¹. Principio ribadito dalla Corte di Giustizia che nella sentenza 16 dicembre 1976, 33/76¹³² ha dichiarato che *in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta*. Con il principio dell'autonomia procedurale non si intende che la materia relativa alle procedure amministrative e giurisdizionali sia preclusa all'Unione ma che in mancanza di specifiche previsioni comunitarie, è compito di ciascuno stato membro stabilire la relativa disciplina, rispettando i due limiti del principio di equivalenza ed effettività.

L'autonomia procedurale degli stati membri deve essere esercitata dai giudici nazionali *secondo modalità procedurali che non siano meno favorevoli rispetto a quelle seguite con riferimento a ricorsi simili di diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)*¹³³.

Difatti l'autonomia procedurale incontra due limiti, essa *non opera incondizionatamente, ma presenta quale primario correttivo e limite il principio di non discriminazione o di equivalenza, in forza del quale ogni stato della comunità, pur godendo di ampio spazio di scelta in materia processuale, deve comunque garantire alla situazione giuridica soggettiva protetta dal diritto sovranazionale un regime di tutela giurisdizionale non deteriore rispetto a quello assicurato alle analoghe situazioni giuridiche soggettive del diritto interno. Secondo correttivo il principio di autonomia processuale si rinviene nel principio di effettività della tutela giurisdizionale. [...] il corpus delle regole processuali nazionali non*

131E. Follieri, "Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa", cit., 685.

132 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0033>, 14/01/22.

133 P. Mengozzi- C. Morviducci, "Istituzioni di diritto dell'Unione europea", Wolters Kluwer, 2014, 92.

*deve essere tale da rendere impossibile o anche solo eccessivamente difficile la garanzia del diritto del singolo*¹³⁴.

L'autonomia procedurale è strettamente collegata al principio di leale cooperazione, consacrato all'articolo 4 TUE, secondo cui “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”, e in base al quale gli stati membri hanno l'obbligo di assicurare procedimenti nazionali capaci di dare esecuzione piena ed incondizionata alle regole comunitarie.

È stato osservato che *malgrado l'espansione del diritto dell'unione anche in materia processuale, il principale interesse dell'unione non è l'omogeneizzazione dei sistemi nazionali di giurisdizione, ma il rispetto dei due principi di equivalenza e di effettività da parte degli ordinamenti nazionali*¹³⁵.

Difatti *per la giurisprudenza della Cgue il diritto processuale nazionale va sicuramente osservato se e fino a quando non metta a repentaglio l'effettività del diritto dell'Unione; viceversa, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le norme processuali in contrasto con l'applicazione del diritto europeo*¹³⁶. Ne deriva che in forza del principio dell'autonomia procedurale, spetta all'ordinamento interno di ciascuno stato membro disciplinare le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali previsti per garantire la tutela dei diritti dei singoli, nonché in relazione all'assetto organizzativo delle giurisdizioni nazionali, principio questo affermato anche dalla Corte di Giustizia: *in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (C-33/1976 16 dicembre 1976)*¹³⁷.

L'autonomia procedurale con i relativi correttivi e il principio di leale collaborazione devono essere letti alla luce del primato del diritto dell'Unione. Principio sviluppato in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia e non disciplinato dai trattati, la cui conseguenza,

134 S. Tarullo, cit., 42.

135 M. P. Chiti, cit., 1 ss..

136 Sara Spuntarelli, cit., 985.

137 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0033>, 27-1-2022.

come dice la parola stessa, è la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto interno degli stati membri e la sua applicazione in via preferenziale. Ciò significa che il giudice nazionale nell'ambito di una controversia, in caso di contrasto tra disposizione comunitaria e norma nazionale, deve dare prevalenza alla prima, disapplicando la norma di diritto interno non conforme al diritto dell'Unione ovvero non – applicandola. La Corte di Giustizia ha ribadito che *il giudice nazionale [...] ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme [del diritto dell'Unione], disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, in particolare di procedura, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*¹³⁸.

Tale principio è stato elaborato fin dagli albori dell'attività giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia, nonostante l'ostilità di alcuni stati membri, tra cui l'Italia, ed infatti la Corte Costituzionale italiana inizialmente si è mostrata diffidente nell'accettare il principio del primato, arrivando però successivamente ad ammettere il potere di disapplicazione del giudice.

Si è detto che la *disapplicabilità da parte dei giudici nazionali delle leggi in contrasto con il diritto europeo determina uno stretto raccordo di essi con la Corte di Giustizia chiamata a dettare l'interpretazione del diritto europeo e la "sorte della legge non è più nella dialettica tra Corte costituzionale e Parlamento, ma viene rimessa, in rapporto alle fonti comunitarie, alla decisione ultima della Corte di giustizia*¹³⁹.

Principio del primato significa quindi *supremazia del diritto comunitario immediatamente applicabile, il cui assortimento all'interno degli stati membri ha rappresentato il mezzo per una rapida affermazione di tutti gli altri principi di origine sovranazionale, in una sorta di "rivoluzione silenziosa"*¹⁴⁰.

Viene in rilievo una nuova prospettiva del diritto comunitario evidenziata da E. Calzolaio, ("La violazione del diritto dell'Unione europea come <motivo di giurisdizione>", Il Foro Italiano, fasc. 11, parte 01, 2020, 3419 ss.) *che muove dalla constatazione che la ulteriore*

¹³⁸ Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12;

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0136>, 28-1-2022.

¹³⁹ Sara Spuntarelli, cit., 985 ss..

¹⁴⁰ S. Tarullo, cit., 9.

*fase dell'integrazione giuridica europea inaugurata con il trattato di Lisbona ha posto al centro dell'architettura dell'Unione la cittadinanza europea, come paradigma di una soggettività giuridica non più ancorata alla moderna connotazione monolitica di appartenenza dello Stato- nazione. L'ordinamento dell'Unione non si presenta più separato a sé stante, ma diviene parte integrante degli ordinamenti nazionali, attribuendo specifici diritti (e doveri) ai singoli cittadini [...]. Questo discorso implica che nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali non è ammissibile il consolidamento di violazioni del diritto dell'Unione, e con riferimento al tema dei limiti esterni, il ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione potrebbe essere visto come un rimedio volto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizione dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. Per questo motivo vi è chi ha affermato che *la prospettiva di negare accesso al ricorso ex art. 111, c. 8, Cost. e art. 360 c.p.c. avrebbe l'effetto di consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione in un momento in cui essa è ancora rimediabile*¹⁴¹.*

In dottrina E. Follieri (“Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa”, *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2014, 685 ss.) ha osservato come *il nostro paese deve assicurare le precondizioni per rendere effettiva la tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento comunitario il quale, a seguito del trattato di Lisbona sull'Unione Europea ha posto i principi cui, per raggiungere tale obiettivo, devono uniformarsi gli stati membri recependo la carta dei diritti dell'Unione Europea: ogni individuo deve avere “diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice nel rispetto delle condizioni”, così individuate: “la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”. Le disposizioni stabilite nella Carta dei diritti fondamentali dell'Europa, richiamate nel trattato di Lisbona e divenute parte integrante dell'ordinamento comunitario, non sono diverse da quanto stabilisce l'art. 111 della Costituzione, ma rileva perché nelle “Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali” si chiarisce che le disposizioni dell'art. 47 corrispondono, nel senso che offrono analoghe garanzie, art. 6, par. 1, CEDU, anche se la norma del trattato*

141 M. P. Chiti, cit., 1 ss..

sull'Unione Europea ha un ambito di applicazione più vasta, dal momento che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riguarda i "i diritti e doveri di carattere civile" e "ogni accusa penale". A proposito del principio di effettività ci aveva già pensato il nostro legislatore, che nel codice del processo amministrativo (L. n.104/2010) ha inserito l'articolo 1, rubricato "effettività": esso dispone che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo". Con riguardo a tale disposizione si è detto che *esso enuncia ed enfatizza <la valenza costituzionale del principio di effettività> e allo stesso tempo riconosce <il legame diretto fra il processo amministrativo e il diritto europeo>, nel senso che, grazie all'influenza del diritto UE, il sistema italiano di giustizia amministrativa è giunto ad un livello di maturazione tale da consentire al soggetto che ha ragione [...] di ottenere <praticamente tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire>*¹⁴².

Sembra essere stato proprio il codice del processo amministrativo ad introdurre un concetto di giurisdizione più ampio a favore dell'effettività della tutela. Difatti A. Corpaci ("Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato", Dir. Pubbl., Fasc. 1, gennaio-aprile 2013, 353-354) ha affermato che l'articolo 1 c.p.a. *risulta pienamente coerente con la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, secondo cui nel tessuto della Costituzione per giurisdizione deve essere inteso non il potere in sé, di conoscere di determinate controversie, ma di conoscerne per impartire la tutela nelle forme che l'ordinamento prevede (in modo che <risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento>). Dovendosi pertanto ritenere compresi tra i motivi inerenti alla giurisdizione anche quelli relativi al rispetto, da parte del giudice tributario della giurisdizione, dei <tratti essenziali> della forma di tutela che è chiamato a erogare.*

Occorre ricordare che a livello normativo non è mancata proposta di ampliare il concetto di limite esterno della giurisdizione. La Commissione bicamerale, istituita con Legge costituzionale n. 1 del 1997, era stata incaricata di studiare e presentare un testo di riforma costituzionale e, tra i vari emendamenti, vi era la proposta di sostituire l'articolo 111 (ex comma 3°, oggi comma 8°) Cost., con il seguente testo: *contro le decisioni del Consiglio di stato e della Corte dei conti è sempre ammesso ricorso in Cassazione, estendendo in questo*

142 C. Feliziani, cit., 758 ss..

modo il sindacato delle Sezioni Unite a tutti gli aspetti delle pronunce del Giudice Amministrativo, incluse le violazioni di legge (si intende la legge non sulla giurisdizione). Questa modifica non è mai stata attuata e la successiva legge costituzionale, che ha riformato l'articolo 111 Cost., ha introdotto i principi relativi al giusto processo, lasciando invariato l'attuale comma ottavo.

Secondo la dottrina¹⁴³ sarebbe comunque possibile “a Costituzione invariata” includere nel sindacato delle Sezioni Unite anche il principio di effettività della tutela, in conformità con il diritto sovranazionale e tramite una lettura conforme dell'articolo 111 in combinato disposto con l'articolo 11 Cost., secondo cui l'ordinamento italiano “consente, in condizione di parità con gli altri stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

Tuttavia, come si è visto, la disposizione costituzionale viene interpretata nel senso di escludere l'impugnazione delle decisioni del Giudice amministrativo per motivi di legittimità (ordinaria) e ne deriva che tale controllo è conferito allo stesso Consiglio di Stato al quale è affidata altresì la funzione di nomofilachia, considerando che essa è svolta dalle Sezioni Unite solo con riferimento alla giurisdizione.

Si è osservato che *i principi di effettività della tutela delle posizioni giuridiche del privato, del diritto di difesa, dell'imparzialità del giudice (ossia, gli elementi che connotano, nell'essenza, la giurisdizione e che darebbero corpo, pertanto, ai motivi attinenti alla giurisdizione) non possono certo dirsi ignote, all'ordinamento, anche pre-costituzionale, ma solo negli ultimi anni se ne è avuta quella consapevolezza che ha reso possibile anche la rilettura dell'art. 111, comma 8, Cost.; basti pensare al principio del contraddittorio e quello dell'imparzialità del giudice, di cui la Corte costituzionale ha ritenuto l'implicita esistenza nel nucleo dell'art. 24 Cost.. Ciò che è cambiato, allora, è la lettura di questi principi, in una con il mutamento di prospettiva che ha caratterizzato la nozione di giurisdizione: segno tangibile di tale mutamento è una sentenza delle Sezioni Unite secondo cui “l'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità*

143 F. Gaverini, cit., 82.

statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza¹⁴⁴.

L'importanza che ha assunto il diritto sovranazionale nel nostro ordinamento ha contribuito alla nascita di un'interpretazione "evolutiva" o "dinamica" dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa. E' stato osservato che *la nozione di giurisdizione si è nel tempo evoluta: da ambito attributivo della potestas iudicandi, intesa come quantum della giurisdizione ripartita tra i diversi giudici, a "somministrazione della tutela giurisdizionale", con conseguenziale sindacabilità per motivi di giurisdizione della eventuale preconcetta negazione (o rifiuto) della tutela dall'ordinamento, in violazione degli artt. 24 e III Cost.¹⁴⁵.*

Tesi sviluppata negli ultimi anni grazie ad una lettura più flessibile dell'articolo 111, 8° comma, Cost., incentrata sull'idea che il vizio riguardante il difetto di giurisdizione possa configurarsi non soltanto nelle ipotesi tradizionali (già analizzate) ma anche in ulteriori ipotesi di "cattivo esercizio" del potere giurisdizionale, ovvero casi di errores in iudicando o in procedendo compiuti dal Consiglio di Stato (o dalla Corte dei Conti) tali da comportare un vero e proprio diniego di giustizia.

Secondo questa linea di pensiero *non ammettere la sindacabilità da parte della Cassazione di alcune violazioni di legge, laddove esse siano sintomatiche del superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, o contabile, significherebbe in sostanza negare in radice la stessa configurabilità del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale¹⁴⁶.*

Quindi la nozione statica e tradizionale di giurisdizione deve essere sostituita con una nozione evolutiva e dinamica, in base alla quale le norme sulla giurisdizione non sarebbero più soltanto quelle che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelle che attengono alle modalità del suo esercizio. Orientamento cui ha aderito

144 P. Patrito, cit., 168.

145 A. Lamorgese, "Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato", *Federalismi.it*, 3 gennaio 2018, 9.

146 F. Dal Canto, cit., 8.

la Corte di Cassazione fino alla sentenza n. 6 del 2018 dell'Alta Corte e in base al quale è *norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca*¹⁴⁷. In questo modo *alcune ipotesi di violazione di legge vengono dunque fatte rientrare tra i motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione, compendosi così, di fatto, un'operazione che avvicina la portata normativa degli ultimi due commi dell'art. 111 Cost.*¹⁴⁸. Ed infatti ampliando il concetto di giurisdizione e di conseguenza estendendo il sindacato delle Sezioni Unite in forza della nozione dinamica di giurisdizione, si verrebbe ad includere eventuali violazioni del diritto comunitario ed a *reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di Giustizia*¹⁴⁹.

E' stato segnalato che questo orientamento *presenta l'inconveniente di non essere in grado di selezionare, tra i vizi di legittimità, quelli che costituiscano in ipotesi "limiti esterni della giurisdizione"*. Così *finendo per trasformare il ricorso per motivi di giurisdizione in un normale ricorso per motivi di legittimità, secondo un disegno verosimilmente gradito alla Corte di cassazione*¹⁵⁰. Ipotesi questa che *non è compatibile con lo spirito e la lettera della norma costituzionale*¹⁵¹.

Vi è da dire che la nascita di suddetto orientamento è stata favorita anche dall'espansione della giurisdizione amministrativa a seguito del proliferare delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva.

Di conseguenza la situazione è mutata nel senso che il giudice amministrativo si trova frequentemente ad applicare ed interpretare norme relative a diritti soggettivi e non soltanto alla legittimità amministrativa, non essendovi più una netta separazione tra le due giurisdizioni. *In conseguenza di tale fenomeno, è avvertita come sempre più necessaria la prospettiva volta a perseguire l'obiettivo dell'uniforme interpretazione del diritto, ovvero la funzione nomofilattica con riguardo alla tutela dei diritti soggettivi; funzione che pone al*

147 Cass. S.U. n. 19598/2020.

148 F. Dal Canto, cit., 1537 ss..

149 Cass. S.U. n. 19598/2020.

150 G. Greco, "La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?", Eurojus, Fasc. 4, 2020, 76.

151 Corte Costituzionale, n.6/2018.

*centro la Corte di cassazione*¹⁵². Si è sottolineato come la disciplina costituzionale che ammette il ricorso in cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione rischi alla luce della nuova situazione venutasi a creare, di provocare *una materiale violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale* in quanto *l'estensione del ricorso in Cassazione per violazione di legge a tutte le sentenze, quali che siano i litiganti, renderebbe finalmente uguale per tutti anche la legge applicata da giurisdizioni diverse*¹⁵³.

Inoltre la tesi della giurisdizione in senso evolutivo e dinamico si ricollega ad altro indirizzo, già richiamato e sostenuto da dottrina, riguardante invece il comma 7° dell'art. 111 della Costituzione, ovvero l'estensione del ricorso per violazione di legge alle decisioni del Consiglio di Stato in tema di giurisdizione esclusiva: *per riprendere una sollecitazione più risalente di Proto Pisani, si tratta di comprendere, se modificando l'art. 111, ultimo comma, Cost., si debba ammettere il ricorso per cassazione per violazione di legge anche contro le decisioni del Consiglio di Stato su diritti; ma anche come vi siano ampie zone di sovrapposizione, di molto accresciute per effetto della tendenza del legislatore ad estendere smisuratamente l'elenco delle questioni riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [...]. La soluzione implica invece un intervento normativo che consenta di unificare in capo alla medesima Corte di cassazione a sezioni unite, ma in una composizione appositamente integrata da alcuni componenti di provenienza dalle giurisdizioni speciali – la funzione nomofilattica ultima: almeno sulle questioni di maggiore rilievo sistematico e di principio, quando entri in gioco la tutela di diritti soggettivi*¹⁵⁴.

L'unica via per attuare questa tesi, consisterebbe in una revisione del testo costituzionale ai sensi dell'articolo 138 Cost., dal momento che la Costituzione esclude esplicitamente il ricorso per violazione di legge (ordinaria, non sulla giurisdizione) avverso le sentenze dei giudici speciali; per quanto riguarda invece il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, la soluzione potrebbe risiedere nell'estendere l'interpretazione di motivi inerenti alla giurisdizione fino a farvi rientrare ulteriori ipotesi rispetto alle fattispecie tradizionalmente previste, casistica tra l'altro elaborata in via giurisprudenziale.

152 F. Dal Canto, cit., 1537 ss..

153 F. Bile, cit., Parte 5, Fasc. 5, 0133.

154 E. Scoditti, cit. Parte 5, Fasc.6, 0157; R. Rordorf, cit., Parte 5, Fasc.3, 0123.

Ricorda F. Gaverini (“Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ed 111 cost., ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione”, Foro Amm., Fasc. 1, 2006, 82) *che secondo una parte della dottrina, la mancata estensione del sindacato cassatorio potrebbe concretare una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, promanante non solo dall’articolo 24 cost., ma anche dall’ordinamento comunitario ed in particolare modo dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Ue, la quale all’art. 47 sancisce, come già detto prima, il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice.*

Non è dello stesso avviso A. Travi¹⁵⁵, secondo cui non regge la tesi che propone il superamento di una nozione “tradizionale” o “statica” dei motivi di giurisdizione con una nozione “funzionale” o “dinamica”, *che si ispirerebbe agli artt. 24 e 111, 1° comma, Cost. Ciò che è decisivo in ambito processuale è la legge: l’art. 111, primo comma, Cost. lo ribadisce con chiarezza, segnando così, fra l’altro, la distinzione rispetto a concezioni del “giusto processo” radicate in ordinamenti diversi dal nostro. La tutela dei diritti si svolge nei limiti e secondo le regole che presiedono all’esercizio della funzione giurisdizionale, e queste regole sono stabilite dalla legge. I principi di effettività ecc. non sostituiscono la legge, né si impongono ad essa, fatti salvi i casi di illegittimità accertati dalla Corte costituzionale, e d’altra parte la forza della legge è anch’essa espressione di un principio costituzionale, quello fondante della sovranità popolare collocato, giustamente, nel primo articolo della Costituzione. [...] non mi sembra, neppure, che argomenti diversi si possano trarre da una giurisprudenza della Cassazione ormai consolidata, che ha configurato in talune ipotesi il “motivo di giurisdizione” in presenza di sentenze di giudici speciali pronunciate da organi con una composizione irregolare. Anzi, se esaminiamo con cura i casi che sono all’origine di questa giurisprudenza, si rileva agevolmente che la Cassazione si era pronunciata in situazioni tipiche. Si trattava di casi in cui la sentenza era stata emessa da un collegio giudicante di cui facevano parte persone che, in base a una pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte cost. 22 gennaio 1976, n.25), non avrebbero potuto esercitare la funzione giurisdizionale il vizio riguardava quindi la stessa titolarità*

¹⁵⁵ Intervento al seminario di studi sul tema “eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle sezioni unite della cassazione”, Roma 21 settembre 2017, 4.
<https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/homepage.page>.

della giurisdizione, perché coinvolge la capacità del giudice che si pronuncia rispetto a una controversia. Da questo punto di vista anche la riconduzione di queste situazioni alla “irregolarità” nella composizione dell’organo [...] risulta piuttosto imprecisa. Ci si riferisce al vizio dell’irregolare composizione del collegio giudicante, di cui si è già parlato, che secondo la giurisprudenza ormai costante delle Sezioni Unite, può dar luogo ad un vizio sindacabile con il ricorso in cassazione ai sensi del comma 8° dell’articolo 111, Cost., in presenza di determinate condizioni. Ma, a proposito del diritto comunitario, medesima dottrina ha sostenuto che la violazione del diritto comunitario non costituisce questione di giurisdizione, ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost.; sul punto risulta perciò convincente quanto sostenuto da Cass., sez. un., 24 dicembre 2016, n. 25629, che ha ritenuto che non potesse essere contestata con ricorso per Cassazione la decisione assunta dal Consiglio di Stato senza sollevare una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia. Né la conclusione può mutare alla luce delle conseguenze di tale violazione (in termini di responsabilità dello Stato, di responsabilità del giudice stesso, ecc.): ciò che definisce la questione di giurisdizione è la violazione di una certa regola (quella sull’ambito di giurisdizione), e non l’entità delle conseguenze pratiche di una sentenza ingiusta.

A livello comunitario la Corte di Giustizia ha ricordato nella decisione C-432/05 che in base ad una giurisprudenza costante, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...], e che è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1). Pertanto, anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale (v., in particolare, sentenze 11 luglio 1991, cause riunite da C-87/90 a C-89/90, Verholen e a., Racc. pag. I-3757, punto 24, e Safalero, cit., punto 50). Spetta infatti agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di

procedimenti intesi a garantire il rispetto di tale diritto (sentenza Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, cit., punto 41).

Difatti le violazioni del diritto europeo imputabili alla pubblica amministrazione possono essere rimediate mediante l'impugnazione degli atti amministrativi. Si è osservato che la possibilità di porvi rimedio è disomogenea, poiché nell'ambito della giurisdizione ordinaria è garantito il controllo per violazione di legge ai sensi del 7° comma, art.111, Cost., invece nell'ambito della giurisdizione amministrativa le decisioni del Consiglio di Stato sono impugnabili per cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione.

In proposito A. Lamorgese¹⁵⁶ secondo cui *questa disomogeneità non è giustificabile alla luce del principio della "autonomia procedurale" degli Stati che, nella costante giurisprudenza della Corte di giustizia, è sottoposto alla duplice condizione che gli strumenti di attuazione del diritto eurounitario e i rimedi apprestati per la loro violazione, da un lato, non siano meno favorevoli rispetto a quelli relativi ad analoghe situazioni disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e, dall'altro, non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione (principio di effettività). Nell'ordinamento europeo, diversamente che in quello interno, il principio di effettività, per il raggiungimento del c.d. effetto utile del diritto dell'unione, ha valore cogente e non programmatico o di mero orientamento interpretativo [...]. La Cassazione è garante della conformità del diritto nazionale a quello dell'Unione, ma non nei casi in cui sia impugnata di un giudice amministrativo, in ragione di una preclusione derivante da una norma procedurale (l'art. 111, ult. comma, Cost.) o, più correttamente, da una interpretazione di essa.*

Quindi secondo un orientamento, l'interpretazione restrittiva del comma 8° dell'articolo 111, Cost., escludendo di porre rimedio a violazioni gravi del diritto europeo commesse dalla P.A. e dal giudice amministrativo avrebbe come conseguenza la violazione del già menzionato principio di effettività ed equivalenza. *Il principio di equivalenza implica parità di trattamento delle medesime situazioni in ambito nazionale ed eurounitario, ma anche nell'ambito dello stesso diritto eurounitario, nel quale non si può giustificare una diversità di trattamento a seconda della natura giuridica delle situazioni fatte valere nel giudizio. In*

156 A. Lamorgese, cit., 13.

altri termini, non è concepibile che analoghe situazioni di derivazione europea subiscano un trattamento diversificato dal punto di vista processuale, a seconda che nell'ordinamento interno sia competente il g.a. o il g.o.¹⁵⁷.

E non sono mancati tentativi da parte della giurisprudenza di ampliare il sindacato delle Sezioni Unite a favore del principio di effettività della tutela.

Come ha osservato F. G. Scoca (“Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo”, *Il Processo*, fasc. 1, 1 aprile 2021, 1 ss.) la Suprema Corte *compie di tanto in tanto operazioni (che possono apparire) di invasione dello <spazio> altrui, spostando in avanti la linea del fronte, riparandosi sotto l'accattivante ombrello della riconsiderazione della nozione di giurisdizione e della interpretazione evolutiva (o dinamica) della locuzione “motivi inerenti alla giurisdizione”, di cui all’ottavo comma dell’art. 111 Cost..*

E’ a partire dal 2006 che la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha abbracciato l’interpretazione “evolutiva” o “dinamica” del concetto di giurisdizione, dando una lettura estensiva dei limiti esterni. In particolare le questioni oggetto delle controversie in occasioni delle quali ha preso forma il concetto di giurisdizione dinamica erano quella della pregiudizialità amministrativa e del ricorso principale e incidentale reciprocamente escludenti.

Tuttavia l’accoglimento del ricorso per rifiuto di tutela giurisdizionale si è avuto raramente, nei casi di negazione del risarcimento del danno per pregiudiziale amministrativa e di radicale stravolgimento delle norme europee, nella soluzione accolta dal giudice amministrativo di ritenere improcedibile il ricorso principale in ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale in materia di appalti pubblici, la cui conseguenza è la negazione alla parte dell’accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, accesso invece ammesso con l’interpretazione delle disposizioni comunitarie elaborata dalla Corte di Giustizia.

Si è detto che è il segno di un progressivo allontanamento dalla logica della legge del 1877 sui conflitti, intesi come invasione o sconfinamento nelle attribuzioni del potere esecutivo o legislativo: la sentenza amministrativa che rifiuti la tutela dovuta ex artt. 24 e 113 Cost. non è più riconoscibile come espressione (ma piuttosto come negazione) del potere

¹⁵⁷ A. Lamorgese, cit., 14.

*giurisdizionale, pur non implicando necessariamente uno sconfinamento nelle attribuzioni di altri poteri*¹⁵⁸.

Il concetto di tutela giurisdizionale interpretato in chiave dinamica costituisce uno strumento per garantire tutela effettiva alle parti e si ricollega al principio di effettività della tutela.

Vi è chi ha affermato che le pronunce in questioni hanno seguito la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e che l'origine del problema sia da ricercare proprio nel proliferare delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva: *non credo che sia lontano dal vero che la Cassazione abbia ritenuto, e tuttora ritenga, che l'enorme spazio della giurisdizione esclusiva abbia incongruamente modificato il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, a danno di quest'ultimo; e che la ragione effettiva delle iniziative e della Corte regolatrice vada ricercata nel ruolo marginale residuo al giudice ordinario nelle controversie con la pubblica amministrazione*¹⁵⁹. L'estensione dei motivi inerenti alla giurisdizione può essere allora vista come un tentativo di correzione dello spostamento dei confini provocato alla vasta dimensione della giurisdizione esclusiva. Indicativa è la circostanza che il primo attacco, quello relativo alla pregiudizialità amministrativa attenga proprio alla tutela risarcitoria, al carattere autonomo di essa rispetto alla tutela demolitoria, ossia ad una "materia" che viene considerata "sottratta al giudice ordinario"¹⁶⁰.

E' stato anche affermato, da A. Mangia ("Il lento incedere dell'unità della giurisdizione", Giur. Cost., fasc. 2, 2007, 0736B-2), che il problema potrebbe nascere dal fatto che mentre in passato *il sistema poteva reggersi sul fatto che il giudice amministrativo non era quasi mai chiamato ad interpretare norme di diritto comune, così come il giudice ordinario cercava di tenersi lontano dalla applicazione di norme di diritto speciale, oggi la situazione sembra molto cambiata e – come si è rilevato – i principi del codice civile in materia di obbligazioni, responsabilità e contratti sono ormai oggetto della cognizione del giudice amministrativo come del giudice ordinario. Si pensi, tanto per fare un esempio, alla questione relativa alla c.d. "pregiudiziale di annullamento" per l'esperibilità dell'azione risarcitoria, che, sulla base di un orientamento del Consiglio di Stato, viene*

158 A. Lamorgese, cit., 10.

159 F.G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo", cit., 4.

160 F.G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo", cit., 4.

sistematicamente negata dai giudici amministrativa in assenza di una tempestiva e preliminare impugnazione del provvedimento lesivo, mentre viene ammessa dalle Sezioni Unite della Cassazione. E' in questa situazione che si finisce con lo scaricarsi sulla Corte costituzionale il compito di fare ordine, come è avvenuto [...] con la dec. n. 204 del 2004, se non altro perché la situazione appena descritta ha come risultato finale una situazione di incertezza che lede nel profondo il diritto dei soggetti a ricevere una tutela processuale non solo (e non tanto) tempestiva, quanto uniforme. Il riferimento in questo caso è alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tuttavia si potrebbe ritenere di estendere il riferimento (*scaricarsi sulla Corte costituzionale il compito di fare ordine*) anche alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 6 del 2018, chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità sollevata dalla Cassazione riguardante una disposizione in materia di pubblico impiego.

Medesima dottrina¹⁶¹ ha evidenziato come agli occhi del diritto processuale comune, possa sembrare abnorme che, nella situazione venutasi a creare dopo le ultime riforme, manchi nel sistema un organo a cui spetti una funzione di interpretazione di ultima istanza di norme che possono ormai essere interpretate diversamente da diversi ordini di giudici e che, in ragione di ciò, l'armonizzazione degli orientamenti sia affidato al puro self-restraint di questi, tanto da indurre taluni a parlare, con riferimento alla disciplina che ammette il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, di una situazione che dà luogo ad una materiale violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Con una serie di pronunce inizialmente in materia di pregiudiziale amministrativa, si è diffusa l'idea secondo cui *alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale - il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma risulta sindacabile attraverso il ricorso ex art. 111.cost. per motivi attinenti alla giurisdizione, in quanto il g.a. avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene¹⁶².*

161 A. Mangia, cit., 0736B-3.

162 F. Gaverini, cit., 86.

Dottrina ha affermato che è nel 2006 che la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha, per alcuni improvvisamente, incominciato a dare una lettura estensiva dei motivi inerenti alla giurisdizione¹⁶³.

Il riferimento è alla sentenza n. 13659 del 2006 il cui oggetto era un'istanza di regolamento di giurisdizione, promossa alle Sezioni Unite in materia di risarcimento del danno causato dall'attività di imperio della Pubblica Amministrazione (nel caso di specie il danno era dedotto come causato dall'esclusione del ricorrente dal corso di dottorato di ricerca). In questa occasione le Sezioni Unite hanno affermato che *il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma [...] si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene.*

La questione affrontata dalla sentenza in questione è il tema relativo alla pregiudizialità amministrativa, teoria in base alla quale la domanda di risarcimento avrebbe potuto essere accolta solo se il relativo provvedimento amministrativo fosse stato impugnato e annullato. Ciò comportava l'esclusione della tutela risarcitoria nel caso in cui il provvedimento non fosse stato tempestivamente¹⁶⁴ impugnato.

In materia di pregiudiziale amministrativa, M.A. Sandulli, ("Diritto europeo e processo amministrativo", Dir. pubb, comunit., fasc. 1, 2008, 46) ha affermato che *l'esigenza di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario ha avuto un ruolo fondamentale sul riconoscimento del diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, che tradizionalmente costituiva una fortissima deminutio nella tutela dei soggetti contrapposti all'esercizio di un potere pubblico.*

Medesima dottrina ricorda che *i primi cenni di apertura* risalgono alla legge n. 142 del 1992 (L. comunitaria, attuativa delle direttive europee 89/665 e 92/13), che all'articolo 13 ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno a seguito dell'annullamento di un'aggiudicazione illegittimamente disposta a favore di un altro concorrente. L'Ambito di applicazione di suddetta disposizione fu però ridimensionata, poiché essa si riferiva solo alla

163 P. Patrito, cit., 151.

164 Il termine di decadenza per impugnare il provvedimento amministrativo ed ottenerne l'annullamento è oggi disciplinato dall'articolo 29 c.p.a, che dispone che "l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di 60 giorni".

responsabilità precontrattuale. Successivamente il d.lgs. n. 80 del 1998¹⁶⁵ all'articolo 35 ha stabilito che “il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”.

Come visto, solo nel 1999 con la sentenza n. 500 le Sezioni Unite hanno ammesso la risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, inquadrando la fattispecie nell'articolo 2043 c.c., considerata norma primaria idonea a fondare la richiesta di risarcimento. A proposito della proponibilità dell'azione di risarcimento, le Sezioni Unite hanno affermato che *non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.*

La questione è stata definitivamente superata dall'attuale codice del processo amministrativo, che all'articolo 30, 1° comma, ha riconosciuto l'autonomia dell'azione di condanna, disponendo che “l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma”. Il legislatore ha altresì previsto un termine di decadenza relativamente breve per proporre l'azione risarcitoria nel caso di lesione di interessi legittimi ed infatti ai sensi del 3° comma dello stesso articolo, suddetta azione deve essere proposta entro un termine di 120 giorni, “decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo” (e decorrente dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere alla conclusione del procedimento amministrativo, comma 4°). In realtà dottrina, A. Romano (“Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000”, Dir. Proc. Amm. 3/2001, 622), aveva già anticipato la futura evoluzione giurisprudenziale, affermando che l'estensione alla cognizione del giudice amministrativo delle domande risarcitorie *scardina il sistema e costituisce il momento di massima rottura col nostro sistema tradizionale.*

In questo modo la Cassazione non può esercitare *il suo unificante e istituzionale ruolo di nomofilachia; con il conseguente insorgere di tensioni, che saranno destinate a scaricarsi*

¹⁶⁵ <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/98080dl.htm>, 27-1-2022.

sulla limitazione del suo sindacato sulle decisioni dei giudici amministrativi e contabili di secondo grado, ai soli motivi attinenti alla giurisdizione. Con un'ovvia conclusione: che è questa estensione della cognizione del giudice amministrativo, almeno se è configurata come un ampliamento della sua vera e propria giurisdizione, a porsi in maggiori contrasti col modello costituzionale: che non solo è delineato soprattutto dall'art. 103, comma 1, Cost., ma è anche almeno presupposto da varie altre sue norme.

A proposito della sentenza n. 13659 del 2006 è stato affermato che *quello che nel 2006 era stato un obiter, diviene nel 2008, ratio decidendi: la sentenza n. 30254/2008, approfonditamente argomentando le ragioni a giustificazione del principio di diritto affermato nella decisione del 2006, inizia con l'individuare un nuovo concetto di giurisdizione*¹⁶⁶. Difatti tappa importante per definire il concetto di giurisdizione in senso dinamico o evolutivo è rappresentato dalla sentenza n. 30254 del 2008, pronuncia con la quale le Sezioni Unite hanno enunciato in modo esplicito la lettura estensiva dei limiti esterni della giurisdizione e che ha segnato *una sorta di "rivoluzione copernicana"*¹⁶⁷.

Come vedremo più avanti, le Sezioni Unite in questa occasione hanno accolto una nozione estesa di giurisdizione, ritenendo che anche le questioni relative alle forme di tutela integrano questione di giurisdizione e sono sindacabili in Cassazione. In questo modo intendendosi per giurisdizione non solo la sfera di attribuzione di un dato giudice, ma anche la tutela giurisdizionale secondo il principio di effettività della tutela. La controversia riguardava la questione relativa alla proponibilità della domanda in via autonoma o meno dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, e a tal proposito le Sezioni Unite hanno affermato che trattasi di una questione di giurisdizione inclusa nei *motivi inerenti alla giurisdizione*.

A proposito della pronuncia n. 30254/2008, L. Torchia ("La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione", *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2009, 389) ha evidenziato che i *<motivi inerenti alla giurisdizione>* possono essere ravvisati, di conseguenza, non solo relativamente alla eventuale violazione di una regola di riparto, ma anche in presenza di una pregiudiziale

166 P. Patrito, cit., 151.

167 B. Nascimbene e P. Piva, "Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?", in *Giustizia Insieme*, 24-11-2020, 6.

esclusione di una forma di tutela che la giurisdizione, invece, ricomprende. Si tratta di una concezione della giurisdizione costituzionalmente orientata, che trova il suo fondamento, secondo le sezioni unite, nel diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., nel divieto di porre limiti alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione enunciato nell'art. 113 Cost. e nel principio del giusto processo e della sua ragionevole durata affermato con l'art. 111, c. 1, Cost.. La giurisdizione in questo senso viene intesa non come potere del giudice, ma come strumento e condizione di effettività dell'ordinamento e, quindi, delle tutele che l'ordinamento prevede. La giurisdizione non viene definita, quindi, con riferimento a ciò che spetta a ciascun giudice, ma con riferimento alla tutela che spetta ad ogni situazione soggettiva, realizzando, secondo l'insegnamento di S. Satta, l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto o, in termini oggi più correnti, la sua effettività.

In sostanza la questione della pregiudizialità si poneva in contrasto con il principio di effettività di matrice internazionale e in questa occasione veniva individuata una nuova interpretazione di giurisdizione, intesa come il complesso delle forme di tutela che l'ordinamento riconosce.

Sul punto la dottrina si è divisa. In particolare R. Villata, ("Sui motivi inerenti la giurisdizione", Riv. Dir. Proc., 2015, 638) ha affermato che *non mancano voci dichiaratamente favorevoli alla posizione assunta a partire dal 2008 dalla Suprema Corte in ordine ai limiti tracciati dall'art. 111 Cost. al sindacato sulle sentenze del giudice amministrativo, ma prospettando argomenti a mio avviso non convincenti. Che le disposizioni costituzionali si prestino a diverse possibili letture è proposizione tanto accettabile in astratto quanto inconferente laddove dette disposizioni risultino sufficientemente precise; in altri termini, l'elasticità della lettura è inversamente proporzionale al grado di precisione della norma costituzionale [...]; che l'art. 24 Cost. esiga una tutela effettiva degli interessi legittimi è pure affermazione la cui pertinenza con il riparto di giurisdizione non si riesce a scorgere; la norma vuole che la tutela garantita dal diritto sostanziale all'interesse legittimo trovi adeguato riscontro nei poteri del giudice cui è affidato il compito, appunto, di tutelarli; che in forza dell'art. 103 Cost. la giurisdizione*

esclusiva debba rappresentare un'eccezione; di più, che la stessa sia stata eccessivamente dilatata sono proposizioni sulle quali non ho alcuna remora, specie sulla prima, a convenire; ma il rimedio è ben diverso dall'espandere il concetto di giurisdizione, così violando l'art. 111, e sommando dunque violazione a violazione. Ed infine che la definizione di una situazione soggettiva come diritto perfetto o interesse legittimo presenti dei margini di opinabilità appare asserzione al riparo da critiche, ma una cosa è attribuire la giurisdizione su una determinata controversia al giudice ordinario affermando che il Consiglio di Stato ha errato nel qualificare come interesse legittimo la situazione soggettiva lesa, ben altra è la manipolazione del concetto di difetto di giurisdizione per spogliare il giudice amministrativo di questioni rientranti ex lege nella giurisdizione esclusiva di quest'ultimo.

L'altro tema di cui si è avvalsa la Cassazione per approfondire il principio di effettività della tutela giurisdizionale e di ricollegarlo ai motivi inerenti alla giurisdizione è il caso del ricorso principale ed incidentale incrociati, soprattutto in materia di appalti pubblici. Ci si riferisce al cd. ricorso escludente con il quale vengono sollevate, dal resistente in giudizio, questioni dirette a contestare la legittimazione o l'interesse a ricorrere del ricorrente principale e si è dibattuto a proposito dell'ordine con il quale il giudice deve esaminare le questioni in presenza di un ricorso escludente.

In base ad un primo orientamento, il giudice deve esaminare preliminarmente il ricorso incidentale e nel caso in cui lo ritenga infondato, non può procedere all'esame del ricorso principale in quanto esso risulterebbe proposto da un soggetto carente di legittimazione o di interesse. Orientamento che recepisce il principio generale per cui le questioni concernenti le condizioni dell'azione devono essere esaminate prima del merito della domanda, ai sensi dell'articolo 276, 2° comma, c.p.c. e richiamato oggi dall'articolo 76, 4° comma, c.p.a.¹⁶⁸. Questo orientamento è stato criticato poiché assegna al ricorrente incidentale una posizione di vantaggio rispetto a ricorrente principale, effetto in palese contrasto con i principi della parità delle parti nel processo (principio del giusto processo, art. 111. Cost).

In tal modo il ricorrente principale potrebbe ottenere il rigetto del ricorso principale e il consolidamento degli effetti del provvedimento impugnato senza che il giudice possa

¹⁶⁸ A. Travi, "Lezioni di giustizia amministrativa", Giappichelli, XIII ed., 2019, 308.

esaminare anche nel merito il ricorso principale avverso il medesimo provvedimento. Posizione criticata anche dalla Corte di Giustizia, sempre in materia di gare d'appalto con le sentenze 4 luglio 2013, causa n. C-100/12, Fastweb; 5 aprile 2016, causa n. C-689/13, Puligienica e 6 settembre 2019, causa n. C-333/18.

La Corte di Giustizia ha individuato in alcune pronunce la partecipazione alla gara come fonte della legittimazione (o dell'interesse) a ricorrere in ossequio al principio di efficacia del ricorso nel settore dei pubblici appalti sancito all'articolo 1 della direttiva 89/665. La Corte di Lussemburgo, con le già citate sentenze Fastweb, Puligienica e Lombardi, è intervenuta sulla questione dei ricorsi reciprocamente escludenti per ammettere anche l'esame del ricorso principale in quanto ciascuno dei concorrenti potrebbe *far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a contestare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*¹⁶⁹.

E' possibile rilevare come *l'accento sulla partecipazione alla gara ai fini della definizione del soggetto legittimato ad agire in giudizio venga posto in modo assoluto, svincolandone la valutazione da un preteso carattere di "legittimità", ed anzi caricandola di una valenza processuale, ai fini dell'accesso in giudizio, che opera su due distinti fronti. A monte, infatti, la partecipazione alla gara viene valutata come posizione processuale che giustifica l'accesso alla tutela giurisdizionale (e quindi, potremmo dire utilizzando la terminologia giuridica propria del nostro ordinamento interno, ai fini del riconoscimento della legittimazione a ricorrere); a valle la stessa viene percepita come elemento che può caratterizzare l'interesse del ricorrente escluso ad un'eventuale nuova riedizione della gara, successiva all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato (e quindi sotto un profilo più propriamente attinente l'interesse a ricorrere, nella sua particolare declinazione dell'interesse strumentale)*¹⁷⁰.

Questo perché secondo l'interpretazione tradizionale della giurisprudenza amministrativa, sussisteva uno stretto collegamento tra la legittimazione a ricorrere e la partecipazione

169 Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, causa C-355/15

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0100>, 27-1-2022..

170 S. Mirate, "La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la Cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia", Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, Fasc. 1, 1 febbraio 2021, 88 s..

legittima, intesa come partecipazione sorretta dalla presenza di un interesse legittimo, che deve sussistere al momento dell'instaurazione del giudizio e viene meno in seguito all'esclusione del concorrente della gara. Tuttavia, *l'effetto di una simile impostazione è quello di negare al ricorrente principale l'opportunità di vedere la propria impugnazione scrutinata nel merito, privandolo dell'utilità che potrebbe derivargli dall'idoneità delle sue censure a determinare la caducazione degli atti di gara e la presumibile riedizione del confronto concorrenziale*¹⁷¹.

La dottrina¹⁷² ha osservato *come lo stesso Consiglio di Stato, ancora una volta in giudizi su gare d'appalto, dopo aver aderito al primo orientamento (Cons. Stato, ad. Plen., 7 aprile 2011, n.4), si è poi dimostrato sensibile agli argomenti del secondo orientamento e ha adottato una posizione più sfumata (Cons. Stato, ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Con riferimento alle questioni sollevate con un ricorso incidentale, oggi sostiene infatti che di regola esse devono essere esaminate in via prioritaria, quando abbiano ad oggetto la contestazione della legittimazione a ricorrere*¹⁷³ *del ricorrente principale*¹⁷⁴.

Nel 2008 l'Adunanza Plenaria¹⁷⁵ era stata già investita della questione sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, nonché sul loro ordine di esame nel contenzioso in materia di pubblici appalti. In questa occasione ha affermato che in base alla giurisprudenza comunitaria e amministrativa, un'impresa è titolare di un interesse meritevole di tutela non soltanto quando cerca di procurarsi l'aggiudicazione della gara, ma pure quando mira a provocarne l'annullamento di tutti gli atti al fine di farla rinnovare. Il Collegio ha ritenuto che per risultare imparziale come gli articoli 111 Cost. e 6 CEDU impongono di essere, il giudice deve trattare i contendenti in posizione di parità. Ne deriva che la questione relativa all'ordine con cui i ricorsi devono essere esaminati non possono incidere sull'esito della lite, nel senso che non è possibile *che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale -*

171 S. Mirate, cit., 86.

172 A. Travi, cit., 309.

173 Ricondotta in genere alla titolarità di una posizioni di interesse qualificato. Interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso ma come effettiva titolarità di tale posizione. (A. Travi, cit., 194).

174 A. Travi, cit., 309.

175 C.diS., Adunanza Plenaria, n. 11/2008, Il Foro It., Vol.132, No. 1, Gennaio 2009, Anno CXXXIV, Roma, 2009, V. CXXXII, parte 3°, 1/2-15/16.

esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione de una ulteriore gara.

L'Adunanza plenaria n. 4/2011¹⁷⁶ sulla base delle norme del processo amministrativo in tema di ordine logico delle questioni e legittimazione al ricorso, aveva affermato che esaminato per primo e accolto il ricorso incidentale, diventava inammissibile il ricorso principale. Ed ha espresso il principio di diritto per cui *il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente.*

Le Sezioni Unite con sentenza 21 giugno 2012, n.10294, investite del ricorso contro l'Adunanza plenaria n. 4/2011, hanno affermato che *può sorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione (C. cass. n. 30254 del 2008). Al riguardo non va, tuttavia, trascurato, che nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti. Inoltre la decisione impugnata non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuale, che peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati [...] e dunque, di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza in questa sede.*

Successivamente, sempre in relazione ad analoga vicenda, la Cassazione ha ritenuto che la soluzione del giudice amministrativo di ritenere improcedibile il ricorso principale in caso di accoglimento del ricorso incidentale in materia di pubblici appalti, potesse configurare un diniego di giustizia sindacabile dalle Sezioni Unite ai sensi dell'articolo 111, 8° comma, della Costituzione. Esempio Cass. S.U. 17 gennaio 2017, n. 956 secondo cui *un error in iudicando del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare "un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate*

¹⁷⁶ Il Foro Italiano, Vol. 134, No. 6, giugno 2011, 305/306-325/326.

dalla Corte di Giustizia” (sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali “casi” vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l’indicato “indebito rifiuto di erogare” tale tutela “a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale” [...] con un “aprioristico diniego di giurisdizione” (sezioni unite n. 771 del 2014).

Secondo la dottrina¹⁷⁷ si è trattato di ipotesi isolata poiché in generale l’orientamento delle Sezioni Unite muove nella direzione della non sindacabilità in Cassazione della decisione del Consiglio di Stato che viola il diritto europeo, anche in caso di rifiuto immotivato di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

A partire dal 2012, peraltro, detto indirizzo giurisprudenziale è stato in più occasioni sostituito da decisioni della Suprema Corte nelle quali si è sostenuta una posizione più puntuale e “attenuata”, volta a ricomprendere nel sindacato innescato per motivi inerenti alla giurisdizione soltanto le ipotesi di “radicale stravolgimento” delle norme di rito o di merito ovvero le violazioni del tutto “abnormi” o “anomale” della legge, soltanto esse in grado di ridondare in un sostanziale rifiuto di erogare giustizia¹⁷⁸.

Più in generale vi sono state pronunce delle Sezioni Unite che hanno ritenuto sindacabile in sede di ricorso ex art. 111, 8° comma, alla stregua di eccesso di potere giurisdizionale, la violazione delle regole processuali con conseguente radicale stravolgimento delle norme di rito tale da configurare un vizio di denegata giustizia in contrasto con l’articolo 6 della CEDU, che prevede il diritto ad un ricorso effettivo.

È noto che la violazione da parte del giudice amministrativo delle regole interne di rito o di merito inerenti alla sua giurisdizione, può in casi eccezionali integrare una violazione della giurisdizione allorquando essa sia stata di tale gravità da concretarsi in un vero e proprio radicale stravolgimento delle regole di rito o di merito che quel giudice ha applicato o

177 R. De Nictolis, cit., 74.

178 F. Dal Canto, cit., 1537.

avrebbe dovuto applicare, si da evidenziare un esercizio della giurisdizione che, dietro l'apparenza dell'esegesi delle norme di rito o di merito interne ad esso, in realtà abbia voluto negare la tutela giurisdizionale e, quindi denegare giustizia senza che la denegazione di tutela appaia espressione di una pur legittima, sebbene opinabile e magari non dominante, esegesi delle norme applicate, (oppure nel caso di eccesso di potere giurisdizionale, estenderne gli effetti al di là di quanto ad esso coesistente con riguardo alla vicenda, con conseguente superamento dei limiti esterni [...])¹⁷⁹.

Con riguardo alla tesi per cui il diniego di giustizia per radicale stravolgimento delle norme di rito o di merito è sindacabile in Cassazione come motivo inerente alla giurisdizione, il tema è stato approfondito in occasione della questione del termine di decadenza per le azioni in materia di pubblico impiego. Rileva la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo Staibano e Mottola del 4 febbraio 2014, con la quale la Corte di Strasburgo ha dichiarato non conforme alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo la norma nazionale sul termine di decadenza dell'azione in materia di pubblico impiego. La Cassazione ha forzato la categoria del "diniego di giustizia" per rimediare alla difformità tra un giudicato del giudice amministrativo e una sopravvenuta decisione della CEDU.

Difatti con ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891 le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto secondo cui è configurabile l'omissione di esercizio del potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato, come tale sindacabile dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, qualora la sentenza sia destinata ad esplicare i propri effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale, nella specie la Convenzione europea dei diritti dell'uomo cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Difatti il Collegio ha affermato che *il giudice dell'impugnazione si trova nella condizione di evitare che il provvedimento giudiziario impugnato, una volta divenuto definitivo espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Ad avviso del Collegio la situazione in questione rientra in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno.*

¹⁷⁹ Cass. S.U. 15 marzo 2016, n. 5070.

A. M. Perrino¹⁸⁰ ha sottolineato come da suddetta pronuncia deriva *un'ulteriore estensione del confine di sindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato sub specie di rifiuto di giurisdizione*.

Come ha osservato F. Dal Canto (“Il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale”, Giustizia Costituzionale, fasc. 3, 1 giugno 2018, 1537) *negli ultimi dieci anni si è assistito a uno scontro culturale, istituzionale e processuale tra la Corte di cassazione e Consiglio di Stato in merito all'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., riguardante il ricorso per “soli motivi inerenti alla giurisdizione” avverso le pronunce delle supreme magistrature amministrative e contabile. Di recente si è compiuto il potenziale ultimo atto di tale conflitto, con l'adozione da parte della Corte costituzionale della sent. n. 6 /2018, assai attesa degli addetti ai lavori. Con tale pronuncia la Corte ha assestato un sostanziale schiaffone all'indirizzo seguito dalla Corte di cassazione, ritenuta responsabile di aver promosso un irragionevole ampliamento della portata di predetto ricorso. Non è detto, in realtà che sia stata pronunciata la parola fine e che il dibattito non possa proseguire in altre forme.*

E' proprio quello che è accaduto recentemente con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 19598 del 2020.

Quando si parla di dialogo tra Corti si indica una modalità di regolazione dei rapporti tra ordinamenti giuridici da parte delle Corti: *le potenzialità del dialogo tra giudice europeo e nazionale anche in ambito amministrativo si realizzano attraverso forme nuove di cooperazione destinate al miglioramento della reciproca conoscenza per il rafforzamento delle garanzie dei diritti.*

Il dialogo tra ordinamento interno e comunitario è esercitato concretamente tramite l'istituto del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'articolo 267 TFUE, volto ad istituire una cooperazione diretta tra giudici nazionali e Corte di Giustizia e per consentire al giudice nazionale di applicare correttamente il diritto comunitario. In questo modo per garantire il funzionamento del sistema di cooperazione (art. 4 TUE) ed il rispetto del principio del primato, il giudice nazionale può decidere di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale che reputi necessaria ai fini dello svolgimento e risoluzione della controversia, istituto

¹⁸⁰ Nota a sentenza 8 aprile 2016 n. 6891, in Foro Italiano, fasc. 05, 2016, 1667.

definito come “*la chiave di volta*” dell’intero sistema giurisdizionale dell’Unione europea, al precipuo scopo di assicurare l’interpretazione uniforme del diritto dell’Unione in tutti gli stati membri¹⁸¹. Ne deriva che il giudice nazionale non può sostituirsi al giudice dell’Unione ma deve cooperare con esso in virtù del principio di leale collaborazione, che corrisponde ad una logica integrativa dell’ordinamento comunitario in quelli degli altri stati membri.

L’articolo 267 TFUE paragrafo 3 stabilisce che il giudice nazionale è tenuto a rivolgersi alla Corte di Giustizia, prevedendo quindi un vero e proprio obbligo di rinvio nei confronti dei giudici di ultima istanza. Il Consiglio di Stato è sicuramente un giudice di ultima istanza e di conseguenza *qualora il giudice nazionale di ultima istanza, a fronte di un dubbio interpretativo o di una non chiara interpretazione o ancora nel caso in cui si voglia discostare dall’interpretazione già offerta dalla Corte di Giustizia, ometta di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte, viola la giurisdizione della Corte medesima, esercitando un accertamento (interpretazione del diritto dell’Unione europea) che non gli compete ed attribuendosi poteri di un altro giudice*¹⁸².

In realtà, però, è la stessa giurisprudenza della Cassazione ad escludere che la mancata attivazione del rinvio pregiudiziale possa costituire un superamento dei limiti esterni ed infatti l’orientamento delle Sezioni Unite è *nel senso di escludere [...] la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell’omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell’Unione*. Altro esempio è Cass. S.U. 30-10-2020, n. 24107.

Tuttavia è stato segnalato che *non spetta alla Cgue pronunciarsi sull’interpretazione delle disposizioni nazionali o giudicare se l’interpretazione che il giudice del rinvio ne dà sia corretta. Si è parlato a questo proposito di uso “alternativo” del rinvio pregiudiziale, specialmente laddove il giudice nazionale chieda alla Cgue di pronunciarsi sull’interpretazione della norma europea in modo tale da chiarire un dubbio di compatibilità con essa della normativa interna, affermando più o meno espressamente se vi sia un contrasto effettivo tra le norme dei due ordinamenti*¹⁸³.

181 G. Greco, cit., 79.

182 G. Greco, cit., 82.

183 S. Spuntarelli, “Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc. 3, 1 settembre 2018, 985 ss..

A tal proposito con riferimento al sistema di giustizia amministrativa, la mancata attivazione del rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo è stato contestato sotto il profilo del diniego di giurisdizione, anche se la giurisprudenza della Cassazione ha escluso tale configurabilità, *sul rilievo che il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non include anche una funzione di verifica della conformità al diritto dell'unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex. art. 267, comma 3, Tfu.*

La Corte Costituzionale con sentenza n. 269 del 2017 ha ribadito la necessità di *un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...] affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE). Per di più, la "via maestra" del ritorno alla Corte costituzionale era rafforzata dalla precisa indicazione offerta dalla già citata sentenza della stessa Corte n.269/2017, secondo cui laddove una questione portata al suo esame manifesti dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE in ambito di rilevanza comunitaria, "deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione di invalidità del diritto dell'UE"*¹⁸⁴

Lo stesso ha dapprima¹⁸⁵ precisato che *in opposizione non solo alla citata sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, ma anche alla di poco precedente sentenza n. 269/2017 della stessa Corte che ha indicato le vie corrette per assicurare che sui temi UE l'ultima parola sia della Corte di giustizia; quindi che dopo una sentenza della Corte costituzionale così articolata che puntualmente smonta l'interpretazione "evolutiva" del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, era naturale attendersi un allineamento definitivo delle Sezioni Unite su queste posizioni. Ed in effetti così è stato sino all'ordinanza in esame.*

Il riferimento anche in questo caso è alla recente ordinanza delle Sezioni Unite di rinvio pregiudiziale n. 19598/20 del 18-9-2020.

184 M. P. Chiti, cit., 11 s..

185 M.P. Chiti, cit., 5.

A proposito dell'uso alternativo del rinvio pregiudiziale vi è da dire che nel corso del tempo ha subito un ampliamento del proprio ruolo e funzione rispetto a quanto previsto dai trattati e questo perché, come detto, non è compito della Corte di Giustizia individuare l'interpretazione giusta di norme nazionali e stabilire, se l'interpretazione fornita dal giudice nazionale sia corretta, in quest'ottica la funzione del rinvio pregiudiziale servirebbe *ad ottenere dalla Cgue un'interpretazione che arriva alla valutazione della compatibilità delle norme di diritto interno con la normativa europea*¹⁸⁶. Così è stato per la recentissima questione di rinvio pregiudiziale (ordinanza n. 19598 del 2020) che le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte di Giustizia, affinché essa si pronunciasse circa la conformità dell'articolo 111, 8° comma della Costituzione e la relativa interpretazione con il diritto comunitario, ed in particolare con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali.

La vicenda riguardava la questione dei ricorsi reciprocamente escludenti, che, come si è detto, è stata una delle tematiche affrontate dalla giurisprudenza in relazione all'interpretazione evolutiva della giurisdizione. Si è affermato che *il Consiglio di Stato, nella decisione della Terza Sezione poi oggetto di impugnazione dinnanzi alle Sezioni Unite, non si pone il problema della compatibilità fra la soluzione adottata nella fattispecie e gli assunti della giurisprudenza eurounitaria preesistente. Forse proprio per la difficoltà di sintonizzarsi con un'interpretazione diretta ad un ampliamento dell'accesso alla tutela giurisdizionale nelle controversie sugli appalti pubblici, preferisce avvatarsi su propri orientamenti, scegliendo come "leading case" della propria motivazione la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011; una decisione, che più di tutte le altre, anche successive pronunce con cui il Consiglio di Stato ha affrontato il problema dei ricorsi reciprocamente escludenti, offre una rigida costruzione della nozione di legittimazione a ricorrere, tradizionalmente e strettamente ancorata alla valutazione sostanziale circa la preesistenza e permanenza in concreto dell'interesse legittimo in capo al ricorrente escluso*¹⁸⁷.

Per tale ragione le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno rivolgersi alla Corte di Giustizia con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

186 S. Spuntarelli, cit., 985 ss..

187 S. Mirate, cit., 89.

Tuttavia A. Travi (“I motivi inerenti alla giurisdizione il diritto dell’Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite”, Foro Italiano, Parte I, Fasc.11, 2020, 3415 ss.) ha fatto notare come il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia può costituire una *tecnica, per porre in discussione orientamenti non condivisi di altri giudici*. Tecnica criticata poiché *<eversiva>, per la tendenza dei giudici di merito a ricorrere al giudice di Lussemburgo per porre in discussione orientamenti non condivisi delle nostre giurisdizioni superiori*.

Ciò che criticabile, non è tanto la rimessione di una particolare questione alla Corte, anche perché come è stato detto, questa è una facoltà che spetta ai giudici nazionali, introdotta con lo scopo di risolvere eventuali dubbi interpretativi, quanto piuttosto il fatto di voler superare un’affermazione della Corte costituzionale da parte della Cassazione tramite l’istituto del rinvio pregiudiziale. Secondo medesima dottrina il rinvio è stato fatto tramite *un’ordinanza per il resto molto curata – con una motivazione che non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale e descrive solo come prassi giurisprudenziale> l’orientamento che attraverso l’intervento della Corte di giustizia si vorrebbe superare* (idem). Pronuncia del giudice delle leggi considerata *ineccepibile*, in quanto la Corte di Cassazione *non aveva titolo per rimettere alla Corte di giustizia le questioni preliminari in oggetto, perché il suo sindacato sulla sentenza del Consiglio di Stato era limitato all’ipotesi di difetto di giurisdizione. Ovvero i motivi inerenti alla giurisdizione sono soltanto quelli che pongano in discussione la spettanza a un giudice della giurisdizione su quella specifica controversia. Non sono invece inerenti alla giurisdizione i motivi con i quali sia contestata la conformità sostanziale della decisione giurisdizionale al diritto, sia esso il diritto costituzionale, o invece il diritto dell’unione, o invece e qualsiasi altra forma di diritto vigente* (idem).

L’articolo 111, comma 8°, della Costituzione è stato definito da R. Bin (“E’ scoppiata la terza guerra tra le corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, Rivista italiana di diritto pubblico, N.3, 2¹⁸⁸) *il nuovo terreno di scontro*.

Il riferimento è sempre all’ordinanza di rinvio pregiudiziale sollevata dalle Sezioni Unite, affinché la Corte di Giustizia Europea si esprimesse su tre questioni, *di cui la prima chiama in causa in modo diretto la Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, aveva già preso le*

188 <https://www.federalismi.it/index.cfm>, 29-1-2022.

distanze dalla <visione dinamica> della Cassazione, dalla sua lettura <evolutiva> dell'art. 111. 8 Cost., ritenendo che <non è compatibile con la lettera e lo spirito> di questa disposizione l'estensione del sindacato del giudice di legittimità ed eventuali errores in procedendo o in iudicando del giudice amministrativo: aggiungendo che sconfinare dall'ambito tradizionale che è riconosciuto al generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici (art. 111.7 Cost.), comporta un'assimilazione dei due tipi di ricorso che contraddice l'impianto pluralistico che la Costituzione intende dare alla giurisdizione. La scelta compiuta dai costituenti non può convincere e da sempre molte le voci si sono espresse a favore del superamento della specialità della giurisdizione amministrativa. Ma la Corte costituzionale ha negato che ciò possa avvenire attraverso l'interpretazione di un giudice, il quale mira a sovvertire quella che ben può definirsi <la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale>. Ora la cassazione chiede alla Corte di giustizia di produrre il risultato, con espressa smentita di quanto stabilito dalla Corte costituzionale¹⁸⁹.

Definita questa mossa da parte della Cassazione anche come un'iniziativa non *elegante o [non] opportuna*¹⁹⁰.

La guerra tra le Corti è ormai dichiarata in modi che si possono definire spettacolari. La Cassazione cerca, per la sua offensiva delle Ardenne, un aiuto fuori dai confini, secondo un costume inveterato dai principi rinascimentali: sollecita il panzer giurisprudenz della Corte di Strasburgo, contando sulla sua propensione a dilatare l'ambito di applicazione del diritto europeo e rafforzare le implicazioni della primauté; e lo fa osando l'inaudito, cioè sostanzialmente impugnando una sentenza della Corte costituzionale. Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato nella storia della giurisprudenza¹⁹¹. Difatti l'ordinanza n. 19598 della Cassazione ha rimesso in discussione l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, proponendo di intendere i limiti esterni della giurisdizione amministrativa in maniera più ampia, giustificando ciò con l'esigenza di garantire l'osservanza dei principi del giusto

189 R. Bin, cit., 8 ss..

190 F. G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo", cit., 3.

191 R. Bin, cit., 10.

processo. Infatti con il primo quesito si chiedeva alla Corte di Giustizia di verificare la compatibilità dell'interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione con il diritto dell'unione così come fornita dalla Corte costituzionale e come si vedrà dalla successiva prassi interpretativa. Il fine è quello di estendere il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato tramite un'interpretazione conforme al diritto comunitario, chiedendo alla Corte di Giustizia di verificare se sussiste una tale violazione.

A tal proposito è stato osservato (M.P Chiti, "La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni - Osservazioni sull'ordinanza delle Sezioni Unite della cassazione n. 19598/20", Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 1, 1 febbraio 2021, 12) che *il potenziale ambito di applicazione dell'ordinanza in esame va ben altro le ardite precedenti proposte di "rifiuto di giurisdizione" e di "abnorme errore", perché portando sino in fondo la tesi sottostante ai quesiti diverrebbe possibile ricorrere alla Cassazione, ex art. 111, c. 8, Cost., per qualsiasi violazione del diritto UE da parte del Consiglio di Stato. Il problema di fondo posto dall'ordinanza non è quello (reale, come detto) di come rimediare alle sentenze dei giudici di ultima istanza che hanno violato il diritto dell'UE, ma di assoggettare le sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Cassazione attraverso il ricorso ex art. 111, c. 8. Cost. in una prima fase, quando la sentenza è in violazione del diritto comunitario; poi inevitabilmente in via generale.*

Ed è stato osservato che *a tal fine viene strumentalizzato il diritto dell'Unione europea che, come già accaduto in passato dovrebbe rappresentare il "Cavallo di Troia" per supportare tramite la via sovranazionale le riforme normative e le evoluzioni giurisprudenziali che si ritengono frustrate dalla disattenzione politico - istituzionale e dalla parte maggioritaria del mondo giuridico*¹⁹².

Ancora rivolgendosi per la prima volta su questo tema alla Corte di Giustizia aggirando la Corte Costituzionale ed usa argomenti più affinati rispetto a decisioni precedenti. Appare inoltre azzardato coinvolgere nella questione la Corte di giustizia, come corte di "ultimissima" istanza, quasi di appello sulle decisioni delle corti nazionali che il nostro ordinamento qualifica di ultima istanza (nel caso, Cassazione, Consiglio di Stato e Corte

192 M.P. Chiti, cit., 2.

dei conti); specialmente considerando la posizione molto ferma tenuta sul tema della Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018¹⁹³.

Inoltre, si è detto che *la risposta parrebbe scontata: la questione sollevata dal ricorrente (grave violazione del diritto UE) è configurabile come questione inerente alla giurisdizione e, dunque, censurabile come motivo di ricorso per cassazione. Infatti, malgrado una “prassi interpretativa” basata sulla sentenza n. 8/2018 della Corte costituzionale, la compatibilità di questo orientamento con il diritto dell’Unione è più che dubbia*¹⁹⁴.

In realtà come si vedrà, da poco (21 dicembre 2021) stata pronunciata l’attesa sentenza della Corte di Giustizia che ha invece ritenuto l’articolo 111, 8° comma Cost., e l’interpretazione che di esso la Corte Costituzionale ha dato, conforme e compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di equivalenza ed effettività, che gli stati membri devono osservare. La nostra Costituzione, in particolare l’articolo 111, 8° comma Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale, comporta che il problema deve trovare la sua soluzione all’interno di ciascuna giurisdizione; ed esclude che la violazione del diritto dell’Unione Europea possa essere incluso tra i motivi inerenti alla giurisdizione.

Di opinione differente B. Nascimbene e P. Piva (cit., 14), secondo cui *l’ordinanza delle Sezioni Unite di rinvio alla Corte di giustizia, senz’altro animata da un apprezzabile souci d’efficacité in favore dell’effettività del diritto dell’Unione, è del tutto coerente e conforme agli obblighi derivanti al giudice nazionale dal trattato (art. 19, 2, TUE). L’individuazione delle ragioni in virtù delle quali deve ammettersi il ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. per violazione grave e manifesta del diritto dell’Unione europea da parte del Consiglio di Stato è perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte, nella quale il principio di autonomia procedurale degli Stati membri non trova applicazione nel caso in cui la norma procedurale renda impossibile anche solo particolarmente difficile l’esercizio del diritto di derivazione UE, né tanto meno laddove la norma processuale interna riservi un diverso trattamento (sfavorevole) alla situazione giuridica con causa petendi comunitaria in violazione, come già si è ricordato, del principio di equivalenza.*

193 M.P. Chiti, cit., 3.

194 M.P. Chiti, cit., 7.

In questo modo si configurerebbe la violazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, in quanto si ammetterebbe il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale nel caso di controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale *mentre nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione tale straripamento sarebbe pregiudizialmente irrilevante (idem)*. L'auspicio di questa dottrina è quello di *fare tutto il possibile per garantire ai privati interessati il c.d. bene specifico della vita cui ambiscono, se del caso preservando l'accesso al Giudice di nomofilachia in nome del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale*¹⁹⁵.

Vi è anche chi ha definito l'interpretazione dell'articolo 111, 8° comma, fornita dalla Corte Costituzionale *eccessivamente formalistica (o se si vuole statica)* in quanto *senza rendersi adeguatamente conto, tra l'altro del fatto che, suggellando quell'interpretazione, certamente si sarebbe limitato il potere di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, ma allo stesso tempo si sarebbe esposto l'ordinamento italiano nel suo complesso al contrasto con i principi dell'ordinamento sovranazionale. Contrasto tanto più grave se si considera che si fonda, come nel caso di specie, sull'interpretazione di una disposizione di rango costituzionale, come l'art. 111, 8° comma, Cost., e che espone al rischio, abbastanza concreto, che un'interpretazione di una disposizione costituzionale in modo conforme ai principi sovranazionali di unità ed effettività alla fine venga imposta dalla Corte sovranazionale* (G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, "Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, m. 19598", *Questione Giustizia*, 19/10/2020, 6).

Violazione che si ricollega all'inserimento nell'articolo 111 della Costituzione del principio del giusto processo e dai commi 1, 2 e 6 di suddetto articolo si potrebbe ricavare una nozione di giurisdizione tale per cui si potrebbe *abbandonare [...] la contrapposizione tra limiti c.d. interni e limiti c.d. esterni ai fini dell'accesso al controllo di legittimità da parte della Suprema corte; con la precisione che tale operazione non comporta affatto un'indebita equiparazione tra il ricorso consentito dall'art 8° comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per < soli motivi inerenti*

¹⁹⁵ B. Nascimbene e P. Piva, cit., 15.

alla giurisdizione> ed il ricorso previsto dal precedente 7° comma in relazione alle sentenze degli altri giudici per violazione di legge e quindi ai sensi dell'art. 360, comma 4, c.p.c., per tutti i motivi contemplati nel primo comma di tale articolo¹⁹⁶.

Difatti, come si è visto dall'analisi svolta, il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione definito *terreno di scontro*¹⁹⁷, è da sempre stato fonte di dubbi e incertezze circa l'interpretazione del sindacato delle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato.

L'articolo 111, 8° comma, Cost. Definito anche *l'equilibrio tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria*, è stato rimesso in discussione recentemente dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 19598 del 2020 rimessa dalle Sezioni Unite alla Corte di Giustizia Europea, ponendosi in chiaro contrasto con la Corte Costituzionale che nel 2018 aveva offerto un'interpretazione restrittiva dei limiti esterni della giurisdizione.

Con la sentenza n. 6 la Consulta ha fermato ogni tentativo di estensione del sindacato in sede di ricorso ex art. 111, 8° comma, escludendo la configurabilità di un'interpretazione evolutiva o dinamica della giurisdizione, con la quale si era cercato di far rientrare in tale sindacato anche i casi di errores in iudicando che operano uno stravolgimento radicale delle norme di rito. In realtà la Corte Costituzionale non ha fatto altro che porre in evidenza il dato esegetico della norma, che fa espresso riferimento ai “motivi inerenti alla giurisdizione” distinguendo tale previsione dal comma precedente (7° comma) che invece ha introdotto il ricorso in Cassazione per violazione di legge, escludendo le pronunce del Consiglio di Stato.

Il ruolo della Corte Costituzionale in questa occasione è stato definito come arbitrare nel conflitto tra le giurisdizioni¹⁹⁸. Non poteva dunque mancare un intervento anche sull'art. 111 Cost., sia perché si tratta di uno dei tasselli fondamentali nell'assetto dell'ordinamento giurisdizionale, sia perché il sindacato sulle pronunce dei giudici speciali è oggetto di una previsione costituzionale, rimessa dunque, in ultima istanza, all'interpretazione del giudice delle leggi. E siffatto intervento appariva tanto più ineludibile di fronte alla valenza

196 G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, cit., 6.

197 R. Bin, cit., 8.

198 M. Mazzamuto, “Motivi inerenti alla giurisdizione – il giudice delle leggi conferma il pluralismo giurisdizionale”, Giur. It, 2018, 3, 706.

sistematica che avevano sembrato ormai assumere i nuovi orientamenti del giudice della giurisdizione.

La questione che qui viene in rilievo sono i rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa così come concepita dalla nostra Costituzione ed è *ricorrente l'affermazione secondo la quale in tema di ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione si sia registrata una sostanziale continuità tra la volontà dei costituenti e l'assetto giuridico preesistente*¹⁹⁹. Difatti gli orientamenti di questi ultimi anni delle Sezioni Unite hanno sollevato dubbi circa l'efficacia dell'assetto giurisdizionale delineato dalla Costituzione, rimettendo in gioco il principio di unitarietà della giurisdizione.

Ha affermato M. Clarich (“Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile”, *Diritto Proc. Amm.*, F. 2, 1 giugno 2021, cit., 214) che *il problema affonda le sue radici nella stessa genesi dell'art. 111, comma 8, della Costituzione e ancora prima nella scelta operata alle origini del sistema della giustizia amministrativa di affidare all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria il potere di dirimere i conflitti di attribuzione tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali* (art. 3, punto 3 della legge 31 marzo 1877, n.3761), *piuttosto che sull'esempio francese, a un tribunal des conflits, organo composto in modo paritario da magistrati dei due ordini giudiziari. Da sempre, dunque, e anche successivamente all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, il dualismo giurisdizionale affermatosi nel nostro ordinamento ebbe i caratteri di un dualismo non perfettamente paritario.*

Dello stesso avviso M. Mazzamuto (“Motivi inerenti alla giurisdizione – il giudice delle leggi conferma il pluralismo giurisdizionale”, *Giurisprudenza italiana*, 2018, 3, 709) secondo cui *tutte queste complicazioni hanno origine nel mantenimento della scelta del 1877, con l'attribuzione della competenza in materia di conflitti alle Sezioni Unite della Cassazione. Già Ludovico Mortara, qualche anno dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, ebbe ad evidenziare che, se si giustificava nel sistema della giurisdizione unica, quella scelta risultava non più idonea con la ripresa del dualismo giurisdizionale, suggerendo la previsione di un apposito tribunale supremo dei conflitti. Questa era e rimane ancora l'unica soluzione razionale: un tribunale dei conflitti a composizione mista,*

¹⁹⁹ F. Dal Canto, cit., 1538.

secondo il modello francese. Né il dettato costituzionale sembra costituire un ostacolo insormontabile, atteso che, [...], da tale dettato non deve necessariamente ricavarsi un divieto di integrazione delle stesse Sezioni Unite della Cassazione con i giudici speciali.

Da ricordare come l'argomento è stato affrontato in maniera approfondita già in sede di Assemblea Costituente. Pietro Calamandrei, sostenitore dell'unitarietà della giurisdizione, aveva formulato nella propria relazione a base della discussione per la nascita della Costituzione, una proposta di articolo (numerata al nr. 12) secondo cui *l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo stato, siede in ... , la Corte di cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici.*

Sempre secondo questo progetto (proposta art. 13, 2 comma) *gli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti saranno aboliti o trasformati in sezioni specializzate nel termine di ... In seguito all'abolizione delle funzioni giurisdizionali delle Giunte provinciali amministrative e delle sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato, saranno istituite presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate nelle quali sarà concentrata la competenza a decidere tutte le controversie tra i cittadini e la pubblica amministrazione, a norma dell'articolo seguente*²⁰⁰.

E' stato osservato da E. Follieri ("La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni", Dir. proc. amm., Fasc, 4, 2001, 915) che *il disegno costituzionale del "potere giudiziario" come estrinsecantesi in un'unica giurisdizione aveva il fine di garantire le libertà ed i diritti dei cittadini in una duplice direzione. Da un lato, assicurare l'indipendenza, in ogni campo, degli uffici giudicanti, eliminando quelle giurisdizioni, che per il particolare reclutamento dei giudici e per la loro organizzazioni, non davano garanzia di indipendenza del potere politico; in particolare, l'abolizione della giurisdizione del giudice amministrativo rappresentava il superamento di una posizione*

²⁰⁰ "La nascita della Costituzione, Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, relazione del deputato Calamandrei Piero sul Potere Giudiziario e sulla Suprema Corte Costituzionale", <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/02/08-calamandrei.htm>, 30/01/2022.

inconciliabile con lo Stato di diritto: il giudice amministrativo era stato istituito perché si riteneva che il giudice ordinario non potesse annullare gli atti amministrativi, ma tale idea era ormai solo il retaggio di un passato ed il sistema andava purificato da questa anomalia. Si sottolineava che l'indipendenza del giudice non poteva intendersi come un privilegio per il magistrato, ma espressione di una garanzia per il cittadino. Da un altro lato, la realizzazione dell'unicità della giurisdizione, con al vertice la Corte di Cassazione che consentiva l'uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto in tutti i campi, contribuiva a centrare l'obiettivo della certezza del diritto. Dunque, la bandiera dell'unicità della giurisdizione, finalizzata a garantire i diritti e le libertà dei cittadini, era sorretta da due robuste ragioni: l'indipendenza dell'ordine giudiziario e la certezza del diritto.

La proposta avanzata da Calamandrei fu respinta e venne quindi confermato dai Costituenti il sistema dualistico di giurisdizione. Tuttavia per C. Mortati il pluralismo delle giurisdizioni avrebbe dovuto comportare la sottrazione alla Corte di cassazione della funzione di dirimere i conflitti tra gli organi giurisdizionali, compito da conferire piuttosto ad un organo terzo ed esterno rispetto alle giurisdizioni²⁰¹.

Entrata in vigore la Costituzione, rimase quindi invariato il dualismo giurisdizionale che si era affermato con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e l'articolo 111, comma 8, della Costituzione è stato definito *frutto di un compromesso che, come dimostra anche l'evoluzione successiva fino alla recente ordinanza delle Sezioni Unite prima citata, non risolve gli inconvenienti del sistema messi in evidenza da Calamandrei e che genera tensioni pressoché inevitabili tra giudice ordinario e giudice amministrativo*²⁰².

*In tal modo si interrompe bruscamente "il lento incedere dell'unità della giurisdizione", che qualche significativo passo aveva già compiuto nella giurisprudenza costituzionale proprio nella direzione di liberare l'ordinamento da meccanismi processuali che, per omaggio al principio di separazione di poteri, finiscano con tradursi in una limitazione della tutela assicurata alle posizioni soggettive riconosciute e protette dagli artt. 24 e 113 Cost.*²⁰³.

201 G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, cit., 6.

202 M. Clarich, "Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile", cit., 216.

203 A. Mangia, cit., 0736B.

PARTE II

Evoluzione giurisprudenziale sul concetto di limiti esterni

CAPITOLO I

La giurisprudenza fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018

1. La generale interpretazione di limiti esterni della giurisdizione

La descrizione di quali sono i limiti esterni della giurisdizione del G.A. è contenuta in Cass. S.U. n. 2403 del 4-2-2014: *i motivi inerenti alla giurisdizione vanno identificati o nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure, al contrario, quando abbia negato la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale), o nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (ipotesi, questa, che ricorre quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito.*

Il principio di diritto, in questi termini, trovasi già massimato a seguito delle pronunce di Cass. S.U. n. 9344 del 22-9-1997 (massima Rv. 508162-01) e, anche, Cass. S.U. n. 2667 del 26-3-1997 (Rv. 503269-01).

La Costituzione, ispirata come è noto dalle culture politico istituzionali del liberalismo, del solidarismo cattolico e del socialismo, ha mantenuto e rafforzato, quale eredità della prima, il principio di separazione dei poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario), per cui il “dictum” del giudice, nella sua forma emblematica, la sentenza, non contiene statuizioni aventi natura di amministrazione attiva ovvero forza di legge.

Per cui, con riferimento all’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, cd. invasione, tale vizio, secondo quanto precisato da ultimo da Cass. S.U. ord. n. 16260 del 29-7-2020 è *configurabile solo qualora il Consiglio di Stato abbia applicato non la norma esistente ma una norma da esso creata, esercitando un’attività di produzione normativa che non gli compete: ipotesi non ricorrente quando il giudice amministrativo si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la voluntas legis applicabile al caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dar luogo, tutt’al più, ad un error in iudicando, e non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice speciale (tra le tante, Cass. sez. un. 1 febbraio 2016, n. 1840; Cass. sez. un. 4 luglio 2017, n. 16417; Cass., sez. un. 30 luglio 2018, n. 201168).*

La Suprema Corte, nell’esercizio della funzione di nomofilachia non può nell’interpretare la norma creare nuova norma, altrimenti rendendosi possibile il conflitto di attribuzione, ex art. 134, secondo per., prima parte, Cost..

La pronuncia del giudice deve rispettare il campo dell’attività di imperio della P.A. nell’esercizio della sua funzione (esecutiva) di gestione delle cose comuni della collettività e non può esondare in questa (già Cass. S.U. n. 1075 del 19-5-1967, Rv. 327455-01).

Con riferimento all’eccesso di potere giurisdizionale per usurpazione della funzione amministrativa, cd. sconfinamento, la stessa Cass. S.U. ord. n. 16260 del 29-7-2020 ha affermato che *esso si realizza, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19664; Cass. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18240), quando il giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato [beninteso fuori dai casi di giurisdizione estesa al merito], e sconfinando nella*

sfera del merito, riservata alla p.a., compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità.

Segue l'importante precisazione che ciò non può mai realizzarsi nel caso di *rigetto del ricorso con conferma del provvedimento impugnato; che, difatticonservando l'autorità che lo ha emesso tutti i poteri che avrebbe avuto se l'atto non fosse stato impugnato eccetto i vizi di legittimità ritenuti insussistenti dal giudice -, non è ipotizzabile in tale tipo di pronuncia uno sconfinamento nella sfera del merito e quindi della discrezionalità dell'azione amministrativa (Cass. sez. un., 9 novembre 2001, n. 13927, Cass. sez. un., 6 dicembre 2001, n. 15496).*

L'art. 134 c.p.a., come visto, elenca le seguenti ipotesi di giurisdizione estesa al merito: l'ottemperanza di cui all'art. 112 segg. c.p.a., ipotesi connessa alla funzione giudiziaria; il caso delle sanzioni amministrative in quanto occorre determinare nel concreto la quantificazione della misura afflittiva, art. 134, lett. c), c.p.a.; il caso riguardante gli atti e le operazioni elettorali (lett.b) ed infine le contestazioni sui confini degli enti elettorali in quanto qui il limite tra legittimità e merito è evanescente (lett. d) ²⁰⁴.

Il giudizio di ottemperanza (oggi artt. 7, comma 6, secondo per., 112 segg., 134, lett. a), d.lgs. 2-7-2010 n. 104 - c.p.a.) costituisce *la sede di verifica dell'effettivo adempimento dell'Amministrazione al comando impartito dal giudice, del quale è consentita l'integrazione in base a poteri cognitivi analoghi a quelli della cognizione* (Cass. S.U. n. 26302 del 31-10-2008, Rv. 605560-01) e la decisione del C.diS. che abbia pronunciato al riguardo è ugualmente soggetta al controllo delle Sezioni Unite circa il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (Cass. da ult. Cit.). Ma anche il giudizio di ottemperanza, sebbene qualificato dalla necessità di decidere il merito - art. 134, lett. a), c.p.a. - rimane pur sempre circoscritto entro l'ambito della funzione giudiziaria, quale è l'esecuzione di una pronuncia dello stesso giudice.

²⁰⁴ Vi è una specifica ragione, fondata su motivazioni sociali ormai storiche (la c.d censura) per l'ipotesi dell'art. 134, lett. e), c.p.a.. Oggi vige l'art. 4, quinto comma, d.lgs. 7-12-2017 n.203, la cui ratio risiede nella struttura stessa dell'oggetto del giudizio più che su scelte discrezionali del legislatore dettate dalle condizioni sociali del momento.

Quest'ultima affermazione è data dalla lettura di Cass. S.U. n. 9773 del 26-5-2020, secondo cui il Giudice amministrativo *può procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo, alla sua emanazione in luogo della pubblica amministrazione, nonché alla sostituzione della amministrazione stessa [...]*.

Ed in tale caso l'eccesso di potere giurisdizionale non sussiste *se oggetto del ricorso è il modo con cui il potere di ottemperanza è stato esercitato (limiti interni alla giurisdizione)* ed invece rileva *se sia in discussione la possibilità stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza (limiti esterni alla giurisdizione)*. Nella fattispecie si trattava di eseguire la sentenza del Tribunale ordinario di Ivrea che aveva riconosciuto in favore dei parenti superstiti di un militare caduto in servizio, i conseguenti benefici assistenziali (assegni vitalizi); il C.diS. aveva confermato la quantificazione delle somme dovute fatta dall'autorità amministrativa con il provvedimento impugnato, la quale era minore rispetto a quella reclamata dai parenti: la Cassazione ha rigettato il ricorso ritenendo che il C.diS. si era mantenuto entro i limiti del giudizio di ottemperanza.

Invero, va detto, l'ammissibilità dell'impugnazione della sentenza del C.diS. che ha pronunciato in sede di ottemperanza è risalente, trovandosi già esattamente affermato in Cass. S.U. n. 26302 del 31-10-2008 (Rv. 605560-01).

La funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione (come declinata dall'art. 360, nn. da 2 a 5, e dall'art. 363 c.p.c.) è prevista dall'art. 111, penult. comma, Cost. e trova causa nella violazione di legge. Altra e diversa è la funzione, della Corte di cassazione, di regolazione della giurisdizione, di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost. e art. 110 c.p.a.. Questa deriva dalla costituzionalizzazione dell'interesse legittimo, e conseguente devoluzione al Giudice speciale²⁰⁵ amministrativo (artt. 24,1 comma, 100, 1 comma, 103, 1 comma, 113 Cost.), e del Giudice speciale della Corte dei Conti (artt. 100, 2 comma, 103, 2 comma, Cost.). In virtù della VI disp. trans. e finale della Costituzione, poiché la revisione degli altri Giudici speciali non ha significato necessariamente la soppressione degli stessi, ma in alcuni casi la riorganizzazione (come le Commissioni Tributarie), la funzione di regolazione della giurisdizione assegnata dalla Costituzione alla Corte di cassazione si esplica anche verso gli altri (rispetto al C.diS. e C.d.C.) Giudici speciali.

²⁰⁵ Rispetto al Giudice ordinario (art. 102 Cost.).

Ma la violazione di legge di cui all'art. 111, pen. ult. comma, Cost., con riferimento a tutti i giudici speciali, non dà vita a nomofilachia, come declinata dall'art. 360, nn. da 2 a 5, c.p.c., poiché è pur sempre violazione di legge sulla giurisdizione (così come per l'ultimo comma). Questo ragionamento fonda la conclusione secondo cui l'error in procedendo o iudicando del Giudice speciale, in quanto limite interno della giurisdizione, non è sindacabile dalla Suprema Corte, che è all'apice del sistema delle giurisdizioni, dovendone sindacare i limiti esterni; così Cass. S.U. n. 2403 del 4-2-2014: *è inammissibile il ricorso con il quale si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, attenendo all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, non può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite di questa Corte (tra le tante, Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882; Sez. Un., 29 marzo 2013, n. 7929; Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847).*

2. Definizione del principio di effettività secondo la giurisprudenza

Sin qui nulla che debba essere ulteriormente spiegato. La questione si complica quando la stessa Cass. S.U. 2403 del 2014 ha riaffermato *il canone della effettività della tutela giurisdizionale*.

In aggiunta al canone della effettività della tutela (ma in qualche modo connessa, perché pur sempre connotata dalla concreta aspettativa di giustizia) Cass. 2403 del 2014 individua, per delimitare il campo dell'eccesso di potere giurisdizionale, la necessità di *rendere effettivo il primato del diritto comunitario*.

Per quanto riguarda il canone della effettività della tutela giurisdizionale, le Sezioni Unite precisano, nell'ottica di colui che ha promosso la domanda di giustizia, che *il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi inerenti alla giurisdizione soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure nei casi, estremi, nel quale l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale meri errori in*

iudicando o in procedendo (Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853; Sez. Un., 12 marzo 2012, n. 3854; Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Sez. Un., 24 luglio 2013, n. 17933; Sez. Un., 9 settembre 2013, n. 20590; Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774; Sez. Un., 27 gennaio 2014, n. 1518).

L'affermazione del *canone della effettività della tutela giurisdizionale* trova ragione, come si è visto, nell'insegnamento di Cass. S.U. 30254 del 23-12-2008²⁰⁶, il cui principio di diritto è enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ovvero enunciazione di ufficio del principio di diritto per questione di particolare importanza, avendo la Suprema Corte nella fattispecie ritenuto inammissibili i relativi motivi di ricorso. Nel giudizio di Cass. 2403 del 2014 il principio di diritto enunciato da Cass. S.U. 30254 del 23-12-2008 era stato invocato proprio dal ricorrente, dipendente della regione Sicilia con qualifica di agente tecnico forestale, il quale avendo lavorato come avventizio prima di essere immesso in ruolo, aveva chiesto il riconoscimento per la progressione di carriera del pregresso periodo di lavoro, però rigettato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, perché privo, detto periodo di lavoro, della connotazione pubblicistica del rapporto. Il ricorrente aveva censurato la sentenza di appello per contrasto con il diritto dell'U.E. (direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28-6-1999 nell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia dell'8-9-2011 e 18-10-2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11), in virtù del quale il lavoro prestato nel rapporto di lavoro a tempo determinato è computato per determinare l'anzianità del lavoratore una volta assunto a tempo indeterminato.

Il Collegio ha affermato che era inammissibile il ricorso. Ciò perché oggetto del giudizio per cassazione risultava essere un errore interpretativo riguardante la legge della Regione Siciliana 15-6-1988 n. 11 (sulla disciplina dello stato giuridico ed economico del personale dell'Amministrazione regionale, in particolare l'art. 11), che il Consiglio di giustizia amministrativa ha ritenuto inapplicabile agli operai forestali che hanno lavorato come avventizi presso l'Assessorato agricoltura e foreste della Regione Siciliana.

²⁰⁶ Pronunciata quando ancora il canone della effettività della giurisdizione amministrativa non era stato recepito normativamente (art. 1 c.p.a.). Qui si tratta comunque del fatto che la sua violazione comporta difetto di giurisdizione.

Il ricorrente si era lamentato che il G.A. non avesse attribuito a quella legge *una lettura conforme a quella risultante da pronunce della Corte di giustizia con riguardo alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio.*

Passando all'esame di Cass. S.U. 30254 del 23-12-2008, questa ha pronunciato in fattispecie espropriativa e sulla c.d. pregiudizialità amministrativa, secondo cui il Giudice amministrativo non può accogliere la domanda di risarcimento del danno per gli interessi legittimi se non quando vi sia stata una pronuncia di annullamento del provvedimento amministrativo lesivo di detti interessi.

Nella specie erano stati impugnati davanti al TAR di Brescia dal proprietario dell'area interessata ai lavori, i decreti di occupazione di urgenza della provincia di Mantova per costruire una circonvallazione, ed era stata proposta domanda di risarcimento del danno derivante dai decreti di occupazione; lo stesso ricorrente aveva quindi impugnato, con separato ricorso poi riunito, il successivo decreto di espropriazione. La questione di pregiudizialità amministrativa si era posta perché in primo grado il TAR, con sentenza non definitiva, aveva dichiarato improcedibile il ricorso di annullamento dei decreti di occupazione perché era intervenuta nel frattempo la irreversibile trasformazione del terreno causa della costruzione dell'opera pubblica e dunque era mancato l'annullamento dei decreti di occupazione e sulla domanda di risarcimento del danno causato dai decreti di occupazione il Tar non aveva reso alcuna decisione. Il processo era giunto in appello davanti alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed infine alla Suprema Corte che ha ritenuto inammissibile il ricorso perché l'Adunanza plenaria, che aveva affermato che la domanda di risarcimento per lesione degli interessi legittimi poteva essere esaminata soltanto se vi fosse stata tempestiva domanda di annullamento del provvedimento lesivo, aveva però pronunciato con riferimento alla domanda di risarcimento del danno introdotta con il ricorso per annullamento del decreto di espropriazione e non alla domanda di risarcimento per i decreti di occupazione.

Da qui il principio di diritto enunciato di ufficio ai sensi dell'art. 363 c.p.c., avendo ravvisato la Suprema Corte trattarsi di questione rilevante e di particolare importanza: *proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna*

al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento ²⁰⁷.

Quello che qui interessa è comprendere meglio la ratio decidendi utilizzata dalle Sezioni Unite per affermare il principio di diritto, atteso che esse possono pronunciare soltanto per questione di giurisdizione.

Le Sezioni Unite hanno giustificato la pronuncia affermando che: rigettare una domanda di risarcimento del danno che sia stata proposta autonomamente rispetto alla domanda di annullamento del provvedimento lesivo, è *sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione; ... è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso estrinseca; ... poiché la tutela giurisdizionale deve essere effettiva ... è necessario superare l'errore del giudice nel negare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento; ... quando dal giudice amministrativo si afferma che la tutela risarcitoria può essere somministrata da quel giudice, in presenza di atti illegittimi della pubblica amministrazione, solo se gli stessi siano stati previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela, si finisce col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di completamento; ... ciò si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo; [...]* dovendosi verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma.

²⁰⁷ Oggi art. 7, co. 4°, seconda parte, c.p.a., che fa rientrare la materia nella giurisdizione generale di legittimità del G.A..

Sulla stessa scia si è collocata Cass. S.U. n. 1013 del 20-1-2014 a proposito dell'impugnazione del provvedimento della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accertativo e sanzionatorio di una intesa restrittiva della concorrenza in vista della partecipazione da parte delle società stipulanti l'illecita intesa ad una gara indetta dal Comune di Firenze per assegnare il 40% delle quote di una società mista (pubblica/privata) per la gestione del servizio idrico integrato. Al riguardo la Suprema Corte ha valutato la peculiarità della fattispecie, essendosi dalla legge (10-10-1990 n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato e successive modifiche) *all'Autorità Garante [...] affidato un compito che ha connotati di neutralità e di oggettività ed in cui la discrezionalità amministrativa.... di regola non gioca alcun ruolo.*

Eppure medesima è l'impostazione, dovendosi giudicare, peraltro in sede di giurisdizione esclusiva, alla stregua dell'art. 33 l. 10-10-1990 n. 287, oggi art. 133, lett. l, c.p.a.: *ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tener conto anche del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: onde rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia concretamente erogata e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (cfr., tra le altre, Sez. un. n. 19048 del 2010 e n. 30254 del 2008). Alla stregua di tale principio, dal quale non si ha motivo di discostarsi, è innegabile che l'assunto delle ricorrenti [società che hanno stipulato l'intesa anticoncorrenziale] secondo cui il Consiglio di Stato, nel caso in esame, avrebbe omissis di esercitare con pienezza il controllo giurisdizionale che gli compete sugli atti dell'Autorità Garante, limitando tale controllo ai profili giuridici, formali e motivazionali dell'atto senza procedere anche alla dovuta verifica della sussistenza dei presupposti di fatto che ne sono alla base, non si traduce nella denuncia di un mero error in iudicando o in procedendo nel quale il giudice amministrativo sarebbe incorso. Quel che viene denunciata è sì un'errata interpretazione di legge (l'art. 33, comma 1, della citata legge n. 287), ma ciò che le ricorrenti sostengono è che tale*

errore ha condotto ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale: non per un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso, ma in via generale, a cagione di una male intesa autolimitazione dei poteri del giudice in questa materia. Ed è allora chiaro che - fondata o meno che sia tale doglianza nel merito - essa attiene proprio alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione, che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere - dovere di ius dicere.

Questa sentenza si segnala anche perché afferma che pure nel caso della giurisdizione esclusiva (quale quella riguardo i provvedimenti della suddetta Authority) la sindacabilità davanti al G.A. avviene per vizi di legittimità e non di merito, pur venendo in rilievo, trattandosi giurisdizione esclusiva, il rapporto e non solo l'atto amministrativo, poiché ciò non autorizza il G.A. ad entrare nel merito, nel senso che il G.A. non può sostituire il provvedimento della Authority (nella specie tale sbarramento va riferito alla individuazione della nozione di "mercato rilevante", al fine della determinazione di comportamenti anticoncorrenziali).

Nella fattispecie era stato denunciato il difetto di giurisdizione sotto il profilo che il C.diS. aveva negato di accertare i fatti posti a fondamento dell'impugnato provvedimento: era denunciato che il C.diS. si era arrestato al profilo di legittimità estrinseca e della correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità aveva determinato quale fosse il "mercato rilevante" al fine di sanzionare l'intesa restrittiva della concorrenza tra le società ricorrenti, ma senza verificare i fatti presupposti perché posti a fondamento del provvedimento impugnato (e cioè il "mercato rilevante", "elemento centrale ai fini dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale"). La Suprema Corte ha escluso l'eccesso di potere giurisdizionale affermando il seguente principio di diritto: *il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel*

caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Il C.diS. dunque non ha negato il proprio potere di accertamento dei fatti posti a base del contestato provvedimento dell'Autorità Garante e non vi è illegittima autolimitazione del C.diS. alla propria latitudine di giudizio come tale apprezzabile sotto il profilo di un vero e proprio diniego di giurisdizione con violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Con un ulteriore motivo di ricorso le società ricorrenti avevano denunciato che il C.diS. aveva ommesso di pronunciarsi sulla richiesta di interpellare la Corte di Giustizia Europea in ordine a due quesiti interpretativi (definizione di: mercato rilevante nazionale; e adozione della forma dell'A.T.I. - Associazione Temporanea di Imprese - nelle gare comunitarie), reiterandone la richiesta davanti alla Corte di Cassazione.

Questa ha però motivato che il tema *esula dall'ambito entro cui è consentito impugnare per cassazione le decisioni del giudice amministrativo, trattandosi di errores in procedendo, e non certo violazioni di norme in tema di giurisdizione*, precisando quanto segue: *poiché la Corte di giustizia europea, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale, il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., tra le altre, Sez. un. n. 16886 del 2013).... [e] proprio in quanto la cognizione della Corte di cassazione è qui limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, non sussistono neppure le condizioni perché essa stessa prospetti alla Corte di giustizia europea quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione.*

La Suprema Corte conclusivamente ha rigettato i ricorsi delle società ricorrenti, pur avendone ritenuto espressamente la ammissibilità, confermando quindi la sentenza del C.diS. che aveva respinto le domande di annullamento del provvedimento della Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il principio che è inibito alla Corte di cassazione, esulandosi dai limiti esterni della giurisdizione amministrativa, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia omesso dal C.diS., è ribadito da Cass. S.U. n. 14042 del 8-7-2016, Rv. 640438-01 (v. anche Cass. S.U. n. 2910 del 10-2-2014, Rv. 629517-01).

La giurisprudenza precedente a quest'ultima aveva seguito la tradizionale interpretazione dei limiti esterni, riportata a pag. 1, così come già enunciata dalle citate Cass. S.U. n. 2667 del 26-3-1997 Rv. 503269-01 e Cass. S.U. n. 9344 del 22-9-1997 Rv 508162-01.

Cass. S.U. n. 2199 del 4-2-2005 aveva affermato che *il vizio di costituzione del giudice si traduce in difetto di giurisdizione solo quando si abbia la mancata, regolare investitura dell'esercizio della giurisdizione per cui solo le alterazioni della struttura qualitativa e quantitativa dell'organo giudicante implicano la violazione dei limiti esterni della giurisdizione*; nella specie, dopo la discussione in camera di consiglio del 15-1-2002, era stato depositato presso la Segreteria del C.diS. il dispositivo della sentenza con pronuncia di rigetto. Il 12-3-2002 era stato invece comunicato al difensore della parte in favore della quale era stato emesso dal Comune di Firenze il provvedimento di aggiudicazione, avviso di fissazione dell'udienza per il 16-4-2002, in occasione della quale detto difensore eccepiva il difetto di giurisdizione del nuovo collegio sostenendo che la causa era già stata decisa ed il C.diS., con sentenza del 22-4-2002, poiché la decisione sull'appello non poteva ancora considerarsi formata mancando la motivazione, e rilevato l'errore materiale, accoglieva l'appello avverso la sentenza del TAR che aveva respinto il ricorso di primo grado ed annullava i provvedimenti impugnati. Con la sentenza in commento la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso; tuttavia già con Cass. S.U. n. 2233 del 5-6-1975 (Rv. 376026-01) era stata anticipata l'ammissibilità dell'impugnazione della sentenza del C.diS. in ragione dell'irregolare composizione del collegio giudicante perché composto da magistrati cui erano conferiti, in contrasto con l'indipendenza del giudice, incarichi

amministrativi. Si era affermato che ciò riguardava il controllo dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa; e con sentenza Cass. S.U. n. 753 del 16-1-2007 è stata rigettata l'impugnazione della sentenza della Adunanza Plenaria C.diS. n. 8 del 24-6-2004 per violazione dei limiti esterni di attribuzione del G.A. sotto il profilo della illegittima costituzione del collegio giudicante, in quanto formato da tre presidenti di sezione, oltre al presidente del collegio, poiché i magistrati che compongono il collegio dovevano essere consiglieri di Stato e non presidenti. Ha affermato la Suprema Corte che *l'irregolarità della composizione del collegio può essere dedotta con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, sussistendo, con riferimento alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, nel caso di *non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti* (Cass. Sez. Un. 11 dicembre 1992 n. 870), quando invece avevano partecipato al Collegio giudicante della Adunanza Plenaria *componenti muniti dello status di magistrati del Consiglio, per i quali non può essere ravvisata una totale carenza di legittimazione*, fattispecie che *non può integrare la dedotta mancanza di giurisdizione del collegio, come tale deducibile con ricorso per cassazione*;

Cass. S.U. n. 1136 del 19-1-2007 aveva affermato che nell'ipotesi in cui *la materia rientri nella competenza del giudice adito, potrà parlarsi -se mai- di una travalicazione dai "limiti interni" della giurisdizione cioè di una "violazione di legge"*. *E' chiaro che in senso ampio o lato ogni errore nella ricostruzione del testo legislativo costituisce una forma di "sconfinamento" del giudice nell'ambito proprio del potere legislativo, ma è altrettanto chiaro che se si dovesse accogliere simile lata accezione del "difetto di giurisdizione" esso verrebbe a coincidere con la violazione di legge e cadrebbe lo stesso specifico regime previsto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. per la Corte dei Conti ed il Consiglio di Stato. Mentre ogni sentenza potrebbe formar oggetto di conflitto di attribuzione tra il Parlamento e il potere giudiziario, con la asserzione che il giudice ha scorrettamente interpretato il testo di legge. E' sufficiente in proposito il richiamo alla ordinanza di queste Sezioni Unite 15 luglio 2003 n. 11091 secondo cui "la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo*

meramente teorico, in quanto postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata, può ipotizzarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto. Nella fattispecie le Sezioni Unite hanno dichiarato inammissibile il ricorso, avverso la sentenza del C.diS. confermativa del rigetto della domanda da parte del TAR Calabria, proposto per pretesa espropriazione dei poteri del legislatore dal candidato escluso dal novero degli eletti al Consiglio regionale della Calabria nelle elezioni del 3 e 4 aprile 2005. Il ricorrente aveva sostenuto che il C.diS. si era sostituito al legislatore avendo esteso il sistema elettorale previsto per la Camera dei Deputati a quello per l'elezione dei Consigli regionali a statuto ordinario. Il caso è particolarmente rilevante, atteso che l'art. 134, lett. b), c.p.a., e prima ancora l'art. 6 della l. 6-12-1971 n. 1034 (in combinato disposto con l'art. 4, 2 comma, l. 23-12-1966 n. 1147), attribuiscono al G.A. giurisdizione estesa al merito avverso gli atti e le operazioni in materia elettorale, ex art. 126 c.p.a.).

Il principio affermato dalle richiamate Sezioni Unite 15 luglio 2003 n. 11091 è stato confermato da Cass. S.U. ord. n. 2068 del 28-1-2011, massimato con Rv. 616162-01 (cfr. Cass. n. 21748 del 16-10-2007 sul "caso Englaro"); ha affermato Cass. S.U. n. 10503 del 25-6-2012, riguardo al difetto di giurisdizione del C.diS. per invasione nella sfera di attribuzione della P.A. (cioè nel merito - nella discrezionalità - dell'azione amministrativa), che tale vizio sussiste quando la valutazione del C.diS. *sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce 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'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa* (Cass. S.U. n. 9443 del 28-4-2011; n. 16165 del 25-7-2011; n. 2312 del 17 febbraio 2012; n. 28263

del 2005). Nella specie si era trattato di un caso di responsabilità per fatto illecito della P.A. ex art. 2043 c.c. a seguito dell'illegitimo fermo amministrativo sulla base dell'art. 69 r.d. n. 2440 del 1923, di somme del contribuente per pretesa evasione dell'IVA dopo che erano stati accolti i gravami contro il fermo amministrativo e gli atti conseguenti. Il C.diS. aveva affermato il principio che la condotta dell'amministrazione non poteva valutarsi secondo la prassi e la giurisprudenza del tempo, favorevole alla Amministrazione, bensì secondo la giurisprudenza attuale: le Sezioni Unite hanno rigettato il ricorso avverso la sentenza del C.diS. che aveva ritenuto sussistere la responsabilità per fatto illecito della P.A.. Trattandosi pur sempre di diritto soggettivo (non però attratto nella sfera della giurisdizione esclusiva²⁰⁸) poiché oggetto del giudizio era il risarcimento del danno, il sindacato del G.A. non poteva entrare nel merito e le Sezioni Unite hanno altresì affermato che *nell'ambito delle attribuzioni giurisdizionali di legittimità del giudice amministrativo, rientra il potere di sindacare la rispondenza del provvedimento impugnato alla normativa riguardante la materia, previa interpretazione delle leggi e degli atti amministrativi ad essa inerenti* (Cass. S.U. n. 11023 del 10-6-2004; S.U. n. 7350/1998, S.U. n. 313/1997; S.U. n. 3182/89).

La giurisdizione generale di legittimità, come è noto, ha per oggetto i vizi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (art. 29 c.p.a.), ovvero i vizi che danno vita alla annullabilità del provvedimento amministrativo (art. 21 octies l. 7-8-1990 n. 241), e si arresta al profilo formale dell'atto, ivi però compreso *il potere di sindacare la rispondenza del provvedimento impugnato alla normativa riguardante la materia* (Cass. da ult. cit.).

²⁰⁸ Oggi il concetto è espresso dall'art. 7, comma quarto, c.p.a., secondo cui le controversie relative al risarcimento del danno per lesioni degli interessi legittimi e quelle relative agli altri diritti patrimoniali consequenziali (risarcimento del danno), pure se introdotte in via autonoma, e che non siano state nominativamente e singolarmente individuate nell'art. 133 c.p.c., restano attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del G.A. (art. 7, comma quinto, c.p.a.). Ma, come si è detto, anche la giurisdizione esclusiva del G.A. non si estende al merito dell'azione amministrativa. Poiché il risarcimento del danno presuppone il diritto soggettivo del danneggiato ad essere risarcito della perdita patrimoniale (e non) subita (a prescindere da quale posizione sia stata violata, se di interesse legittimo o già di diritto soggettivo), ci si potrebbe chiedere cosa cambia, a parte la denominazione, tra la giurisdizione di legittimità per lesione dell'interesse legittimo e degli altri diritti patrimoniali consequenziali (art. 7, commi 4 e 5, c.p.a.), e la giurisdizione esclusiva (art. 7, comma 5, c.p.a.). Già l'art. 7, 4 comma, l. 21-7-2000 n. 205, proprio sulla scia di Cass. n. 500/1999 (che però l'aveva configurata nel paradigma dell'art. 2043 c.c. da esaminarsi dal G.O.), aveva attribuito alla giurisdizione (senza distinzione di sorta) del G.A. le questioni relative al risarcimento del danno ed agli altri diritti patrimoniali consequenziali (e prima ancora di Cass. n. 500/1999 lo aveva previsto l'art. 35, ult. comma, d.lgs. 31-3-1998 n. 80, qui però sembrando privilegiare a tal fine esclusivamente la giurisdizione esclusiva). Su questa importante questione, come è noto, sono intervenute Corte Cost n. 204 del 2004 e Corte Cost. n. 281 del 2004, in virtù delle quali, può concludersi, l'attribuzione al G.A. del potere di disporre il risarcimento del danno non è una nuova materia a tale Giudice devoluta, bensì *uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* (Corte Cost n. 204 del 2004).

Quindi, se il canone della effettività della tutela giurisdizionale, compreso il profilo di rendere effettivo il primato del diritto comunitario ed europeo, può dirsi, nel primo decennio del nuovo secolo, definitivamente acquisito al patrimonio del nostro sistema giuridico, occorre capirne meglio il fondamento. Esso risiede nell'art. 24 Cost., *il quale richiede che il giudice cui è affidata la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione sia munito di adeguati poteri* (Cass. S.U. n. 30254 del 2008) ed anche perché *a ciascuno spettadi scegliere di quale avvalersi, tra le diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento, per reagire al fatto che l'interesse sostanziale della parte, protetto dall'ordinamento, sia rimasto insoddisfatto* (Cass. S.U. n. 30254 del 2008); nell'art. 113, 1 e 2 comma, Cost., per cui *la tutela giurisdizionale.... contro gli atti della pubblica amministrazione.... non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti* (Cass. S.U. n. 30254 del 2008); e nell'art. 111, 1 comma, Cost., per cui *rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo.... la abbia concretamente erogata rispettandone il contenuto essenziale* (Cass. 2403 del 2014). Ma il canone della effettività è pure ribadito dagli artt. 1 e 7, penult. comma, c.p.a. (tali potendosi leggere non soltanto con riferimento ai limiti interni della giurisdizione amministrativa).

I fatti giuridici che hanno costituito da terreno fertile per l'insorgere di questa interpretazione, sono stati i seguenti.

Il primo risale alla sentenza S.U. n. 500 del 22-7-1999, con cui la Suprema Corte ha riconosciuto la risarcibilità del danno derivante dalla violazione di interesse legittimo nell'esercizio illegittimo della funzione pubblica. E' evidente che tale risarcibilità può e deve essere chiesta in via autonoma (oggi art. 30, 1 comma, c.p.a.) senza alcuna pregiudizialità oltre condizione o presupposto che ne possano posticipare o impedire la fruizione, in difetto venendo ad essere leso il principio della effettività della tutela giurisdizionale.

Il secondo è dato dalla modifica dell'art. 111 Cost. tramite l'art. 1 della l. cost. 23-11-1999 n. 2, che ha introdotto il principio del giusto processo (una reazione nel processo

amministrativo tuttavia in parte c'è stata, introducendosi, più che nel processo civile, correttivi: si pensi agli artt. 9 - difetto del rilievo di ufficio della giurisdizione in appello-, 71bis, 72, 74, 85, 87, 3 comma, 105, 2 comma, 119, c.p.a.). Il processo deve dunque arrivare ad un punto conclusivo e va salvaguardata la certezza del risultato utile conseguito dalla parte ricorrente in giudizio.

Il terzo è il meccanismo della interposizione di cui all'art. 117, 1 comma, Cost., come introdotto dalla l. cost. 18-10-2001 n. 3.

Riguardo ai vincoli comunitari di cui all'art. 117, 1 comma, Cost. vale richiamare il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex Trattato CE, Roma 25-3-1957, modificato da ultimo dal Trattato di Lisbona ratificato con l. 2-8-2008 n. 130 entrato in vigore dal 1-12-2009. Gli obblighi internazionali dell'Italia (tra cui le norme della Convenzione E.D.U., ratificata e posta in esecuzione con la l. 4-8-1955 n. 848, e le pronunce di interpretazione ed applicazione di dette norme da parte della Corte di Strasburgo in detta convenzione prevista), si collocano nella gerarchia delle fonti in posizione intermedia, tra la Costituzione e la legge ordinaria, in modo da costituire parametro normativo. Ne consegue l'obbligo di conformarsi ad esse, pena altrimenti la violazione della norma costituzionale dell'art. 117, che ne ha previsto l'obbligatorietà (cd. interposizione).

Sui vincoli comunitari c'è da aggiungere che le decisioni della Corte di giustizia emesse in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea vincolano il giudice nazionale, che ha l'obbligo di conformarvisi e che la sovraordinazione della Corte di Giustizia si giustifica con i vincoli che in virtù degli artt. 11 e 117 Cost. gravano sull'Italia a seguito della ratifica del Trattato U.E. (Cass. Sez. 1, Cass. Sez. 1, n. 12317 del 15-6-2015, Rv. 635752-01 e Rv 635753-01).

Si aggiunga una maturata riflessione da parte della Suprema Corte circa il proprio ruolo: *la verifica rientra nei poteri delle Sezioni unite perché esse sono richieste di pronunciarsi su un ricorso per cassazione e quindi spetta loro individuare prima di ogni altra cosa se la sentenza impugnata presenti il capo che si assume viziato Primo e necessario interprete della norma è la stessa Corte, chiamata a conformare l'esercizio del suo potere*

giurisdizionale in questo campo sul significato che all'espressione deve essere riconosciuto (Cass. S.U. 30254 del 2008).

Va ancora aggiunta la evoluzione dell'ordinamento in ordine ai seguenti fattori: il rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno; l'estensione ai diritti consequenziali d'ogni forma di tutela pertinente alla giurisdizione del giudice amministrativo; la coeva progressiva espansione della giurisdizione esclusiva (rispetto alle nove ipotesi regolate dall'art. 29 T.U. 22 giugno 1924, n. 1054); il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; l'emersione, come corollario del principio di effettività, della regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia (Cass. S.U. 30254 del 2008).

Si pensi, al riguardo, alla questione del giudizio di ottemperanza per dare esecuzione al decreto con cui è accolto il ricorso straordinario al Capo dello Stato: ancora con sentenza n. 15978 del 18-12-2001 le Sezioni Unite avevano dichiarato il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, escludendo che i ricorsi straordinari al Capo dello Stato avessero natura giurisdizionale, invece che quella, ritenuta, amministrativa, generando all'esito un atto amministrativo (il decreto presidenziale), ed essendo rimedio di carattere amministrativo, sicché non era configurabile il ricorso giurisdizionale in sede di ottemperanza (conforme Cass. S.U. n. 14858 del 15-6-2017, in fattispecie anteriore alla l. 18-6-2009 n. 69). Poi con sentenza n. 2065 del 28-1-2011 (Rv. 616021-01) le Sezioni Unite hanno affermato l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione al decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato e, nella fattispecie, anche con riferimento al decreto del Presidente della Regione Siciliana, in questo caso preceduto dal parere obbligatorio delle Sezioni riunite del C.G.A.R.S., che aveva accolto il ricorso straordinario (ex art. 9 d.lgs. 24-12-2003 n. 373, in attuazione dell'art. 23 r.d.lgs. 15-5-1946 n. 455 di approvazione dello Statuto della Regione Siciliana, conv. nella legge Cost. 26-2-1948 n.2). La Suprema Corte è pervenuta a tale decisione soprattutto a seguito della sopraggiunta l. 18-6-2009 n. 69, che all'art. 69, modificativo dell'art. 13, 1 comma, del d.P.R. 24-11-1971 n. 1199 (sui ricorsi amministrativi), ha previsto che il C.diS., che deve

esprime il parere, possa sollevare incidente di costituzionalità, ed ha stabilito, allo stesso art. 69, questa volta a modifica dell'art. 14, 1 comma, del d.P.R. 24-11-1971 n. 1199, la vincolatività, per la proposta da redigersi dal Ministro competente, del parere reso dal C.diS.. Ragionamento cui è da aggiungersi la norma dell'art. 112, lett. b), c.p.a., che prevede "sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo". La Suprema Corte ha qui definito, a seguito della suddetta "evoluzione del sistema normativo", il decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato come provvedimento "non formalmente giurisdizionale" ma "suscettibile di tutela mediante il giudizio di ottemperanza"²⁰⁹. Se l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione o sconfinamento nella sfera riservata al legislatore o alla amministrazione attiva, comporta da parte della Suprema Corte una pronuncia di cassazione della sentenza impugnata per difetto di giurisdizione; se l'eccesso di potere giurisdizionale per errata distinzione tra G.O. e Giudice speciale o tra Giudici speciali, comporta una pronuncia di cassazione della sentenza impugnata per affermazione del Giudice cui è attribuita la potestà decisoria, con onere di riassumere il processo davanti al Giudice così indicato; invece il caso del cd. arretramento, ovvero di diniego di giurisdizione sull'erroneo presupposto che non vi è giurisdizione del Giudice che ha pronunciato, alle estreme conseguenze del canone della effettività della tutela giurisdizionale, deve comportare da parte delle Sezioni Unite la cassazione della sentenza impugnata con il rinvio del processo al medesimo Giudice per un nuovo esame. L'ipotesi è configurabile secondo la strutturazione delle norme degli artt. 105, primo comma, c.p.a. e 353 c.p.c., causa la violazione di legge sulla giurisdizione, e dunque non per

²⁰⁹ *L'evoluzione del sistema ... deve trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata -come s'è visto- sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (dovendosi dunque riconoscere carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativo e dovendosi ammettere il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere; al riguardo, la dottrina parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del d.lgs. n. 373 del 2003 che contrastino con le previsioni introdotte dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009). Da ciò discende l'applicazione, nella controversia in esame, della regola juris secondo cui il giudizio di ottemperanza è ben ammissibile in relazione al decreto del Presidente della Regione, che abbia accolto il ricorso straordinario; così Cass. S.U. n. 2065 del 2011 (nella specie era stata impugnata davanti alla Corte di Cassazione la decisione del C.G.A.R.S. che, adito per l'ottemperanza del decreto del Presidente della Regione di riconoscimento di diritti di pubblico impiego di una dipendente del Comune di Palermo, aveva accolto il ricorso dell'interessata nominando il Segretario Generale del Comune di Palermo per l'adozione degli incumbenti necessari all'esecuzione del decreto presidenziale; le Sezioni Unite hanno respinto il ricorso del Comune di Palermo).*

nomofilachia (ex artt. 384 c.p.c.²¹⁰). Il caso è quello di Cass. S.U. n. 2242 del 6-2-2015, affermativa che *il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111, ult. comma, Cost. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso di cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia.*

Nella specie era accaduto che la seconda e terza ditta (nella forma dell'A.T.I.) classificata nella procedura di aggiudicazione del servizio di gestione dei rifiuti urbani di Brindisi, avevano impugnato davanti al TAR Puglia la propria esclusione sostenendo che doveva essere esclusa per mancanza di requisiti anche la ditta prima classificata. Questa, a sua volta, con ricorso incidentale aveva sostenuto l'esclusione dalla gara di aggiudicazione delle ditte concorrenti. Immutate, per quello che qui rileva, erano le posizioni in appello, avendo proposto una delle ditte non aggiudicatarie appello principale e la ditta aggiudicataria appello incidentale. Il C.diS. con la sentenza, depositata il 12-2-2013, poi impugnata davanti alla Cassazione, facendo applicazione del principio affermato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio n. 4 del 7-4-2011 -secondo cui il ricorso incidentale volto a contestare la legittimazione del ricorrente principale ad essere ammesso alla procedura di gara, deve essere esaminato prioritariamente ad ogni altra censura-, aveva accolto l'appello incidentale della ditta aggiudicataria. Nel frattempo tuttavia la Corte di Giustizia europea con sentenza del 4-7-2013 (causa C-100/12, Fastweb-Telecom) aveva affermato che l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21-12-1989, modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Consiglio dell'11-12-2007, doveva interpretarsi nel senso che gli opposti ricorsi, con cui rispettivamente si sostiene l'esclusione dell'offerta della ditta concorrente, debbono essere entrambi esaminati. Infatti l'ammissibilità del ricorso principale sussiste

210 Benché si presti ad esservi erroneamente confuso (e non diventa un terzo grado di giudizio).

indipendentemente dalla fondatezza del ricorso incidentale, atteso che entrambi i ricorsi allegavano allo stesso modo l'interesse legittimo all'esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto dell'offerta dell'altrui ditta concorrente. Nell'interpretazione seguita dalla sentenza del C.diS. impugnata, l'interesse legittimo della ricorrente principale degradava infatti a interesse di mero fatto stante l'immediato accoglimento del ricorso incidentale. Era poi seguita una nuova decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio, n. 9 del 25-2-2014, secondo cui nel caso il ricorrente incidentale sostenga il medesimo motivo escludente dalla gara proposto dal ricorso principale, viene meno la prioritaria considerazione della resistenza dell'aggiudicatario. In tal modo le posizioni delle parti, ricorrente incidentale e ricorrente principale, poiché allegavano i medesimi vizi, sarebbero risultate *automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente*; infatti tali vizi integravano *il requisito di simmetria escludente*, collocandosi *in una relazione di corrispondenza biunivoca* ed imponevano *l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale*, senza dunque -come invece aveva fatto la sentenza impugnata- prioritariamente accogliere il ricorso incidentale ancora prima di esaminare il ricorso principale. La Suprema Corte, con la sentenza in commento (n. 2242 del 2015), ha pronunciato il suddetto principio, motivando che la sentenza impugnata era incorsa in errore alla luce dell'art. 1 c.p.a., per cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo (si cita anche l'art. 44 della legge delega n. 69 del 2009); che in virtù dell'interpretazione della Corte di giustizia, seguita dalla Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, la direttiva europea, nella materia delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori, poiché era *incompatibile con i limiti all'esercizio della giurisdizione che il GA aveva in precedenza fissato*; che *quello del quale si discute è proprio uno di quei "casi estremi" ai quali fa riferimento la più volte citata Cass. S.U. n. 2403 del 2014, in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia*; che infine dovevasi salvaguardare l'interesse *di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima*

istanza per violazione del diritto comunitario. La Suprema Corte ha quindi cassato la sentenza impugnata con rinvio al Consiglio di Stato in diversa composizione.

Questo schema è possibile (cassazione con rinvio) perché, trattandosi di eccesso (piuttosto che difetto) di potere (giurisdizionale), il C.diS. è pur sempre munito di “*potestas iudicandi*” e la motivazione della cassazione della sentenza dallo stesso emessa consiste, soltanto, nella *errata estensione dell’esercizio della giurisdizione stessa* (Cass. S.U. n. 2312 del 17-2-2012; anche in questa fattispecie la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza del C.diS. per sconfinamento nella sfera della valutazione discrezionale della P.A.).

3. La sentenza n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale

Nel solco di questa giurisprudenza di legittimità, è dunque arrivata Cass. S.U. ord. n. 6891 del 8-4-2016 (n. 107 ordinanza - atto di promovimento 8-4-2016 nella registrazione della Corte Costituzionale).

Si discuteva nella fattispecie del diritto di alcuni medici, a quel momento esercenti la libera professione, i quali avevano svolto, in regime universitario e post- universitario, attività medico assistenziale presso l’ospedale Universitario di Napoli nel periodo dal 1981 al 1988; avevano pertanto chiesto al TAR di Napoli che quel periodo lavorativo fosse qualificato come rapporto di pubblico impiego di fatto e quindi concessa la copertura previdenziale dovuta per i dipendenti pubblici per tale periodo.

Con sentenza del 23-6-2009 n. 3452 il TAR Napoli aveva dichiarato inammissibili i ricorsi ai sensi dell’art. 69, comma 7, d.lgs. 30-3-2001 n. 165, perché le domande erano state proposte dopo il 15-9-2000: trattandosi di diritti riguardanti il periodo di lavoro anteriore al 30-6-1988, che è devoluto alla cognizione della giurisdizione esclusiva del G.A., le domande si sarebbero dovute invece proporre per la suddetta norma prima del 15-9-2000.

Recita infatti l’art. 69, d.lgs. 30-3-2001 n. 165 (già art. 45, comma 17, d.lgs. 30-3-1998 n. 80): *sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all’art. 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione*

esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

Il C.diS. con sentenza 30-7-2013 n. 4001 aveva rigettato l'impugnazione proposta dai medici ricorrenti.

Nelle more del termine lungo di impugnazione (allora ancora un anno, oggi 6 mesi ex art. 92, comma 3, c.p.a.), altri medici che si trovavano nelle stesse condizioni, avevano esperito ricorso alla C.E.D.U. proprio sul punto dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30-3-2001 n. 165. La C.E.D.U., con due separate sentenze del 4-2-2014 (Mottola ed altri c. Italia, proc. n. 29932/07 e Staibano ed altri c. Italia, proc. n. 29907/07), aveva ritenuto che la norma decadenziale avesse posto un ostacolo procedurale al diritto reclamato dagli istanti che si traduceva nella sostanziale negazione dello stesso; ciò era reso possibile perché, dopo un primo orientamento giurisprudenziale, secondo cui i ricorsi relativi al periodo di tempo anteriore al 30-6-1998 che fossero stati proposti dopo la data del 15-9-2000 avrebbero potuto essere proposti al G.O. (e non più al G.A.), la giurisprudenza italiana si era definitivamente orientata nel senso che il ricorso relativo al periodo di tempo anteriore al 30-6-1998, e dunque devoluto al G.A., se proposto dopo il 15-9-2000, non poteva più essere reiterato davanti al G.O. con conseguente difetto assoluto di giurisdizione e perdita del diritto degli istanti.

Il ricorso dei medici alla Corte di Cassazione, avverso la sentenza del C.diS. 30-7-2013 n. 4001, poteva quindi anche dedurre in tempo, sulla base delle sentenze C.E.D.U., la violazione dell'art. 6 della Convenzione, che sancisce il diritto alla tutela giurisdizionale, proponendo nel contempo eccezione di incostituzionalità.

Con la ordinanza n. 107 dell'8-4-2016 le Sezioni Unite, in virtù delle suddette premesse, sollevavano questione di incostituzionalità *dell'art. 69, c. 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 in relazione all'art. 117, c. 1. della Costituzione, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.* Motivava la Suprema Corte che *quanto al confine oltre il quale non può*

spingersi il sindacato alle Sezioni Unite sull'esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, è andata affermandosi una nozione di <<limite esterno>> collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il diritto a tale tutela, secondo tale visione, non è costituito dalla possibilità non solo di accedere in senso formale alla giurisdizione mediante il diritto all'azione, ma anche dalla possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale, esercitata secondo canoni del giusto processo. In quest'ambito, il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.

Hanno quindi conclusivamente ritenuto le Sezioni Unite che poiché la causa era stata instaurata davanti al G.A., e per poter decidere se il C.diS. avesse bene esercitato la giurisdizione, occorreva risolvere la questione della rispondenza dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30-3-2001 n. 165 alla norma costituzionale dell'art. 117, 1 comma, Cost., e ciò doveva, sollevato il dubbio di costituzionalità, essere fatto soltanto dalla Corte Costituzionale (art. 134 Cost.); la questione era pertanto nella fattispecie rilevante. Inoltre, tenuto conto che oramai sia per la giurisprudenza della Corte di cassazione che del C.diS. (Cass. S.U. 30-1-2003 n. 1511 e 3-5-2005 n. 9101; Ad. Pl. 21-2-2007 n. 4), la scadenza del termine decadenziale dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30-3-2001 n. 165 comportava *la radicale impossibilità di far valere il diritto dinanzi ad un giudice*, sussistendo quindi contrasto con l'art. 6 C.E.D.U., così come interpretato dalla Corte E.D.U. con le sentenze Mottola e Staibano. Secondo tale interpretazione *la legge italiana, nel fissare la decadenza prevista dal richiamato art. 69, c. 7, pone un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed esclude un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco*; da cui anche la non manifesta infondatezza della questione

Le Sezioni Unite, va detto, con l'ordinanza in commento, pur essendosi rifatta al concetto di effettività della tutela giurisdizionale, di cui ha colto l'aspetto dinamico perché frutto della

evoluzione normativa e giurisprudenziale, si è ben guardata dal decidere direttamente la controversia affermando il difetto di giurisdizione del G.A. (e la sussistenza della giurisdizione del G.O.) con diretta applicazione dell'art. 6 C.E.D.U. per come interpretato ed applicato dalla Corte E.D.U. nelle sentenze Mottola e Staibano, ma ha prudentemente sollecitato l'intervento della corte Costituzionale. Del resto la necessità della questione deriva anche dal fatto che la Corte Costituzionale ha deciso (sentenza n. 6 del 18-1-2018) riunendo nello stesso giudizio le ordinanze del TAR Campania n. 218 del 2016 di non manifesta infondatezza dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui non consente di proporre al G.O. dopo il 15-9-2000 senza incorrere in decadenza le domande per fatti del pubblico impiego anteriori al 30-6-1998, e del TAR di Roma n. 260 del 2016 di non manifesta infondatezza dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede che le cause per fatti del pubblico impiego anteriori al 30-6-1998 restino devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. solo se proposte a pena di decadenza prima del 15-9-2000. Vertendosi qui dell'esame del sindacato della Corte di cassazione sulla sentenza del G.A., le fattispecie relative a queste due ultime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale non sono rilevanti.

In accoglimento della eccezione sollevata dall'INPS, costituita nel giudizio di costituzionalità, l'Alta Corte (sentenza n. 6 del 18-1-2018), nei giudizi riuniti, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30-3-2001 n. 165, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., sollevata dalle Sezioni Unite ²¹¹. Ciò perché *la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera o lo spirito della norma costituzionale. E' pertanto inammissibile una interpretazione della suddetta norma costituzionale che, così come seguendosi la tesi in*

²¹¹ Ha nel contempo (capo sub 2 del dispositivo) dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma di legge, sollevata dal TAR Campania ed ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della medesima norma, sempre con riferimento all'art. 117, primo comma Cost., sollevata dal TAR Lazio (in questo caso entrando nel merito della questione, avendo anche affermato la Alta Corte, con riferimento a tale ultimo caso di rimessione, che l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001 *fissa un termine ispirato ad una finalità legittima e (più che) ragionevole, il che, evidentemente, esclude anche la sua illegittimità costituzionale.*

commento, determina la assimilazione tra il generale ricorso alla Corte di cassazione per violazione di legge (funzione di nomofilachia) ed il ricorso alla Corte di cassazione come regolatore della giurisdizione.

Si ricorderà al riguardo quando sopra già evidenziato: il generale ricorso per violazione di legge, che comporta la funzione di nomofilachia, spiegata dagli artt. 360, nn. 2), 3), 4), 5), e 384 c.p.c., previsto dall'art. 111, commi 6 e 7 Cost. (è la motivazione della sentenza impugnata che diventa l'oggetto su cui si esercita la funzione di nomofilachia), è diversa e distinta dalla funzione della Cassazione come regolatore della giurisdizione, prevista dalla Costituzione all'art. 111 comma 8 e comma 7 (in quest'ultimo caso per i giudici speciali salvaguardati dall'opera di revisione di cui alla disposizione VI Cost.). Infatti, anche nel caso di ricorso per questione di giurisdizione alla Suprema Corte viene in rilievo la violazione di legge, che è però qui violazione della legge sulla giurisdizione, come si evince, per gli altri giudici speciali (rispetto al C.diS. ed alla C.d.C.), dal combinato disposto degli artt. 102, 1 comma, 111, 7 e 8 commi, Cost. e art. VI disp. trans. e finali Cost.)²¹². E pertanto qui si discute di violazione di legge in un ambito normativo che non è quello, più esteso, perché relativo all'applicazione della norma di legge sostanziale, dell'art. 360 c.p.c..

Per l'Alta Corte, appunto, la Costituzione mantiene ferma la contrapposizione tra i due mezzi di ricorso alla Suprema Corte; può infatti dirsi che è evidente, in questa affermazione di principio, che il ricorso per eccesso giurisdizionale che non rimane circoscritto alla violazione della legge sulla giurisdizione, sconfinando nel generale ricorso per violazione di legge (errore in procedendo o in iudicando), venendo meno -cosa più importante- *la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni*.

A tal fine la sentenza della Corte costituzionale richiama la propria precedente sentenza n. 204 del 2004: l'unità funzionale delle giurisdizioni non vuol dire unità organica, ma solo il fatto che alla Corte di Cassazione, organo di vertice della giurisdizione ordinaria (art. 102 c.p.c.), è affidato il ruolo di verifica e controllo dei limiti della giurisdizione (del resto, la funzione di nomofilachia del G.A. è affidata, in ossequio a tale principio, dall'art. 99 c.p.a. alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato); in tal modo la Costituzione prevede,

²¹² Giudice speciali (diversi dal C.diS. e dalla C.d.C. che sono stati costituzionalizzati) in quanto già esistenti al momento della approvazione della Costituzione e mantenuti dal legislatore all'esito della revisione (che non vuol dire necessariamente soppressione, si pensi alle Commissioni Tributarie).

conformemente all'assetto precostituzionale, [] che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi -quindi- con l'esclusione della <<sovrapposizione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione>> e la sua limitazione <<al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "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" (qui l'alta Corte cita le affermazioni del costituzionalista Costantino Mortati nella seduta pomeridiana della Assemblea Costituente del 27-11-1947). Si cita poi la propria precedente sentenza n. 77 del 2007, secondo cui <<il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione>>.

A queste conclusioni Corte costituzionale n. 6 del 2018 giunge analizzando le opposte interpretazioni per come affermate dalle Sezioni Unite: per la prima, ritenuta maggioritaria, <<il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno di essa>>, conseguendone che laddove si sia fuori delle pronunce <<che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego)>>, non è consentito sostenere davanti alla Corte di cassazione che <<il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite>> (si citano Cass. S.U. n. 13976 del 6-6-2017, Cass. S.U. n. 21617 del 19-9-2017, Cass. S.U. n. 8117 del 29-3-2017).

La sentenza n.6 del 2018 valuta quindi che *l'opposto filone giurisprudenziale, del resto, argomenta la sua tesi sulla base di considerazioni che sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione*, quali: l'unità funzionale della giurisdizione, perché unità funzionale non significa unità organica degli organi giurisdizionali; effettività della tutela giurisdizionale e giusto processo, perché spetta a ciascun organo giurisdizionale garantire detti principi, nella sede propria di ciascuna giurisdizione e *non in sede di controllo sulla giurisdizione*; l'aumento normativo *delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, poiché esse, come è noto, sono state da questa Corte contenute nei limiti tracciati dalla Costituzione (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004)*; infatti, che le sentenze del G.A. anche in materia di giurisdizione esclusiva siano sottratte al controllo di legittimità (funzione di nomofilachia) della Corte di Cassazione, è previsto dalla Costituzione ²¹³, per effetto della norma dell'art. 111, ult. comma, che non distingue tra sentenze del C.di.S. pronunciate nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità e sentenze del C.diS. in sede di giurisdizione esclusiva; violazioni di norme del diritto europeo, *non essendo peraltro chiaro - nella giurisprudenza di questo filone giurisprudenziale - se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo*; anche in questo caso, comunque, si farebbe entrare nel controllo della giurisdizione della Corte di Cassazione, un motivo di censura che è invece di legittimità (errores in procedendo o in iudicando, oggetto della funzione di nomofilachia attribuita invece alla Adunanza Plenaria del C.diS. ai sensi degli artt. 100, 1 comma, 103, 1 comma, 111, ult. comma, Cost., e 99 c.p.a.); la violazione del diritto europeo perché sia sopravvenuta, dopo la pronuncia del Giudice nazionale cui è attribuita la giurisdizione, una sentenza di contrario avviso emessa dalla Corte di Giustizia Europea o dalla C.E.D.U., *deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017)*. Conclusivamente afferma l'Alta Corte che *l'«eccesso di potere giudiziario» [...] 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*

²¹³ Si cita ancora Corte costituzionale n. 204 del 2004.

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 materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. Secondo l'Alta Corte non sono ammesse soluzioni intermedie, come quella proposta nell'ordinanza di rimessione, e va esclusa ogni lettura estensiva dell'eccesso di potere giurisdizionale; questo non può ricomprendere, poiché non è possibile che per stabilirne la configurabilità si dia importanza al dato qualitativo della gravità del vizio, l'impugnazione per difetto di giurisdizione del G.A. di sentenze "abnormi" o "anomale" o conseguenti ad uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento". Una tale ammissione è incompatibile con il riparto delle attribuzioni di ciascun plesso giurisdizionale, risulterebbe incerta nel concreto, frutto di momentanee considerazioni e soltanto soggettivamente definite. Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.

Sulla base di tanto, l'Alta Corte ha ritenuto l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale perché questa non è come tale rilevante, non essendo il giudice a quo legittimato a proporla (perché non integra questione di costituzionalità).

CAPITOLO II

Evoluzione giurisprudenziale dei limiti esterni dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018.

1. Adeguamento della giurisprudenza alla pronuncia della Consulta

Nonostante dunque i tentativi di superare la tradizionale concezione di limiti esterni della giurisdizione amministrativa, sembra prevalente nella giurisprudenza di legittimità il principio che i motivi inerenti alla giurisdizione, in relazione ai quali è ammesso ricorso in Cassazione, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost., sono limitati a specifiche ipotesi, ormai individuate e circoscritte. Dopo essersi espressa l'Alta Corte, sembra per lo più abbandonato dalla giurisprudenza il tentativo di includere nella nozione di limite esterno il canone dell'effettività più volte citato, nonché l'accezione di giurisdizione in senso dinamico.

E' un esempio Cass. S.U. 20 marzo 2019, n. 7926. Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso inammissibile, in quanto poneva all'esame *la questione relativa alla possibilità di configurare un concetto più ampio di giurisdizione, che consentirebbe a queste Sezioni Unite di sindacare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano "i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelle che stabiliscono "le forme di tutela" attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, nei casi nei quali la violazione delle stesse comporta un diniego di giustizia, evocandosi, in sostanza il concetto di giurisdizione, c.d. "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), secondo cui, in sintesi, risulterebbe sindacabile anche la violazione di legge (sostanziale e/o processuale) in relazione alla giurisdizione, qualora sia conseguenza di un'interpretazione "abnorme o anomala" (Cass., sez. un., 20\05\2016, n. 10501), ovvero di uno "stravolgimento" (Cass., Sez. Un., 17\01\2017, n. 956) "delle norme di riferimento" (di rito o di merito, Cass., Sez., Un., 17\01\17, n. 956 e 953).*

Suddetta sentenza ricorda quali sono stati i fattori fondamentali, già citati, che hanno contribuito alla nascita ed evoluzione del canone di effettività della tutela: *la primazia del diritto comunitario; il giusto processo; il principio di effettività della tutela; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva* (Cass., Sez. Un., 23\12\2008, n. 30254; v. anche in motivazione le seguenti pronunce Cass., Sez. civ., 6\02\2015, n. 2242; Cass., Sez. Un., 7\04\2017, n. 8056; Cass., Sez. Un., 13\05\2013, n. 11345; Cass., Sez. Un., 29\12\2017, n. 31226).

Nel caso di specie, in tema di rilascio di autorizzazione amministrativa, la ricorrente (Meccariello Euroservice S.r.l) aveva proposto ricorso alle Sezioni Unite impugnando la sentenza del Consiglio di Stato che aveva accolto l'appello dell'Amministrazione resistente (Ministero dello Sviluppo Economico), la quale aveva lamentato la mancata rilevazione nel corso del giudizio del difetto di competenza territoriale del Tar adito ovvero il Tar Campania-Napoli. Il Consiglio di Stato aveva accolto l'eccezione di incompetenza eccepita dal MISE, rilevando che il Tar Campania (con sentenza depositata il 23 aprile 2010) *avesse dato erroneamente per acquisito* che gli atti impugnati avevano prodotto i loro effetti solo *nel perimetro territoriale della Regione Campania*. Il d.lgs. 2-7-2010, n. 104, c.p.a. (entrato in vigore il 16-9-2010, quindi certamente dopo l'instaurazione del processo di primo grado), all'articolo 13 (rubricato competenza territoriale inderogabile), 2 comma, disciplina i tre criteri generali di riparto della competenza fra i Tar ovvero, criterio della sede dell'organo, efficacia dell'atto e foro del pubblico impiego.

Il Consiglio di Stato aveva quindi annullato la sentenza impugnata per rilevata competenza territoriale del TAR Lazio, sede di Roma, Tribunale dinanzi al quale doveva essere riassunto il giudizio nel termine di sessanta giorni ai sensi dell'articolo 16, d.lgs. 2-7-2010, n. 104 c.p.a.. Avverso suddetta pronuncia, la parte ricorrente (Meccariello Euroservice S.r.l) aveva proposto ricorso per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, sostenendo che il Consiglio di Stato sarebbe *incorso in un vizio di diniego di giustizia*, in quanto non avrebbe considerato l'inapplicabilità, "ratione temporis", dell'articolo 16 c.p.a..

Aveva infatti rilevato la parte ricorrente che il Giudice Amministrativo, annullando la decisione impugnata, avrebbe *determinato un radicale stravolgimento delle norme processuali finendo per applicare, al caso concreto, una norma creata ad hoc dal giudice speciale* e quindi violato i limiti esterni della giurisdizione. Il decreto direttoriale MISE impugnato era del 17-5-2007 e il processo era cominciato prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e non era possibile applicare gli articoli 15, 1 comma, e 16 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 c.p.a., non prevedendo questo, tra l'altro, una disciplina circa la successione delle norme processuali nel tempo ed essendo quindi applicabile la precedente disciplina ovvero la legge 13-12-1971, n. 1034, in particolare l'art. 31, commi 1, 2 e 9.

Per risolvere la questione le Sezioni Unite hanno richiamato la sentenza n. 6 del 2018, secondo cui *la concezione c.d. dinamica o evolutiva della giurisdizione, nella misura in cui riconduce ipotesi di errores in iudicando o in procedendo ai motivi inerenti alla giurisdizione e comporta "una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso" previsti rispettivamente dal settimo e dall'ottavo comma dell'articolo 111 Cost., "non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale" e, in una prospettiva di sistema, mette in discussione la scelta di fondo dei costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni.*

Hanno aggiunto le Sezioni Unite: *in coerenza con la concezione dell'eccesso di potere giurisdizionale esplicitata di recente dalla Consulta e, comunque, già accolta da queste Sezioni Unite, queste ultime hanno già avuto modo di escludere che lo stesso sia integrato da un tale errore, anche quando, ad esempio, abbia dato luogo ad una pronuncia di inammissibilità della domanda derivante dall'applicazione di norme processuali ritenute ostantive della stessa (Cass. sez. un., 27\06\2003, n. 10287), o abbia condotto a negare l'esistenza di condizioni dell'azione (Cass. Sez. Un., 14\01\2015, n. 475) o sia consistito nel mancato esame di una questione procedurale (Cass., sez. Un., 17\11\2016, n. 23395), ovvero abbia comportato una pronuncia ultra petita e, quindi, un difetto di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (Cass., Sez. Un., 9\06\2006, n. 3433; Cass., Sez. Un., 4\10\2012, n. 16849, Cass., Sez. Un., 22\04\2013, n. 9687).*

Aveva difatti evidenziato la Consulta nel 2018 che *alla stregua del così precisato ambito di controllo sui limiti esterni alla giurisdizione, non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda*. Nel caso di specie le Sezioni Unite hanno ritenuto non sussistere il vizio denunciato, in quanto esso non poteva essere incluso nella concezione tradizionale di eccesso di potere giurisdizionale, trattandosi di un mero “error in procedendo”, e non essendo quindi considerabile alla stregua di un motivo inerente alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Analoga pronuncia è Cass. S.U. 11 novembre 2019, n. 29082, che ha dichiarato inammissibile il ricorso, proposto avverso due sentenze emesse rispettivamente in sede di giudizio rescindente e rescissorio nell’ambito del giudizio di revocazione per errore di fatto, esperibile ai sensi dell’articolo 106 c.p.a., che richiama direttamente gli artt. 395 e 396 c.p.c..

Dopo aver menzionato la sentenza S.U. n. 7926 del 2019, sopra citata, le Sezioni Unite affermano che le doglianze lamentate dalla ricorrente configurano “errores in procedendo”, che come tali non rientrano nella nozione di violazione dei limiti esterni della giurisdizione e quindi sindacabili dal Collegio.

La difesa della ricorrente aveva fatto notare come la nozione di giurisdizione doveva essere estesa sino a ricomprendere l’osservanza ed il rispetto dei principi relativi al giusto processo, inclusivi tra l’altro del “ne bis in idem”; nel caso di specie, la parte ricorrente lamentava il fatto che il Consiglio di Stato avesse deciso una controversia già definita in sede di giudizio rescissorio, violando quindi suddetto principio ed esercitando un potere già esaurito, in quanto mancavano i presupposti per revocare la precedente la decisione.

Le Sezioni Unite hanno respinto tale tesi. Esse hanno ribadito infatti che la Consulta nel 2018 aveva già precisato che l’osservanza di tali principi deve essere garantita dagli organi chiamati a farlo dalla Costituzione e *non in sede di controllo sulla giurisdizione*. Inoltre, il Collegio ha ricordato che l’istituto della revocazione è un mezzo di impugnazione straordinario, che l’ordinamento consente in ipotesi specifiche, e che, di conseguenza,

censure relative all'utilizzo di tale strumento rientrano nei limiti propri della giurisdizione del Giudice amministrativo.

Cass. S.U. 25 marzo 2019, n. 8311 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto per lamentare un eccesso di potere giurisdizionale per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione in cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato, che con una pronuncia, a detta della ricorrente, *abnorme*, avrebbe *applicato una norma non esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*. Hanno osservato le Sezioni Unite come, in realtà, il Consiglio di Stato, *non ha creato alcuna norma, ma si è limitato a svolgere un'attività di interpretazione normativa che rappresenta il proprium della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa*. Una censura relativa all'interpretazione della legge, *potrebbe tutt'al più configurare un error in iudicando escluso, tuttavia, dal sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, restando invece estraneo alla fattispecie de qua ogni profilo relativo ad un preteso eccesso di potere giurisdizionale* (Cass., Sez. un., 12\12\2012, n.22784; Cass., Sez. un., 23\12\2014, n.27341; Cass., Sez., un.,31\05\2016, n. 11380; Cass., Sez. un., 12\04\2018, n. 9151).

Ancora una volta le Sezioni Unite hanno richiamato la sentenza n. 6 del 2018 della Consulta: *l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, va riferito 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 (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici*.

Sempre con riferimento al tema dell'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del legislatore, rileva Cass. S.U. 30 ottobre 2019, n. 27842, che ha rigettato il ricorso proposto dalla ricorrente (società ERA), la quale aveva impugnato la

decisione dell'Adunanza Plenaria, investita di una questione interpretativa circa il regime applicabile alle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico avanzate prima del 2006. Il problema nasceva dal fatto che il codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157) aveva introdotto all'articolo 141 una disposizione che prevedeva la decadenza delle misure di salvaguardia connesse alla proposta di vincolo (di cui all'art. 146, comma 1), nel caso della mancata adozione del provvedimento finale di approvazione del vincolo, qualora fosse superato il termine di 180 giorni a decorrere dalla pubblicazione della proposta.

Il quesito da risolvere, di cui era stata investita l'Adunanza Plenaria, era il seguente: se le proposte aventi valore di dichiarazione di notevole interesse pubblico di vincolo, formulate prima dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio, avessero cessato di avere effetto in caso di mancata adozione del decreto ministeriale finale oppure no.

In giurisprudenza si prospettavano due tesi al riguardo: una tesi maggioritaria, detta anche della continuità, secondo cui le proposte di vincolo avanzate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 42 del 2004 avrebbero comunque conservato efficacia ed anche se i relativi procedimenti non si fossero conclusi nel termine legale. Tesi in linea con la tradizionale interpretazione per cui la tutela paesaggistica è garantita fin dal momento in cui la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico è pubblicata e tale dichiarazione perdura "sine die" fino all'adozione del provvedimento finale, che può essere adottato anche a distanza di tempo, senza far venire meno l'effetto preliminare del vincolo. A tale tesi se ne contrapponeva una minoritaria, detta anche della discontinuità, secondo cui, invece, gli effetti delle precedenti proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico sarebbero cessati in assenza di una sopravvivenza "sine die", in caso di mancato rispetto del termine del relativo procedimento.

Nel risolvere la questione interpretativa, l'Adunanza Plenaria ha aderito a quest'ultima tesi, seppur con qualche modifica. Il Giudice amministrativo ha disposto che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio, cessa in caso di mancata conclusione del procedimento entro il termine di 180 giorni dalla

pubblicazione della proposta. Tale termine, secondo l'Adunanza Plenaria, nel caso di proposte avanzate prima del codice, decorre dalla pubblicazione di suddetta sentenza della stessa Adunanza Plenaria. La società ricorrente aveva quindi proposto ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, denunciando la violazione dei limiti esterni della giurisdizione in quanto, a detta della ricorrente, l'Adunanza Plenaria avrebbe creato un "novum jus", ovvero disposizione nuova di diritto transitorio, indicando un termine di decorrenza nuovo e diverso rispetto a quello indicato dalla norma di riferimento.

Inoltre la ricorrente censurava la violazione degli articoli 24, 111 e 113 Cost., nonché la violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 99 c.p.a.; nello specifico, lamentava il diniego di accesso alla tutela giurisdizionale dal momento che l'Adunanza Plenaria aveva modulato gli effetti della decisione di annullamento, enunciando un principio di diritto non favorevole all'istante (aveva infatti il Collegio previsto il termine di decorrenza di sei mesi), così da escludere la ricorrente dal beneficiare dell'accesso alla tutela giurisdizionale finalizzata all'annullamento degli atti da essa impugnati.

Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso inammissibile, in realtà per una ragione di rito ovvero perché la sentenza impugnata era priva del carattere decisorio e come tale non impugnabile direttamente ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost., in quanto essa è stata emessa ai sensi dell'articolo 99 c.p.a., rubricato come deferimento all'Adunanza Plenaria, che riconosce al Collegio la possibilità di definire il giudizio integralmente o parzialmente. Ai sensi dell'articolo 99, comma 4, in caso di giudizio parziale, l'Adunanza Plenaria dopo aver enunciato il principio di diritto, è tenuta a restituire il giudizio alla sezione remittente, che deve decidere sui capi che gli sono demandati ed attenersi al principio definito dall'Adunanza Plenaria.

Da notare come anche con riferimento alla giurisprudenza del Giudice contabile vi è stato un adeguamento al "dictum" della Consulta del 2018. Cass. S.U. 16 aprile 2019, n.13248 ha respinto il ricorso in materia di risarcimento del danno erariale del ricorrente, presentato avverso la sentenza della Corte dei Conti, seconda Sezione giurisdizionale Centrale d'Appello.

Le Sezioni Unite hanno ricordato che *il ricorso per cassazione contro le decisioni della Corte dei conti è ammesso per i soli “motivi inerenti alla giurisdizione”, con la conseguenza che il sindacato delle Sezioni unite di questa Corte è circoscritto al controllo dell’eventuale violazione dei limiti esterni (cioè confini) della giurisdizione del giudice contabile, ovvero all’esistenza di vizi che attengono all’essenza stessa della funzione giurisdizionale, senza estendersi al modo del suo esercizio (Cass., Sez. U., 11 aprile 2019, n. 10247).*

Ancora una volta il principio di diritto, già più volte citato, è stato richiamato dalle Sezioni Unite per ricordare il confine entro il quali si individuano i limiti esterni della giurisdizione amministrativa: *come ha chiarito la Corte costituzionale (sentenza n.6 del 2018), l’“eccesso di potere giudiziario”, denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, va riferito 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 (cosiddetto 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 materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull’erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.*

Nello specifico, il ricorrente (assessore ai trasporti del Comune di Napoli) aveva censurato il difetto di giurisdizione della pronuncia di condanna per danno all’immagine ad ente pubblico, a causa della mancanza dei presupposti previsti ex lege per l’esercizio di tale azione e cioè che per la condanna era necessario che fosse stata già emessa sentenza irrevocabile di condanna per fatti costituenti reati contro la P.A.. Ma essendo questa una questione relativa ad una mera condizione di proponibilità dell’azione, e non questione di giurisdizione, le Sezioni Unite hanno dichiarato il motivo inammissibile, affermando che tale doglianza non supera *il perimetro dei limiti interni della giurisdizione del giudice contabile, finendo per sollecitare un sindacato su pretesi errori in iudicando o in*

procedendo commessi dalla Corte dei conti in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame.

Inoltre, con ulteriore motivo era stato denunciato *un abnorme esercizio del potere giurisdizionale per inesistenza del contraddittorio* (causa la pretesa nullità degli atti introduttivi del giudizio), doglianza anch'essa dichiarata inammissibile, riguardante pur sempre una violazione dei limiti interni del potere giurisdizionale (Cass., Sez. U., 8 febbraio 2018, n. 3146; Cass., Sez. U., 27 giugno 2018, n. 16978).

Come già detto, la Corte Costituzionale nel 2018 è stata chiamata a pronunciarsi circa il confine dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa. In questa occasione, come sopra si è riferito e commentato, la Consulta ha circoscritto le ipotesi di superamento dei limiti esterni, ed ha respinto ogni interpretazione estensiva degli stessi, affermando che *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 remissione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anormale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento"*.

Successivamente a questa sentenza, non è però mancata pronuncia che si è invece ispirata a quel filone giurisprudenziale che aveva aderito ad una interpretazione "evolutiva" e "dinamica" del concetto di giurisdizione, che consente di fatto di ampliare il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato.

Ne è esempio Cass. S.U. 30 agosto 2019, n. 21689, la quale ha enunciato un principio di diritto che si è in parte discostato dai precedenti finora citati. Le Sezioni Unite hanno anzitutto circoscritto i casi di sindacato della Cassazione ad alcune ipotesi, ed affermato che *ci si riferisce da un lato ai soli casi di carenza assoluta di potere o di violazione delle specifiche attribuzioni dell'uno o dell'altro plesso giurisdizionale; dall'altro lato, elaborando il concetto di eccesso di potere giurisdizionale, principalmente per usurpazione della funzione legislativa o di quella amministrativa.*

Con riferimento all'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dell'invasione, le Sezioni Unite hanno affermato che tale fattispecie si configura nel caso in cui *la decisione*

del giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011 n. 23303; più di recente: Cass., Sez. Un., 31 maggio 2016 n. 11380; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2016 n. 26183; Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2017 n. 4395).

Ma con riferimento al caso della carenza di potere le Sezioni Unite hanno però anche affermato che questo è stato ravvisato nelle fattispecie di radicale stravolgimento delle norme (per il carattere abnorme o anomalo dell'interpretazione adottata - Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017 n. 956 ovvero delle norme di rito o di merito: Cass., Sez. Un. 17 gennaio 2017 n. 964; Cass., Sez. Un., 11 maggio 2017 n. 11520) o di applicazione di una norma creata dal giudice speciale per la fattispecie (tra moltissime: Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2017 n. 30302; Cass., Sez. Un., 16 ottobre 2017 n. 24299; Cass., Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11380; Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016 n. 9145; Cass., Sez. Un., 5 settembre 2013 n. 20360) o in cui sia dato luogo ad un aprioristico diniego di giustizia (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2014 n. 771); soprattutto in caso di violazione di norme sovranazionali con l'esito di preclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale: Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017 n. 953).

Da notare quindi come il Collegio ha incluso nella nozione di limite esterno anche quelle ipotesi che la Corte Costituzionale aveva invece espressamente escluso nella sentenza n. 6 del 2018, quali “il radicale stravolgimento delle norme”, “il diniego di giustizia”, soprattutto “la violazione di norme sovranazionali con l'esito di preclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale”.

Nel caso di specie, era stato proposto ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso una pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. Secondo i ricorrenti la decisione era viziata da eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera del merito da parte del giudice amministrativo e per la mancata decisione su un punto decisivo della controversia. Il ricorso è stato dichiarato inammissibile in quanto la censura fatta valere dal ricorrente si riferiva alle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, vizio che configura tutt'al più una violazione di legge, che come tale non è sindacabile in Cassazione, non attenendo ai limiti esterni.

Principio diverso è quello enunciato da Cass. S.U. 7 maggio 2019, n. 11929, che invece si è conformata all'interpretazione tradizionale dei limiti esterni così come riproposta dalla Consulta nel 2018. Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che *risulta essere consolidata l'affermazione per cui ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale e dunque, sugli errori in iudicando e in procedendo, esorbita dai confini dell'astratta valutazione di sussistenza degli indici definatori della materia ed attiene all'accertamento della fondatezza o meno della domanda. Sicché è da escludere che possa dar luogo alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione il vizio di ultrapetizione (Cass., S.U. 22 aprile 2013, n. 9687)*, risolvendosi nella prospettazione di un error in procedendo.

La fattispecie riguardava un provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in materia di pubblicità ingannevole (artt. 19, 20 e 21 Codice del Consumo). L'AGCM aveva impugnato la sentenza del Consiglio di Stato che riduceva l'ammontare della sanzione irrogata dall'Autorità stessa, denunciando la violazione dei limiti esterni commessa dal Giudice Amministrativo: *alla luce della giurisprudenza di queste Sezioni Unite, incentrata sul canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, deduce [parte ricorrente] che il Consiglio di Stato avrebbe, da un lato, invaso la sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione attraverso una valutazione autonoma della fattispecie allo stesso non consentita. Il giudice di appello non si sarebbe limitato ad esaminare il provvedimento dell'AGCM alla stregua dei motivi di doglianza proposti dalla ricorrente, invadendo il campo riservato all'amministrazione attraverso*

l'individuazione di una nozione di pubblicità fondata solo sul primo periodo dell'art. 20, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 206\2005, ratione temporis vigente.

Per spiegare l'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dell'invasione, le Sezioni Unite hanno richiamato Cass. S.U. n. 1013 del 2014, già citata (a proposito della fattispecie riguardante la nozione di mercato rilevante ai fini dell'accertamento degli effetti anticoncorrenziali di un'intesa restrittiva, vedi sopra), ed hanno affermato che *se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'autorità nell'attività di accertamento ed applicazione della legge con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico - formali dell'atto amministrativo.* Le Sezioni Unite proseguono, affermando 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*

2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE n.19598 del 2020

Con riguardo alla violazione delle norme sovranazionali, di cui si è già discusso commentando Cass. S.U. n. 21689/2019, con conseguente preclusione all'accesso della tutela giurisdizionale, è rilevante Cass. S.U., 18 settembre 2020, n. 19598. Trattasi di una questione di rinvio pregiudiziale che le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte di Giustizia. Il rinvio pregiudiziale, come visto, è un istituto disciplinato dall'articolo 267 TFUE, il cui scopo è quello di garantire l'omogenea applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione tra gli stati membri e può avere infatti ad oggetto l'interpretazione di una norma dei trattati oppure la validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione. Nella fattispecie, la società ricorrente (Randstad Italia s.p.a.) aveva proposto ricorso alle Sezioni Unite, lamentando la lesione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, e conseguente violazione dei limiti esterni della giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.). Nello specifico, parte ricorrente era stata esclusa dall'aggiudicazione

di una procedura di gara a causa del mancato superamento della soglia di sbarramento alle offerte tecniche fissata a 48 punti dalla stazione appaltante (Azienda Usl Valle d'Aosta) ed aveva in seguito impugnato davanti al Tar Valle d'Aosta il provvedimento di esclusione (tale soglia di sbarramento comportava la non ammissione alla gara dei concorrenti i cui progetti fossero stati valutati con punteggio inferiore). L'Amministrazione resistente aveva proposto invece appello incidentale con cui aveva dedotto l'inammissibilità dell'appello principale a causa della mancanza di legittimazione della società ricorrente a proporlo. Il Tar aveva rigettato le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente ma aveva respinto comunque tutti i motivi del ricorso. Avverso tale sentenza, parte soccombente (Randstad Italia s.p.a.) aveva proposto appello al Consiglio di Stato, dinanzi al quale si costituiva l'Amministrazione resistente, che con l'appello incidentale contestava la legittimazione ad agire della ricorrente principale. Il Consiglio di Stato aveva accolto l'appello incidentale e riformato parzialmente la sentenza di primo grado, ritenendo la ricorrente principale priva di legittimazione a proporre il ricorso, in quanto esclusa dalla gara di aggiudicazione.

La parte ricorrente principale (Randstad Italia s.p.a.), soccombente, proponeva ricorso in Cassazione. A sostegno della propria tesi, invocava la direttiva CEE n. 665 del 1989, in materia di appalti pubblici e concessioni, nonché la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo la quale *idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara. In particolare richiama le sentenze 5 settembre 2019, c-333\18, Lombardi; 5 aprile 2016, c-689\13, Puligienica; 4 luglio 2013, c-100\12, Fastweb, le quali - tutte pronuncianti su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani - ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione (e il ricorso incidentale) dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione della gara, o la conferma dell'esclusione, di un altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso (principale) e della legittimazione a*

contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualsiasi sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa.

A questo punto le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno sollevare la questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, proponendo tre questioni, delle quali la prima è rilevante per il tema di cui si sta parlando.

La prima questione pregiudiziale riguardava l'interpretazione degli artt. 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e degli artt. 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale; nonché l'interpretazione dell'art. 1, paragrafi 1 e 3, e dell'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CE del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative a procedure di ricorso in materia di appalti pubblici di forniture e lavori. Nello specifico, le Sezioni Unite hanno sollecitato l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia per verificare la compatibilità di suddette disposizioni con l'interpretazione consolidata dell'articolo 111, 8° comma della Costituzione. Ad avviso del Collegio rimettente, l'interpretazione dei limiti esterni della giurisdizione non è compatibile con il diritto dell'Unione Europea e la violazione censurata dalla parte ricorrente dovrebbe essere considerata alla stregua di una questione inerente alla giurisdizione.

Prima di enunciare le ragioni per cui si è ritenuta dubbia la compatibilità dell'interpretazione dell'articolo 111, 8° comma, Cost., con il diritto dell'Unione Europea, le Sezioni Unite hanno ripercorso l'excursus giurisprudenziale al termine del quale si è giunti alla prassi interpretativa a seguito dalla sentenza n. 6 del 2018.

Dopo aver ricordato le ipotesi tradizionali di violazione dei limiti esterni di cui si è già parlato, le Sezioni Unite hanno affermato che *alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alla Sezioni Unite (articolo 111, ottavo comma, della Costituzione)- nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella*

che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Il Collegio ha preso come esempio Cass. S.U. 23-12-2008 n. 30254, di cui si è già parlato, che aveva ritenuto configurabile il sindacato delle Sezioni Unite *nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale.* Per quanto riguarda il diritto dell'Unione Europea, il Collegio ha citato anzitutto la pronuncia n. 2242 del 2015, che aveva cassato la decisione del Consiglio di Stato con la quale il ricorso incidentale era stato esaminato prima dell'esame delle censure presentate dal ricorrente principale, escluso dalla partecipazione della gara. Altro esempio è Cass. S.U n. 31226 del 2017: anch'essa ha riformato la sentenza di appello che aveva accolto il ricorso incidentale dell'aggiudicatario, dichiarando improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il ricorrente, escluso dalla procedura di gara, contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario. Il motivo per cui entrambi i ricorsi sono stati dichiarati inammissibili è rappresentato dal contrasto di suddette pronunce con la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, secondo cui *basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione.*

Con riguardo al tema delle norme sovranazionali, si era espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11), la quale aveva affermato *come sia già presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo stato italiano è tenuto a dare applicazione.* Ne deriva quindi che l'interpretazione effettuata da un giudice nazionale in contrasto con i principi e le disposizioni del diritto comunitario, configura una violazione di un limite esterno della giurisdizione, rientrando nella nozione di *decisione anomala o abnorme.*

Quindi fino alla sentenza n. 6 del 2018, si era affermato l'orientamento di includere nel sindacato delle Sezioni Unite i casi di *radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il*

caso, tra questi di error in “procedendo” costituito dall’applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l’accesso alla tutela giurisdizionale nell’ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell’Unione Europea, direttamente applicabili secondo l’interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n. 2242 de 2015 citata).

Come già detto, la decisione della Consulta ha ristretto le ipotesi di violazione di limiti esterni, esprimendosi in senso contrario rispetto alle pronunce appena citate ed all’orientamento che si era diffuso. A proposito delle norme sovranazionali, la Consulta ha affermato che *l’intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell’Unione o della Cedu (...), escludendo quindi dal sindacato delle Sezioni Unite la violazione da parte del Giudice amministrativo del diritto sovranazionale.*

La decisione della Consulta è stata comunque prontamente recepita dalla giurisprudenza successiva, come si è già fatto notare, a tal punto che in una fattispecie riguardante l’aggiudicazione di una gara di appalto pubblico, le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso del concorrente escluso inammissibile, anche se tale ricorso era stato esaminato in subordine al ricorso escludente. Nonostante ci fossero già precedenti in materia (v. sopra), le Sezioni Unite hanno ritenuto che la censura proposta non potesse costituire una violazione dei limiti esterni.

Tuttavia, non sono mancati dubbi di compatibilità con il diritto dell’Unione Europea.

Le Sezioni Unite nell’ordinanza di rinvio hanno elencato le ragioni per le quali l’interpretazione di quali siano i limiti esterni non può essere considerata conforme al diritto comunitario. In primo luogo gli stati membri, aderendo ai trattati comunitari, hanno deciso di rinunciare ad alcuni dei loro poteri sovrani ed hanno contribuito alla nascita di un ordinamento giuridico nuovo e diverso, che riconosce e tutela non soltanto gli stati membri ma anche i relativi cittadini. L’ordinamento comunitario si contraddistingue per il primato del diritto dell’Unione e per la conseguente efficacia diretta di alcune disposizioni

comunitarie, in grado di essere applicate direttamente agli stati membri ed anche ai singoli cittadini. Ed è proprio in virtù del principio del primato e dell'efficacia diretta, che alcune pronunce si erano spinte fino a considerare ammissibili i ricorsi proposti a causa della violazione del diritto dell'Unione Europea.

Viene in rilievo anche l'obbligo degli stati membri di dare attuazione alle decisioni della Corte di Giustizia con il conseguente obbligo dei giudici nazionali di attenersi alla soluzione della controversia da essa prospettata caso per caso, nonché di discostarsene solo quando un organo giudiziario superiore ritenga che le statuizioni della Corte non siano conformi al diritto dell'Unione.

Altro principio da tenere in considerazione è il principio dell'autonomia procedurale secondo cui gli stati membri godono di autonomia nell'individuare i mezzi che devono essere utilizzati per l'applicazione del diritto dell'Unione ed è rimessa ai singoli stati membri l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela adeguata ai diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia i limiti all'autonomia procedurale sono il principio di equivalenza ed effettività. Per quanto riguarda il primo, esso impone che le norme processuali utilizzate in attuazione del diritto europeo non devono essere meno favorevoli di quelle previste per l'applicazione del diritto nazionale. Il principio di effettività invece riguarda l'idoneità della norma nazionale nel consentire la tutela ed impone agli ordinamenti interni che gli istituti da essi disciplinati non devono essere tali da rendere difficile o impossibile l'applicazione del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti disposta dalle norme comunitarie. Questi due principi sono stati citati dalle Sezioni Unite poiché, a detta del Supremo Collegio, l'orientamento giurisprudenziale vigente nel nostro ordinamento non è conforme al principio di equivalenza ed effettività. Hanno affermato le Sezioni Unite: *non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per diritto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad*

oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali del diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario.

Con riferimento al principio di effettività, le Sezioni Unite hanno affermato che *la prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondere nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.* Hanno proseguito: *una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenza del 20 ottobre 2016, Danqua, C-429\15, punto 29), (...) tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo dinanzi ai diversi giudizi nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti di difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli articoli 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali impongono agli stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (ad esempio, Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300\11, ZZ, p. 55, 57, 56). Nell'ordinamento nazionale la "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" costituisce obiettivo proclamato anche dal codice del processo amministrativo (articolo 1).*

Per concludere, ad avviso delle Sezioni Unite, l'orientamento giurisprudenziale formatosi a seguito della decisione della Consulta darebbe luogo ad una *irrimediabile* violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dei giudici amministrativi, con conseguente lacuna di

mezzi idonei per porvi rimedio e per dare attuazione ai principi tutelati dal diritto comunitario.

Il 9 settembre 2021 l'Avvocato Generale ha presentato le conclusioni generali²¹⁴ che costituiscono una proposta non vincolante per la Corte di Giustizia ai fini della decisione.

Per rispondere alla prima questione pregiudiziale, l'Avvocato Generale ha analizzato l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 che impone agli stati membri di predisporre una procedura di ricorso che sia effettiva in materia di appalti pubblici. Infatti ai sensi del terzo comma dell'articolo 1, gli stati membri devono disciplinare i provvedimenti adeguati per garantire che contro le decisioni adottate dalle amministrazioni appaltanti sia possibile prevedere un ricorso efficace e rapido, in conformità anche dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, l'articolo 1, paragrafo 3 si limita ad imporre suddetto obbligo in capo agli stati membri e ad introdurre i requisiti minimi che le disposizioni nazionali devono contenere per osservare e rispettare il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, lasciando ad essi la discrezionalità e l'autonomia nel determinare le modalità di accesso alla tutela (ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto oppure chi sia stato leso da una presunta violazione). In ossequio al principio dell'autonomia procedurale, già menzionato, spetta a ciascuno stato membro stabilire le modalità delle procedure amministrative e giurisdizionali al fine di garantire tutela ai singoli individui.

Occorre ricordare che l'articolo 47 sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale ma non impone la previsione di un doppio grado di giudizio. Ne deriva che non può essere considerato in contrasto con il diritto dell'Unione, il fatto che il ricorso di Cassazione previsto ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost., sia limitato soltanto alle questioni di competenza giurisdizionale. A tal proposito l'Avvocato Generale ha affermato che *il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettate le garanzie previste all'articolo 47 della Carta. Tuttavia, se le norme di procedura nazionali garantiscono che sia rispettato il diritto all'esame nel merito del ricorso di un'offerente, da parte del giudice di primo grado e, se del caso, in appello, la norma*

²¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, 3.12.2021.

procedurale di cui trattasi non è tale da pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 o i requisiti dell'articolo 47 della carta. Prosegue: l'articolo 47 della Carta richiede naturalmente l'introduzione di un ricorso effettivo tanto in diritto quanto in pratica. Tuttavia, se risulta, da un lato, che l'accesso ad un giudice ai sensi dell'articolo 47 della carta è garantito senza difficoltà e, dall'altro, che il diritto nazionale conferisce a detto giudice la competenza ad esaminare il merito della controversia, come testimonia la sentenza del TAR della Valle d'Aosta nella presente causa, né la direttiva 89/665 né l'articolo 47 della Carta possono essere interpretati nel senso che impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio ad un'applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello.

In conclusione, secondo l'Avvocato Generale, l'articolo 1, paragrafi 1 e 3 della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, non è ostativo all'interpretazione data dalla sentenza n. 6 del 2018 dell'articolo 111, 8° comma, Cost., in base alla quale il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare le sentenze del Consiglio di Stato che *facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea.* Infine, l'Avvocato Generale ha suggerito altre forme procedurali quali il ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE o l'azione di risarcimento del danno esperibile a causa della mancata corretta applicazione del diritto comunitario da parte di un ordinamento interno.

Ancora in materia di rinvio pregiudiziale, nel frattempo, rileva Cass. S.U. 30 ottobre 2020, n. 24107. Parte ricorrente (società Aernova s.r.l.) aveva proposto ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111, 8° comma, Cost., per denunciare la violazione dell'articolo 267, parte prima, TFUE, riguardante il rinvio pregiudiziale. Secondo parte ricorrente, in materia di normativa antimafia, il Consiglio di Stato avrebbe dato per esistente una pronuncia della Corte di Giustizia, quando in realtà non vi erano precedenti della Corte in materia e l'unico riferimento giurisprudenziale apparteneva alla Corte EDU²¹⁵. La ricorrente sosteneva che il

²¹⁵ Da tenere sempre a mente la differenza tra la Corte di Giustizia Europea, istituzione dell'Unione Europea con sede in Lussemburgo, e la Corte Edu, organo giurisdizionale internazionale che si occupa dell'applicazione e corretta interpretazione delle norme contenute nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che ha sede a Strasburgo (Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950).

mancato sollevamento della questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (violazione art. 267, prima parte, TFUE) integrava una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, in quanto il Consiglio di Stato avrebbe deciso una controversia la cui competenza sarebbe stata invece riservata alla Corte di Giustizia. Nel ricorso è stato sostenuto che gli unici casi in cui viene meno l'obbligo del giudice nazionale di operare il rinvio pregiudiziale sono, o quando è stata sollevata un'identica questione in relazione ad una fattispecie già decisa, oppure quando sussiste giurisprudenza costante e consolidata in una determinata materia.

Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso inammissibile poiché il mancato rinvio pregiudiziale non può essere considerato come una violazione dei limiti esterni della giurisdizione ed hanno affermato che *secondo i precedenti di queste sezioni unite appena esposti - ai quali vanno aggiunti anche Cass., S.U., 15 aprile 2020, n. 7839 e Cass., S.U., 9 settembre 2020, n. 18671 - la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia costituisce elemento processuale interno al processo, senza che essa risulti suscettibile di divenire oggetto di autonoma valutazione di cui all'art. 111, Cost. e dal momento che la relativa questione pone in discussione soltanto l'inosservanza di una regola processuale. Le Sezioni Unite hanno preso come riferimento la pronuncia del 2020 n. 15490, secondo cui il controllo che l'art. 111, comma 8, affida alla S.C. non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in indicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione Europea, salva l'ipotesi "estrema" in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme Europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla COGUE, sì da precludere, rendendola non effettiva la difesa giudiziale (Cass., S.U., 18 dicembre 2017, n. 303001).*

Con riguardo al ruolo del giudice nazionale, le Sezioni Unite precisano che *il rapporto che corre fra giudice nazionale e la Corte di Giustizia dell'unione europea, a ben considerare, non è di alternatività ma di complementarietà, nel senso che il giudice nazionale è egli stesso interprete del diritto dell'Unione Europea, indicandosi tale ruolo spesso con la dizione "giudice comunitario di diritto comune" cfr., ex multis, Concl. Avv. Gen. Léger, nella causa Köbler (C-224/01), par. 66; Concl. Avv. Gen. Saggio presentate il 16 dicembre*

*1999 nelle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA, par. 37. Inoltre il Collegio ha affermato che in capo al giudice nazionale non sussiste un obbligo al rinvio pregiudiziale ma egli decide in base al caso concreto se interpellare la Corte di Giustizia, la cui decisione sarà invece vincolante; in ogni caso l'attivazione ed anche la mancata attivazione del rinvio pregiudiziale *non presuppongo mai la cessione di potere giurisdizionale o comunque il travalicamento della giurisdizione della Corte di giustizia.**

Pronuncia analoga a quella appena citata, se pur resa per altra giurisdizione, è Cass. S.U 21 luglio 2020, n. 15490. Il ricorrente proponeva ricorso in Cassazione ex art. 111, 8° comma, Cost, impugnando la sentenza d'appello della seconda Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti che aveva confermato la condanna del ricorrente in primo grado per indebita percezione di un contributo per interventi strutturali comunitari nella Regione Marche. Il ricorrente, oltre a dedurre il difetto di giurisdizione, affermando che la situazione soggettiva oggetto del giudizio davanti alla Corte non rientrava fra le materie attribuite alla competenza giurisdizionale della Corte dei Conti, censurava la violazione delle norme comunitarie degli art. 267 e 267.3 TFUE, causa il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia circa la corretta interpretazione delle norme applicabili al caso concreto e la conseguente violazione dell'obbligo in capo al giudice nazionale di operare il rinvio. Lamentava inoltre il ricorrente la violazione del principio "ne bis in idem" sancito dalla Carta dei diritti fondamentali, affermando che il procedimento penale, che aveva avuto luogo dinnanzi al Tribunale di Ancona e poi in appello ed aveva ad oggetto fattispecie di reato fondate sui medesimi fatti posti alla base della condanna contabile oggetto del ricorso, si era concluso con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato causa prescrizione.

Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso inammissibile. Con riferimento alla prima censura, il Supremo Collegio ha affermato che non è sindacabile con il ricorso in Cassazione la violazione delle norme comunitarie ed ha ricordato che *al lume del consolidato orientamento di questa Corte [...] "la non sindacabilità da parte della Corte di Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost., delle violazioni del diritto dell'Unione Europea e del mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice*

delle magistrature speciali è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione" (Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32622).

Ne deriva che il mancato rinvio pregiudiziale non può essere considerato come una violazione dei limiti esterni della giurisdizione e come tale sindacabile dalle Sezioni Unite, *salva l'ipotesi "estrema" in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla COGUE, sì da precludere, rendendolo non effettiva, la difesa giudiziale (Cass., sez. un., 18 dicembre 2017, n. 30301).* Principio di diritto, quest'ultimo, in contrasto con la pronuncia n. 6 del 2018. In realtà tale affermazione costituisce punto controverso, come già visto nella precedente pronuncia analizzata ovvero Cass. S.U. 18-9-20, n. 15598, che ha sollevato una questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia affinché si pronunciasse in merito.

Per quanto riguarda il terzo motivo ovvero la violazione del principio del "ne bis in idem", le Sezioni Unite hanno ribadito che tale vizio configura un "error in iudicando" sui limiti interni della giurisdizione, *sotto il profilo della proponibilità o perseguibilità della domanda per effetto di una precedente pronuncia del giudice penale, laddove il sindacato di legittimità è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione, e considerato che l'eventuale interferenza tra il giudizio penale e quello contabile pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità erariale, essendo le giurisdizioni reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche in relazione allo stesso fatto materiale (Cass., sez. un., n. 21926, Cass., sez. un., 28 dicembre 2017, n. 21107).*

La giurisprudenza ancora più recente si è comunque ispirata alla tradizionale interpretazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, così come fornita nella sentenza della Corte Costituzionale del 2018.

Cass. ord. 14 settembre 2020 n. 19085 ha dichiarato il ricorso inammissibile, affermando che *il ricorso per Cassazione contro la decisione della Corte dei Conti è consentito soltanto*

per motivi inerenti alla giurisdizione, sicché il controllo delle Sezioni Unite è circoscritto all'osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, non estendendosi ad asserite violazioni di legge sostanziale e processuale concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale. Ne consegue che, anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nella nuova formulazione dell'articolo 111 Cost., l'accertamento in ordine ad errores in procedendo o ad errores in iudicando rientra nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, trattandosi di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio e non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui è stata esercitata (Cass., Sez. Un., 26 agosto 2019, n. 21692; Cass., Sez. Un., 19 marzo 2020, n. 7457).

Cass. S.U. 23 febbraio 2021, n. 7031 afferma che alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale, il sindacato della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per "invasione" o "sconfinamento" nella sfera riservata ad altro potere dello Stato ovvero per "arretramento" rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonché le ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando la Corte dei Conti o il Consiglio di Stato affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghino sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione; l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non invece quando si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se data attività abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo, ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi si può profilare, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione (Cass., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8311; sez. un., 24 gennaio 2020, n. 1608).

Nel caso di specie il ricorrente aveva impugnato il provvedimento con cui il Comune di Olbia aveva annullato d'ufficio, in sede di autotutela (art. 21 nonies, l. n. 241/1990), la

concessione edilizia e l'autorizzazione edilizia relative al risanamento igienico-sanitario di un suo fabbricato. Nello specifico il ricorrente lamentava davanti alle Sezioni Unite la violazione dell'articolo 111, comma 8°, della Costituzione e dell'articolo 362, comma 1, c.p.c.. Tale ricorso è stato dichiarato inammissibile dalle Sezioni Unite, in quanto la censura lamentata riguardava, in sostanza, la violazione degli elementi probatori offerti in giudizio, essendo questo un "error in iudicando" e non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

In seguito, Cass. S.U. 4 ottobre 2021, n. 2684 ha riaffermato il medesimo principio di diritto, ribadendo che il sindacato demandato alle Sezioni Unite *non comprende l'accertamento di errores in iudicando o in procedendo in cui sia eventualmente incorso il giudice amministrativo [...] (cfr. Cass. S.U. 15 ottobre 2020, n. 22375; 25 marzo 2019, n. 8311; 20 marzo 2019, n. 7926; al riguardo, v. anche Corte cost., sent. n.6 del 2018).*

Nella fattispecie, la società ricorrente (Silcart s.p.a.) lamentava che il Consiglio di Stato avesse effettuato una valutazione di merito, *prescindendo dall'esame delle doglianze riflettenti l'incompetenza dell'organo che aveva provveduto e l'inosservanza del procedimento previsto dall'art. 6 legge regionale n.11 del 2004 [Regione Veneto]*, in quanto l'applicazione della suddetta norma a carattere obbligatorio (a proposito di accordi tra soggetti pubblici e privati per assumere nella pianificazione urbanistica proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico), avrebbe imposto all'amministrazione di valutare la proposta di accordo ancora prima di rilevare la presenza di eventuali elementi ostativi. Tale valutazione, secondo il ricorrente, non trovava giustificazione neanche nel carattere esclusivo della materia oggetto del giudizio spettante al giudice amministrativo in materia urbanistica ed edilizia (art. 133, let. f, c.p.a.). Seppur vero, infatti, che la giurisdizione esclusiva estende la cognizione del giudice amministrativo ai diritti soggettivi, tuttavia essa non consente la sostituzione del giudice stesso alla pubblica amministrazione nel compimento di scelte di merito.

A tal proposito, le Sezioni Unite affermano che *l'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., è configurabile esclusivamente quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo,*

eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propri del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr. Cass., sez. Un., 24\05\2019, n.14264; 26\11\2018, n.30526, 2\02\2018, n. 2582).

Le Sezioni Unite hanno quindi dichiarato il ricorso inammissibile, ritenendo che le censure promosse dal ricorrente costituivano, *in realtà, un mero espediente per contestare la correttezza dell'interpretazione dell'art. 6 della legge regionale n. 11 del 1994 fornita dalla sentenza impugnata, e segnatamente la funzione attribuita alla proposta di accordo prevista da tale disposizione, traducendosi quindi nella sollecitazione di un sindacato in ordine ad un errore in giudicando asseritamente commesso dal giudice amministrativo, non consentito in questa sede.*

Con riferimento al tema dell'interpretazione, la Suprema Corte ricorda che *il controllo spettante alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, Cost., è circoscritto infatti al rispetto dei limiti esterni della giurisdizione, e non si estende alla scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, dal momento che l'interpretazione delle norme costituisce il proprium distintivo dell'attività giurisdizionale (cfr. Cass., Sez. Un., 4\12\2020, n.27770; 14\11\2018, n.29825; 3\08\2018, n.20529).*

Con riguardo all'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è rilevante Cass. S.U. 4-3-2021, n. 2604. Nel caso di specie era stata impugnata dinnanzi al Tar Lazio la deliberazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione economica del 18 marzo 2013, n. 21, recante l'approvazione del progetto preliminare dell'autostrada A31 Valdastico Nord, la procedura di valutazione d'impatto

ambientale (cosiddetta VIA), nonché gli atti presupposti e connessi. A seguito della pronuncia di rigetto del Tar Lazio, i ricorrenti avevano proposto appello dinnanzi al Consiglio di Stato, che accogliendo l'appello, aveva annullato la deliberazione del CIPE. A fronte della sentenza di annullamento del Consiglio di Stato, la parte soccombente (Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a.) ha proposto ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, denunciando la violazione dell'art. 7 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, dell'art. 1, l. 21 dicembre 2001, n. 443 e del principio costituzionale di separazione dei poteri. Nello specifico, parte ricorrente osservava che il Consiglio di Stato nell'annullare la delibera del CIPE si era spinto oltre i suoi poteri in quanto aveva effettuato una valutazione circa le motivazioni di convenienza ed opportunità poste a fondamento del progetto preliminare, sindacando quindi il merito della valutazione discrezionale compiuta dal Governo nell'ambito della sua funzione esecutiva.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto il ricorso inammissibile, affermando che il Giudice Amministrativo si era mantenuto nei limiti del proprio sindacato: il Consiglio di Stato aveva infatti evidenziato *la manifesta illogicità ed incongruenza della deliberazione impugnata, formalmente recante l'approvazione del nuovo progetto.... non eccedendo l'ambito dei poteri spettanti al Giudice Amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione generale di legittimità, ma mantenendosi correttamente nei limiti dell'indagine finalizzata allo accertamento dei vizi lamentati, quali figure sintomatiche dell'eccesso di potere da cui risulta affetto l'atto impugnato.*

Affermano le Sezioni Unite che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera dell'Amministrazione si configura *nelle ipotesi in cui il Giudice Amministrativo invade arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, cioè compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, oppure sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell'Amministrazione, o ancora adottando decisioni finali c.d. autoesecutive, ovvero sia interamente sostitutive delle determinazioni dell'Amministrazione, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito (cfr. Cass., Sez., Un., 9\11\2011, n. 23302; 15\03\1999, n. 137).*

Anche le pronunce più recenti si sono conformate al principio di diritto spiegato dalla Consulta nel 2018 ed alle decisioni immediatamente successive delle Sezioni Unite.

Cass. S.U. 26 marzo 2021, n. 8571 ribadisce che il ricorso per Cassazione è *ammesso quando il giudice speciale 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); ovvero nelle ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, che si ha quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (Cass. Sez. Un., 12 marzo 2021, n. 7031).*

Prosegue la Suprema Corte, *il controllo del limite esterno della giurisdizione, che la Costituzione affida alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errores in iudicando o errores in procedendo: ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze ritenute abnormi o anomale ovvero frutto di uno stravolgimento delle norme di riferimento (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2019, n. 209082; Cass., Sez. Un., 4 dicembre 2020, n. 27770).* Difatti parte ricorrente aveva denunciato nel ricorso per cassazione doglianze relative a violazioni di legge nonché carenze e contraddittorietà della motivazione del provvedimento annullato d'ufficio dal Comune di Ghemme (No), censure che costituendo “meri errores in iudicando” non possono essere sindacati dalle Sezioni Unite.

L'ordinanza 29-4-2021 n. 11297 si è poi ispirata al principio di diritto già espresso in Cass. Sez. Un. 26 marzo 2021, n. 8571, appena citata, richiamando la tradizionale interpretazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (v. sopra).

Il ricorrente aveva impugnato davanti al Tar Lazio, per ottenerne l'annullamento, due determinazioni dirigenziali con cui, rispettivamente, erano state rigettate le istanze di condono edilizio presentate ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326 (al fine di conseguire la sanatoria di un

cambio di destinazione d'uso e la realizzazione di due finestre nello stesso immobile), e la determinazione con la quale, a seguito della reiezione delle predette istanze, era stata ingiunta la demolizione delle opere abusivamente realizzate. A seguito della pronuncia di rigetto del Tar e successivamente del Consiglio di Stato, il ricorrente aveva proposto ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Le Sezioni Unite hanno dichiarato il ricorso inammissibile, in quanto la violazione censurata (art. 32, commi 26 e 27, d.l. 30 settembre 2003, n. 269) non può essere considerata alla stregua di un motivo inerente alla giurisdizione, poiché *la doglianza articolata dal ricorrente non riguarda una violazione inerente all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa; essa si risolve nella denuncia di meri errores in iudicando compiuti dal Consiglio di Stato, come tali non sindacabili dalle Sezioni Unite.*

Ribadendo il principio di diritto già affermato (e citato) da Cass. S.U. 26-3-2021 n. 8571 e Cass. S.U. 12-3-2021 n. 7031, le Sezioni Unite hanno affermato che *il ricorso è dunque ammesso quando il giudice speciale 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)[...] (Cass., Sez. Un., 12 marzo 2021, n. 7031).* Proseguono le Sezioni Unite affermando che *il controllo del limite esterno della giurisdizione, che la Costituzione affida alla Corte di Cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errores in iudicando o errores in procedendo: ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze ritenute abnormi ovvero frutto di uno stravolgimento delle norme di riferimento (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2019, n. 29082; Cass. Sez. Un., 4 dicembre 2020, n. 27770; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2021, n. 8571).*

3. La sentenza Corte di Giustizia UE del 21 dicembre 2021

In questo contesto è sopraggiunta la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il 21 dicembre 2021²¹⁶ la Corte di Giustizia [sentenza della Corte (Grande Sezione) del 21-12-2021, Randstad Italia S.p.A. contro Umama S.p.A. e a.] ha infatti dato risposta alle questioni di rinvio pregiudiziali sollevate dalle Sezioni Unite con l'ordinanza 18 settembre 2020 n.19598.

La prima questione (come già detto essere quella rilevante per il tema di cui si sta scrivendo) riguardava l'eventuale contrasto tra il ricorso in Cassazione ex art. 111, comma 8°, Cost., limitato ai soli motivi inerenti alla giurisdizione e la relativa interpretazione dei limiti esterni fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, con il diritto dell'Unione Europea. Essa verteva sull'interpretazione degli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE, e degli artt. 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 (diritto ad un ricorso effettivo e giudice imparziale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; nonché l'interpretazione dell'art. 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CE del 21 dicembre 1989.

In sostanza la prima questione riguardava l'effettività della tutela giurisdizionale ed era volta a chiarire *se tale tutela sia pregiudicata qualora l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non sia competente ad annullare una sentenza pronunciata in violazione del diritto dell'Unione.*

A tal fine la Corte di Giustizia ha ricordato che il rinvio pregiudiziale, disciplinato dall'articolo 267 TFUE, *costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione che sono per loro necessari per risolvere la controversia che sono chiamati a dirimere.*

Una delle disposizioni da interpretare è la direttiva 89/665 in materia di appalti pubblici, che all'articolo 1, par. 1 e 3, ha introdotto l'obbligo per gli stati membri di prevedere nei propri ordinamenti ricorsi efficaci. Questa norma deve essere letta in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo.

²¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0497>, 11/01/22.

Tuttavia per quanto riguarda la scelta degli strumenti processuali, essa è rimessa alla discrezionalità di ciascun stato membro in virtù del principio dell'autonomia procedurale, che trova un limite nel principio di equivalenza ed effettività (già spiegati, v. sopra). A tal riguardo ha affermato la Corte europea che *il diritto dell'Unione, infatti, in linea di principio, non osta a che gli stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161/15, EU:C:2016:175, punto 27)*. Se nell'ordinamento di uno stato membro è presente un rimedio giurisdizionale, che consente ai singoli di tutelare i propri diritti, è ammissibile che lo stato membro interessato conferisca al supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire, di conseguenza, che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello stesso Stato.

La Corte di Giustizia ha menzionato anche il principio del primato, i cui effetti si esplicano nei confronti di tutti gli organi di uno stato membro, ed in base al quale una norma di diritto interno, anche se di rango costituzionale non può in nessun modo pregiudicare *l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione*. La conseguenza della violazione di tale principio è la disapplicazione della norma interna in contrasto con la norma comunitaria.

Con riguardo alla questione circa la limitazione posta dal comma 8° dell'articolo 111 della Costituzione, la Corte di Giustizia ha ritenuto il sindacato della Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, così come interpretato dalla Consulta nel 2018, essere rispettoso sia del principio di equivalenza che di effettività.

A tal proposito la Corte ha affermato che *il diritto dell'Unione, infatti, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*.

Nello specifico, con riguardo al principio di equivalenza (v. sopra), la Grande Sezione non ha ritenuto sussistere la violazione, in quanto l'articolo 111, 8° comma, della Costituzione

limita con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni del diritto dell'Unione.

Per quanto riguarda il principio di effettività, ha affermato che nessun elemento menzionato nella domanda di pronuncia pregiudiziale o nelle osservazioni presentate alla Corte induce a ritenere a priori che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo, dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. Ne deriva che l'articolo 111, comma 8°, Cost., non pregiudica neppure il principio di effettività e non rivela alcun elemento da cui risulti la violazione dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE.

In conclusione, l'art. 4, par. 3, e l'art. 19, par. 1, TUE; l'art. 1, par. 1, e 3, della direttiva 89/665/CEE in materia di appalti pubblici, letti conformemente all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretate nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno stato membro, che secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro.

CONCLUSIONI

Per definire il limite entro il quale operare ai sensi dell'articolo 111, 8° comma, della Costituzione, la Corte di Cassazione ha circoscritto le ipotesi di superamento dei limiti esterni della giurisdizione, identificati in via giurisprudenziale. Le tradizionali ipotesi di limiti esterni sono state individuate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza ed abbiamo visto essere: l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del legislatore, per invasione nella sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, il difetto assoluto e relativo di giurisdizione, l'utilizzo da parte del giudice amministrativo di poteri che non gli competono con conseguente sconfinamento nel merito ed infine l'illegittima composizione del collegio giudicante, vizio considerato attinente alla giurisdizione dalla giurisprudenza e dottrina costante.

Come si può evincere dall'analisi della giurisprudenza, l'interpretazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa è rimasta costante fino al 2008, anno in cui le Sezioni Unite hanno pronunciato la sentenza n. 30254 in tema di pregiudizialità amministrativa, individuando il nuovo concetto di giurisdizione "evolutiva" o "dinamica", intesa come strumento per garantire una tutela effettiva.

A partire da questo momento si sono susseguite una serie di pronunce, che si sono ispirate alla sentenza n. 30254/2008, ampliando il concetto di limiti esterni.

Nel 2018 si è espressa sulla questione la Corte Costituzionale che ha fatto chiarezza sul concetto di limite esterno ed ha messo un punto al nuovo indirizzo giurisprudenziale che si era affermato. Il Giudice delle Leggi ha espressamente escluso dalle ipotesi di motivi inerenti alla giurisdizione la violazione del principio di effettività con conseguente diniego alla tutela giurisdizionale, affermando che il concetto di controllo di giurisdizione *non ammette soluzioni intermedie*. In questa sede è stato inoltre ricordato come i padri costituenti abbiano mantenuto l'assetto precostituzionale, che vedeva distinte la giurisdizione ordinaria ed amministrativa, le cui funzioni sono quelle di tutelare rispettivamente i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, così come stabilito dall'articolo 103 Cost., (eccetto i casi di giurisdizione esclusiva).

A seguito della sentenza n. 6 del 2018 le Sezioni Unite si sono conformate alla pronuncia della Consulta ed alla tradizionale interpretazione di limiti esterni.

Nonostante ciò, il tentativo della Cassazione di estendere il proprio sindacato con riferimento all'articolo 111, 8° comma, Cost., ha trovato nuova spinta. Ciò è testimoniato da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, n. 19598/20, con cui è stata sottoposta una questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dubitando della compatibilità della diffusa interpretazione dei limiti esterni con il diritto dell'Unione Europea. Vi è infatti un filone giurisprudenziale, seppur minoritario, che ancora invoca i principi quali il primato del diritto comunitario, l'effettività della tutela, il giusto processo e la violazione del diritto internazionale/ comunitario al fine di estendere il sindacato ex art. 111, 8° comma, Cost..

E' in questo contesto che si colloca la relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull'attività della giustizia amministrativa, redatta in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2021²¹⁷. La parte relativa alle conclusioni contiene un monito: *il pluralismo giurisdizionale - e delle istituzioni in genere - è un valore che va preservato, ma richiede, per non degenerare in conflitti, equilibrio e competenze capaci di governare la complessità*. Questo equilibrio è stato messo in pericolo da quelle tesi a favore dell'interpretazione della giurisdizione in chiave dinamica, che riconducono il canone dell'effettività e il diniego della tutela giurisdizionale alla violazione dei limiti esterni. Sempre in questa occasione il Presidente del Consiglio di Stato ha espresso una preoccupazione, causata da una recente questione di rinvio pregiudiziale, che le Sezioni Unite hanno sollevato alla Corte di Giustizia Europea e che potrebbe alterare il corretto dialogo tra Corti: *la recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, nella quale le Sezioni unite, smentendo anche la propria giurisprudenza, demandano alla Corte sovranazionale europea la questione di compatibilità comunitaria di un articolo della nostra costituzione e di una sentenza della nostra Corte costituzionale, mirando a una radicale modifica extra ordinem dell'assetto costituzionale della giurisdizionale, quale stratificatosi in più di 30 anni*.

217 <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 10-2-2022.

Nella relazione non sono stati specificati gli estremi dell'ordinanza di rinvio, ma si ritiene presumibilmente che la decisione in esame sia Cass. S.U. 18 settembre 2020, n. 19598, già citata ed ampiamente analizzata. Il rinvio alla Corte Europea della questione pregiudiziale concernente l'ottavo comma dell'articolo 111 è stata definita dalla dottrina come *non essere una iniziativa (a mio avviso) "elegante" o opportuna*²¹⁸, poiché secondo tale dottrina è la prima volta *che un giudice italiano chiede alla Corte europea di stabilire se una disposizione della Costituzione italiana sia compatibile con il diritto europeo. La Corte europea, dato il contrasto sussistente tra Corte costituzionale e Corte di cassazione, viene in tal modo invitata a fare da arbitro tra due giudici di vertice nazionale. Medesima dottrina, con riferimento alla pronuncia della Corte di Giustizia, ha espresso l'auspicio essa non intenda fornire una sua interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 della nostra Costituzione* (F.G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo", cit., 4).

Il 21 dicembre 2021 la Corte di Giustizia si è pronunciata escludendo la violazione del diritto dell'Unione da parte dell'articolo 111, 8° comma della Costituzione e dell'interpretazione fornita dalla Consulta nel 2018.

R. Rordorf²¹⁹ ha affermato che *come era prevedibile, adeguandosi alle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte di Giustizia non ha accettato di svolgere il singolo ruolo arbitrale che le veniva chiesto ed il suo verdetto mi sembra chiuda definitivamente la questione in ambito europeo.*

Difatti la risposta della Corte poteva apparire scontata in quanto era stata chiamata a pronunciarsi su una questione di riparto di giurisdizione del nostro ordinamento interno; *la Unione Europea non può direttamente qualificare le situazioni giuridiche soggettive nazionali. Ma, applicando un semplice ragionamento deduttivo - se la Corte di giustizia quale organo giurisdizionale supremo dell'Unione Europea non è competente a qualificare le situazioni giuridiche soggettive direttamente protette come diritti soggettivi all'interno di ciascuno Stato membro - di conseguenza non è certamente competente a stabilire quale*

218 F. G. Scoca, "Scossoni e problemi in tema di giurisdizione amministrativa", fasc. 1, 1 aprile 2021, 3.

219 R. Rordorf, "La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i seguiti a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C- 497/20, Randstad Italia ?", Giustizia insieme, 31 gennaio 2022, 3, <https://www.giustiziainsieme.it/>.

Autorità giurisdizionale possa di volta in volta sindacare il rispetto dei principi e delle norme del diritto comunitario stesso, all'interno di ciascuno stato membro. In altri termini la Corte di Giustizia non può fare operazioni interpretative o applicative di "riparto di giurisdizione" all'interno degli Stati membri, mentre può e deve fare operazioni di riparto tra la giurisdizione europea (Tribunale di Primo grado e Corte di Giustizia) e le giurisdizioni nazionali²²⁰.

Non è quindi un caso, che la Corte di Giustizia ha offerto una soluzione che si colloca nell'ambito dello stesso diritto comunitario, ricordando gli strumenti esperibili per reagire ad eventuali violazioni del diritto comunitario causate dalla decisione del giudice amministrativo, descritti ai punti 79 e 80 della sentenza del Corte: *il rimedio contro la violazione della direttiva 89/665 e dell'articolo 47, primo comma, della Carta derivante dalla giurisprudenza del supremo giudice amministrativo consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro. I singoli che sono stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, possono inoltre far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso [...]*²²¹.

La Costituzione ha previsto un sistema che coinvolge una pluralità di giurisdizioni, prevedendo un ordinamento giurisdizionale che comprende tutti gli organi investiti della funzione giurisdizionale. Questi organi sono suddivisi in quattro ordini differenti: giudice ordinario, Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Tribunali Militari (ed i giudici speciali che hanno superato la revisione di cui alla VI Disp. Trans. Cost.) al cui vertice si colloca la Corte di Cassazione come organo regolatore della giurisdizione, compito della quale è di assicurare il rispetto delle attribuzioni degli organi giurisdizionali, così come delineate dalla

220 E. Picozza, cit., 55.

221 Sentenza della Corte di Giustizia, 21 dicembre 2021.

Costituzione stessa e facendo in modo che la decisione del giudice non vada oltre le sue competenze. Allo stesso tempo *il sistema può dirsi improntato ad un pluralismo giurisdizionale, più precisamente a tre centri di interpretazione delle leggi: Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti. Ciò è stato reso possibile dalla previsione costituzionale – che ha recepito quanto già stabilito – secondo cui le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti non sono impugnabili in Cassazione se non per soli motivi attinenti alla giurisdizione (art. 111 Cost.), e dalla giurisprudenza della corte di Cassazione che ha circoscritti il sindacato ai limiti esterni della giurisdizione, lasciando autonomia interpretativa ai giudici amministrativi*²²². Difatti il Consiglio di Stato è al vertice dell'interpretazione delle norme che regolano i rapporti tra pubblica amministrazione e privati nel caso di lesione di un interesse legittimo, mentre la Corte dei Conti è posta al vertice nelle materie di responsabilità contabile e nelle altre previste dalla legge.

È possibile affermare che il punto di raccordo tra le varie giurisdizioni è l'articolo 108 della Costituzione che assicura ai giudici l'indipendenza e secondo cui “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali [...]”. Secondo la dottrina (M.V. Ferroni, cit., 326) *la Costituzione prevede un ordinamento giurisdizionale comprensivo di tutti gli organi investiti di funzione giurisdizionale, laddove l'elemento che caratterizza la funzione giurisdizionale è l'indipendenza; che appunto sarebbe garantita a tutti gli organi che esercitano la funzione giurisdizionale compresi quelli posti al di fuori della magistratura ordinaria.*

La dottrina ancora ha ricordato che *di recente vi è chi ha sostenuto che la formula di sintesi “aperta” del nuovo articolo 111 della Costituzione – secondo cui “la giurisdizione si attua con il giusto processo regolato dalla legge” – varrebbe a rinforzare il principio di “unicità della giurisdizione” che alcuni ritengono tuttora vigente nell'ordinamento costituzionale italiano*²²³. Come visto, la Costituzione non ha accolto le proposte emerse durante il dibattito in sede di Assemblea Costituente ed in particolare il progetto avanzato da Piero Calamandrei, che come si è detto era fervido sostenitore della giurisdizione unica. Come ha affermato E. Capaccioli (“Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa”, Diritto e

²²² E Follieri, “La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni”, cit., 918.

²²³ M.V. Ferroni, cit., 319.

processo. Scritti vari di Diritto pubblico, Padova, 1978, 349 ss.) il compito delle Sezioni Unite è quello di sorvegliare che tutti i giudici osservino i limiti delle rispettive competenze, quale “organo funzionalmente sovraordinato rispetto a tutte le giurisdizioni, ordinarie e speciali. Esse non si sostituiscono ai vari giudici perché hanno soltanto il potere di decidere sulla giurisdizione; ma impediscono gli abusi che i giudici potrebbero compiere sconfinando dalla sfera delle rispettive competenze”. L’On. Mortati aveva osservato durante l’Assemblea costituente che “se un tribunale ordinario giudica sui conti, questo eccesso di potere giurisdizionale si traduce in un’alterazione dell’ordine costituzionale dei poteri giurisdizionali, in una violazione di Costituzione”; con l’approvazione dell’articolo 95 Costituzione (attuale 103), si è prevista l’esistenza di due organi giurisdizionali (Consiglio di Stato e Corte Conti), “che, pur appartenendo allo stesso potere, sono autonomi nella loro competenza ed autonomi nella loro composizione ed organizzazione”.

La soluzione prospettata dall’On. Mortati consisteva nell’attribuire i conflitti di giurisdizione alla Corte Costituzionale (istituita con la nuova Costituzione, art. 135 ss.), che essendo “al di sopra dei vari poteri”, poteva essere l’organo adatto ad assolvere questo compito, sottraendolo alle Sezioni Unite. Questa proposta fu respinta e quindi il compito di dirimere i conflitti tra gli organi rimase di competenza della Cassazione.

Nonostante la decisione presa dai Padri costituenti, come si è visto, tutt’oggi vi sono autori che ancora sono a favore dell’unità della giurisdizione: A. Travi, che nell’intervento al seminario di studi sul tema “eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle sezioni unite della cassazione” (Roma 21 settembre 2021)²²⁴ ha affermato “sono convinto della insostenibilità dell’attuale disciplina del riparto di giurisdizione e, più in generale, delle giurisdizioni speciali, ritengo che sarebbe più razionale ed efficace un ordinamento che non contemplasse una pluralità di giurisdizioni, ma contemplasse l’esercizio della funzione giurisdizionale da parte di un’unica giurisdizione, sottoposta a una identica legge sull’ordinamento giudiziario e costituita da magistrati con una medesima disciplina dello stato giuridico”.

²²⁴ <https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/homepage.page>, 5/02/2022.

Come anche altri autori hanno affermato, è opinione comune²²⁵ che è proprio il dualismo giurisdizionale all'origine della questione: *il conflitto sorge con il dualismo giurisdizionale, si perpetua da più di 130 anni [...]. “In questo poco edificante scenario, è davvero un peccato capitale auspicare che prima o poi si pensi ad una blanda applicazione della logica che presiede al sistema costituzionale tedesco, cioè ad integrare i collegi delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato per costituire così un giudice dei conflitti di giurisdizione a composizione mista? Non se ne farà nulla, ovviamente: piace disputare agli accademici su (talora fantomatiche) questioni di principio. Ancor più, mi sembra, piace disputare ai giudici supremi, con la differenza che, dietro le questioni di principio, si profilano gli assetti di potere dei relativi corpi e le missioni di cui si ritiene questi siano investiti”.* Di qui la legittimità della riferita proposta, che mira alla creazione di una sorta di stanza di compensazione giurisdizionale cui prendano parte componenti dei plessi coinvolti così come di ogni altro tentativo ricostruttivo e/o innovativo che tenda a depotenziare le tensioni in atto, che come è evidente, costituiscono il frutto avvelenato dei definiti margini (motivi attinenti alla giurisdizione) in cui è confinato il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

Viene qui in rilievo l'idea di modificare la composizione delle Sezioni unite con la presenza di magistrati del Consiglio di Stato su ispirazione del modello francese. Idea che si è trasformata in una proposta legislativa, più precisamente la proposta di legge n. 649 presentata alla Camera il 22 maggio 2018 (proposta da On. Giusi Bartolozzi ed altri venti deputati), che si trova attualmente in corso di esame in Commissione. Essa mira al conferimento di una delega al Governo per istituire un Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di Cassazione, il cui compito dovrebbe essere quello di risolvere questioni di giurisdizione eventualmente “insorte nei giudizi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari e dei giudici speciali”. Alla lettera e) del progetto di legge è disciplinata la composizione del nuovo organo, ovvero dodici membri, di cui sei magistrati della Corte di cassazione, tre del Consiglio di stato e tre della Corte dei conti ed è inoltre stabilito che la presidenza venga attribuita a turno ai magistrati dei tre ordini con rotazione annuale.

²²⁵ B. Sassani, “L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette”, *Judicium*, 19 maggio 2021, 2.

Nel testo della proposta²²⁶ si legge che *l'attribuzione della risoluzione delle questioni di giurisdizione all'esclusiva cognizione della Corte di cassazione a sezioni unite ha determinato nell'ordinamento giuridico molteplici profili di contrasto trascinanti, tra l'altro, nell'esercizio del sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale dei giudici amministrativi e ciò dal celebre studio elaborato dai Presidenti della Cassazione e del Consiglio di Stato d'Amelio e Romano, sino alle più recenti pronunce concernenti il superamento dei limiti esterni della giurisdizione nel caso di contrasto con il diritto dell'Unione europea come interpretato dalla Corte di Giustizia della stessa Unione così da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale (Cassazione, sezioni unite, sentenza n. 953 del 2017). [...]*

Con riferimento alla sentenza n. 6 del 2018 che ha ristretto i casi di superamento di limiti esterni: *si tratta di una pronuncia giurisprudenziale che, seppur importante e proficua al fine di ricondurre tale peculiare sindacato al corretto riparto tra giurisdizioni [lascia] impregiudicata l'esigenza di individuare un "arbitro imparziale" della giurisdizione composto da giudici provenienti dalle diverse giurisdizioni, nel solco della risalente esperienza francese del Tribunale de conflits.*

Ciò posto, deve prendersi atto che con tale proposta di legge verrebbe essere inserita nel nostro assetto costituzionale un elemento regolatore spurio rispetto all'architettura delineata dai Padri costituenti. Questo elemento, per così dire in più, sarebbe compatibile, evidentemente, laddove si dovesse ritenere che la concreta dinamica dei rapporti tra le Corti, per come finora si è svolta, non è più gestibile con gli strumenti costituzionali, ma si è posta in un ulteriore livello tale da richiedere una diversa e nuova risposta. Soltanto mediante siffatta riflessione questo elemento spurio sarebbe compatibile e configurabile con l'assetto costituzionale attuale, ma la valutazione di tale compatibilità, e della sua necessità istituzionale, è rimessa necessariamente al legislatore.

Vi è chi²²⁷ ha osservato come *possa ritenersi in atto una sorta di guerra delle giurisdizioni, evidenziando che la "situazione italiana attuale vede una coesistenza forzata delle Sezioni*

²²⁶ <https://www.camera.it/leg18/1,09/02/22>.

²²⁷ A. Mutarelli, M. Gerardo, "Intorno all'attuazione dell'art. 111 Cost. Nelle questioni attinenti o inerenti alla giurisdizione. Proposte ricostruttive in ordine all'ammissibilità del ricorso i Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato", Rassegna Avvocatura dello stato - N. 2/2021, 1, <http://www.avvocaturastato.it>. 5/02/2022.

Unite della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, una situazione quasi da “separati in casa”. Nel dichiarato (auspicabile) obiettivo di realizzare una armonica coesistenza tra giurisdizioni si è così proposta la creazione di un organo misto di composizione dei conflitti [...] di qui la legittimità della riferita proposta, che mira alla creazione di una sorta di stanza di compensazione giurisdizionale cui prendano parte componenti dei plessi coinvolti così come di ogni altro tentativo ricostruttivo e/o innovativo che tenda a depotenziare le tensioni in atto, che come è evidente, costituiscono il frutto avvelenato dei definiti margini (motivi attinenti alla giurisdizione) in cui è confinato il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato. Nella riferita prospettiva è, infatti, di intuitiva evidenza l’osservazione che lo status di parti belligeranti verrebbe del tutto meno, se di contro, venisse ammessa tout court la ricorribilità per violazione di legge avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) ovvero ampliata la possibilità del ricorso per cassazione oltre “i motivi inerenti alla giurisdizione”.

Ma è possibile modificare il sistema a favore dell’unità della giurisdizione?

Ha affermato R. Rordorf (“Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta”, Il Foro Italiano, parte 5, fasc. 3, 2017, 1230) con riferimento alla tesi in favore del ritorno all’unità della giurisdizione, *non ci si può nascondere che essa si presenta oggi davvero assai poco praticabile, non foss’altro che per la fortissima opposizione che incontrerebbe nella magistratura amministrativa ed in larghi settori dell’avvocatura, oltre che per le obiettive difficoltà di realizzare un così radicale cambiamento in un contesto che già vede la magistratura ordinaria in condizione di forte affanno. Ragioni di ordine storico e di realismo politico sconsigliano perciò di prospettare una modifica costituzionale che puramente e semplicemente elimini le giurisdizioni speciali tuttora ammesse dalla nostra Carta.*

Come già visto, è stata la legge 31 marzo 1877, n. 3761 che ha affidato alla Corte di Cassazione il ruolo di organo regolatore della giurisdizione, ruolo che con l’avvento della Costituzione è stato costituzionalizzato all’articolo 111, 8° comma, e trasformato in un grado di impugnazione delle sentenze del Giudice Amministrativo, per le quali come è noto, esistono due gradi di merito (TAR e Consiglio di Stato) ed un grado di legittimità solo con

riferimento ai motivi inerenti la giurisdizione. Ampliare il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato (e Corte dei Conti), includendo non solo questioni attinenti la giurisdizione, significherebbe trasformare tale ricorso alla stregua del mezzo di impugnazione previsto per le sentenze del giudice ordinario dal comma 7 della Costituzione e 360 c.p.c., le quali sono ricorribili in Cassazione anche per ordinaria violazione di legge. In dottrina si è evidenziata l'autonomia del processo amministrativo che costituisce un sistema indipendente e distinto da quello civile²²⁸. La logica conseguenza sarebbe quella di prevedere per il processo amministrativo tutti i mezzi di impugnazione che la legge prevede per le decisioni del giudice ordinario, avverso le quali è possibile proporre ricorso in Cassazione per violazione di legge, così come stabilito dall'articolo 111, 7° comma., Cost., e dall'art. 360 c.p.c.. Infatti una delle soluzioni prospettate è quella di instaurare una "Cassazione amministrativa". A tal proposito la dottrina²²⁹ ha sostenuto che l'introduzione di un terzo grado di giudizio sarebbe conforme con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, sancito dall'articolo 111 della Costituzione, cui si ricollega l'articolo 24, che disciplina il diritto all'azione. Tuttavia, la previsione di un terzo grado di giudizio potrebbe comportare una violazione del giusto processo sotto il profilo della ragionevole durata del procedimento, enunciato al 2° comma dell'articolo 111., Cost., secondo cui "la legge ne assicura la ragionevole durata". Questa novità configurerebbe non soltanto una violazione della Carta Costituzionale ma anche del diritto sovranazionale, nello specifico ci si riferisce all'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

I Padri costituenti hanno elaborato in tema di giurisdizioni un sistema equilibrato di pesi e contrappesi che va dalla disposizione 101 della Costituzione fino alla sesta disposizione di attuazione. Questo sistema perfettamente calibrato può essere totalmente messo in crisi e sovvertito anche laddove soltanto si vada a modificare uno solo dei tasselli che lo compongono, nel senso che se la Corte di cassazione eccede dal controllo dei limiti esterni viene messa in discussione la sua stessa funzione e composizione (perché si direbbe che a questo punto che vi devono partecipare magistrati amministrativi); se il Consiglio di Stato tende ad allargare a sua volta la propria devoluzione giurisdizionale espandendosi, costringe

228 A. Travi., "Lezioni di giustizia amministrativa", XIII edizione.

229 M.V. Ferroni, cit., 144.

a sua volta la Cassazione ad intervenire, ma ciò comporterebbe il rischio di considerare il Consiglio di Stato non più come giurisdizione superiore, ma come un giudice di secondo grado. Ed allora la Corte Costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018, al di là della affermata statuizione tecnico - giuridica, ha voluto salvaguardare l'integrità dell'intero sistema giurisdizionale lanciando un messaggio agli organi che lo compongono, ovvero di non oltrepassare i limiti definiti dalla Costituzione, venendo altrimenti meno tutto questo sistema delineato dai Padri costituenti; e che così vivendo il sistema delle giurisdizioni, non si avvertirebbe la necessità di introdurre, per regolare i conflitti, un organo del tutto nuovo, per struttura e composizione.

Ed è proprio a questo fine che si ricollega l'auspicio contenuto nel discorso del Presidente del Consiglio di Stato: *al di là della richiamata parentesi, il Consiglio di Stato e Corte di cassazione sapranno continuare a confrontarsi nella ricerca di sempre nuove norme di garanzia per i cittadini, secondo quella logica di coordinamento e sistematicità delle tutele cui prima si è fatto cenno e che va avanti ormai da decenni, nella doverosa ricerca di un linguaggio e di un modello etico comuni alle giurisdizioni.*

BIBLIOGRAFIA

- R. Alessi, “Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milano, 1953.
- M. Allena, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali”, *Dir. Proc. Amm.*, fascicolo 4, 2012.
- V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. II, Napoli.
- F. Bilancia, “Ancora sull’atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?”, *Rivista AIC*, N.4/2012, 02/10/2012.
- F. Bile, “Riforme costituzionali e Corte di cassazione”, *Il Foro Italiano*, fasc. 5, 2011.
- R. Bin “E’ scoppiata la terza guerra tra le corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, *Rivista italiana di diritto pubblico*, N. 3 <https://www.federalismi.it/index.cfm>, 29-1-2022.
- V. Caianiello, “Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione”, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979.
- E. Calzolaio, “La violazione del diritto dell’Unione europea come <motivo di giurisdizione>”, *Il Foro italiano*, Fasc. 11, parte 01, 2020.
- E. Capaccioli, “Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa”, *Diritto Pubblico e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978.
- F. Caringella, L. Delpino e F. Del Giudice, “Diritto amministrativo”, Napoli, 1999.
- A. Cassatella, “L’eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 2, 1 giugno 2018.
- A. Celotto, L. Saltari, “Costituzione ragionata”, *Nel diritto editore*, 2020, p. 73.
- V. Cerulli Irelli, “Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità”, *Dir. Proc. Amm.*, Fasc. 4, 1985.
- V. Cerulli Irelli, “Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Fasc. 3, 2014.
- S. Chiarloni, “Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di diritto nuovo”, *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, fasc. 1, 2002.

M. P. Chiti, “La Corte Costituzionale come giudice naturale dell’assetto nazionale delle giurisdizioni- Osservazioni sull’ordinanza delle Sezioni Unite della cassazione n. 19598/20”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 1 febbraio 2021.

G. Cian e A. Trabucchi, “Commentario breve al codice civile”.

M. Clarich, “Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile”, *Diritto Processuale Amministrativo*, Fasc 2, 1 giugno 2021.

M. Clarich, “Manuale di diritto amministrativo”, Bologna, IV ed., 2020.

A. Corpaci, “Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato”, *Dir. Pubb.*, Fasc. 1, gennaio-aprile 2013.

G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, “Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, m. 19598”, *Questione Giustizia*.

F. D’Angelo, “La giurisdizione di merito del giudice amministrativo”, Torino, 2013.

F. Dal Canto, “il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc.3, 1 giugno 2018.

P.A. Del Frate, “L’interpretazione autentica nel XVIII secolo - Divieto di *interpretatio* e riferimento al legislatore” nell’illuminismo giuridico, Torino, 2000.

R. De Nictolis, “Codice del processo amministrativo”, Wolters Kluwer, 2017.

M. De Paolis, “Il processo amministrativo”, Padova, 2012.

F. De Stefano, “I discutibili presupposti del tribunale dei conflitti”, *Questione giustizia*, 20 maggio 2019.

C. Feliziani, “Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, 1 settembre 2019.

L. Ferrara, “Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione, la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa”, Milano, 2003.

- C. Ferri, “Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato”, *Dir. Proc.*, Vol. XXIII, 1968.
- M.V Ferroni, “Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stati”, Padova, 2005.
- E. Follieri, “La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni”, *Diritto Processuale Amministrativo*, Fasc. 4, 2001.
- E. Follieri, “Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa”, *Diritto Processuale Amministrativo*, Fasc. 3, 2014.
- M.P. Gasperini, “Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito”, Padova, 2002.
- S. Gattamelata, “Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o merito?”, *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 1, 1996.
- F. Gaverini, “Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione”, *Foro amm. CDS*, fasc. 1, 2007.
- G. Greco, “La violazione del diritto dell’Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?”, *Eurojus*, fasc.4, 2020.
- E. Guicciardi, “La giustizia amministrativa”, Padova, 1942.
- A. Lamorgese, “Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato”, *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 3 gennaio 2018.
- G. Leone, “Elementi di diritto processuale amministrativo”, Wolters Kluwer, VI ed..
- E. T. Liebman, “Domanda infondata e regolamento di giurisdizione”, *Riv.Dir.Proc.*, 1953, II.
- M. Macchia, “Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali”, Milano, 2012.
- A. Mangia, “Il lento incedere dell’unità della giurisdizione”, *Giur. Cost.*, fasc. 2, 2007.
- A. Mascia, “Codice del processo amministrativo”, Zanichelli, 1978.
- B.G. Mattarella, “L’attività”, in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. 1, *Diritto amministrativo generale*, II ed. Milano Giuffré, 2000.

- B.G. Mattarella, “Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell’attività amministrativa”, *Giornale di diritto amministrativo* N.9/2004.
- M. Mazzamuto, “Motivi inerenti alla giurisdizione – il giudice delle legge conferma il pluralismo delle giurisdizioni”, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 3.
- P. Mengozzi- C. Morviducci, “Istituzioni di diritto dell’Unione europea”, Wolters Kluwer, 2014, p. 92.
- S. Mirate, “La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia”, *Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1, 1 febbraio 2021.
- F. Modugno, “Eccesso di potere giurisdizionale”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, Vol. XII.
- A. Mutarelli, M. Gerardo, “Intorno all’attuazione dell’art. 111 Cost. nelle questioni attinenti o inerenti alla giurisdizione. Proposte ricostruttive in ordine all’ammissibilità del ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato”. *Rassegna Avvocatura dello stato – N. 2/2021*.
- B. Nascimbene e P. Piva, “Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea? ”, *Giustizia insieme*.
- G. Napolitano, “La logica del diritto amministrativo”, II ed..
- M. Nigro, “Giustizia amministrativa”, Bologna, 1994, IV ed..
- F. Olla, “Il Sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge”, *Giust. Civ.*, fasc. 6, 2008.
- A. Panzarola, “Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo”, *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, fasc. 2, 1 giugno 2018.
- P. Patrito, “i motivi inerenti la giurisdizione nell’impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato”, *Edizioni scientifiche italiane*, 2016.
- F. Patroni Griffi, “Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura”, *Giustizia civile*, n.4, 2015.
- E. Picozza, “Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni”, *Il Processo*, fasc. 1, 1 aprile 2021

A. Police, "Le forme della giurisdizione", in Scoca F.G., a cura di, Giustizia Amministrativa, Torino, 2003.

A. Proto Pisani, "A proposito di stile delle sentenze, effettività del diritto di azione e credibilità della giustizia dello Stato", nota a Cass. S.U. 14 ottobre 1977, n. 4371 in Foro italiano, 1977, fasc. I.

Ranelletti, "Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale, Foro it., 1928, fasc. 2.

E. Redenti, "Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo", cap. vizi di costituzione o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione, 1962, Milano.

A. Romano, "Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge N.205 del 2000", Dir. Proc. Amm., 2001.

N. Ronzitti, "Diritto internazionale", VI ed., Torino, 2019.

R. Rordorf, "Pluralità della giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta", Foro it., 2017.

A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, XIII ed., Napoli, 1982, pag. 525.

M.A. Sandulli, "L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica?", Foro Amministrativo (II), fasc. 2, 1 febbraio 2020.

M.A. Sandulli, "Diritto europeo e processo amministrativo", Diritto Pubblico Comunitario, Fasc. 1, 2008.

B. Sassani, "Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva, Milano, 1997.

B. Sassani, "L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette", Judicium, 19 maggio 2021.

S. Satta, "il Giudice e la legge", in Quad. dir. Proc. Civ., 1970.

F.G. Scoca, "Processo amministrativo ieri, oggi, domani", Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 4, 1 dicembre 2020.

F.G. Scoca, "Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse", Dir. proc. amm., fasc. 1, 2013

- F.G. Scoca, “Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo”, fasc. 1, 1 aprile 2021.
- E. Scoditti, “Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi, una questione aperta, Il Foro Italiano, fasc. 6, parte 5, 2014.
- G. Serges, “Diritto Pubblico”, II ed., Torino, 2015.
- S. Spuntarelli, “Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc. 3, 1 settembre 2018.
- M. Taruffo, “Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., fasc. 1, 2001.
- S. Tarullo, “Il giusto processo amministrativo. Studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea”, Milano, 2004.
- B. Tonoletti, “Il sindacato della cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo”, Foro it., fasc. 5, 1998.
- L. Torchia, “La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione”, Giornale di diritto amministrativo, 4/2009.
- A. Travi, “I motivi inerenti alla giurisdizione il diritto dell’Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite”, Foro italiano, Parte I, 2020.
- A. Travi, intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle sezioni unite della cassazione”, Roma 21 settembre 2017.
- A. Travi, “Manuale di giustizia amministrativa”, XIII ed., Torino.
- R. Villata, “Sui motivi inerenti alla giurisdizione”, Riv. Dir. proc. civ, 2015.
- G. Zagrebelsky, “Diritto allo specchio”, Torino, 2018.
- I. Zingales, “Il difetto assoluto di giurisdizione tra apparenza e realtà”, Foro Amm., fasc. 5, 2000.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale n. 204 del 2004
Corte Costituzionale n. 281 del 2004
Corte Costituzionale n. 191 del 2006
Corte Costituzionale 5 aprile 2012 n. 81
Corte Costituzionale n. 123 del 2017
Corte Costituzionale sentenza n. 6 del 18-1-2018
Cass. S.U. 4 luglio 1949 n. 1657
Cass. S.U. 11 ottobre 1952 n. 3008
Cass. S.U. 4 marzo 1966 n. 636
Cass. S.U. n. 1075 del 19-5-1967, Rv. 327455-01
Cass. S.U. n. 2233 del 5-6-1975 (Rv. 376026-01)
Cass. S.U. 1 luglio 1981 n. 4526
Cass. S.U. 15 giugno 1987 n. 5266
Cass. S.U. 20 giugno 1987 n. 5549
Cass. S.U. 3 luglio 1989 n. 3182
Cass. S.U. 14 gennaio 1992 n.368
Cass. S.U. 11 dicembre 1992 n. 870
Cass. S.U. 6 maggio 1993 n. 5238
Cass. S.U. 11 novembre 1993 n. 11077
Cass. S.U. 14 gennaio 1997 n. 313
Cass. S.U. 26 marzo 1997 n. 2667 (Rv. 503269-01)
Cass. S.U. 22 settembre 1997 n. 9344 (Rv. 508162-01)
Cass. S.U. 27 luglio 1998 n. 7350
Cass. S.U. 22 luglio 1999 n. 500
Cass. S.U. 26 gennaio 2000 n. 1
Cass. S.U. 13 marzo 2001 n.111

Cass. S.U. 9 novembre 2001 n. 13927
Cass. S.U. 6 dicembre 2001 n. 15496
Cass. S.U. 18 dicembre 2001 n. 15978
Cass. S.U. 19 novembre 2002 n. 16270
Cass. S.U. 30 gennaio 2003 n. 1511
Cass. S.U. 15 luglio 2003 n. 11091
Cass. S.U. 22 dicembre 2003 n. 19664
Cass. S.U. 10 giugno 2004 n. 11023
Cass. S.U. 4 febbraio 2005 n. 2199
Cass. S.U. 29 aprile 2005 n. 8882
Cass. S.U. 3 maggio 2005 n. 9101
Cass. S.U. 21 dicembre 2005 n. 28263
Cass. S.U. 16 gennaio 2007 n. 753
Cass. S.U. 19 gennaio 2007 n. 1136
Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748
Cass. S.U. 31 ottobre 2008 n. 26302 (Rv. 605560-01)
Cass. S.U. 21 dicembre 2008 n. 30254
Cass. S.U. n. 1853 del 26-1-2009
Cass. S.U. 1 luglio 2009 n. 15383
Cass. S.U. n. 19048 del 6-9-2010
Cass. S.U. n. 2065 del 28-1-2011 (Rv. 616021-01)
Cass. S.U. ord. n. 2068 del 28-1-2011 (Rv. 616162-01)
Cass. S.U. 28 aprile 2011 n. 9443
Cass. S.U. 25 luglio 2011 n. 16165
Cass. S.U. 21 novembre 2011 n. 24411
Cass. S.U. 17 febbraio 2012 n. 2312 (Rv. 621165-01 e Rv.621164-01)
Cass. S.U. 8 marzo 2012 n. 3622
Cass. S.U. 12 marzo del 2012 n. 3854

Cass. S.U. 25 giugno 2012 n. 10503
Cass. S.U. 21 giugno 2012 n. 10294
Cass. S.U. 20 luglio 2012 n. 12607
Cass. S.U. 8 febbraio 2013 n. 3037
Cass. S.U. 29 marzo 2013 n. 7929
Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886
Cass. S.U. 24 luglio 2013 n. 17933
Cass. S.U. 9 settembre 2013 n. 20590
Cass. S.U. 12 dicembre 2013 n. 27847
Cass. S.U. 16 gennaio 2014 n. 774
Cass. S.U. 20 gennaio 2014 n. 1013
Cass. S.U. 27 gennaio 2014 n. 1518
Cass. S.U. 4 febbraio 2014 n. 2403
Cass. S.U. 10 febbraio 2014 n. 2910 (Rv. 629517-01)
Adunanza Plenaria 20 gennaio 2015 n. 140
Cass. S.U. n. 2242 del 6-2-2015
Cass. Sez. 1 16 giugno 2015 n. 12317 (Rv. 635752-01 e Rv 635753-01)
Cass. S.U. 5 ottobre 2015 n. 19787
Cass. S.U. 1 febbraio 2016 n. 1840
Cass. Ord. 8 aprile 2016 n. 6891
Adunanza Plenaria 21 marzo 2016 n. 1126
Cass. S.U. ord. 8 aprile 2016 n. 107
Cass. S.U. 8 luglio 2016 n. 14042 (Rv. 640438-01)
Cass. S.U. 17 gennaio 2017 n. 956
Cass. S.U. 22 marzo 2017 n. 7295
Cass. S.U. 29 marzo 2017 n. 8117
Cass. S.U. 6 giugno 2017 n. 13976
Cass. S.U. 16 giugno 2017 n. 14858
Cass. S.U. 4 luglio 2017 n. 16417

Cass. S.U. 19 settembre 2017 n. 21617
Cass. S.U. 22 marzo 2017 n. 7295
Cass. S.U. 11 luglio 2018 n.18240
Cass. S.U. 30 luglio 2018 n. 20168
Cass. S.U. 7 settembre 2018 n. 21926
Cass. S.U. n. 9773 del 26-5-2020
Cass. S.U. ord. n. 16260 del 29-7-2020
Cass. S.U. 20 marzo 2019, n. 7926
Cass. S.U. 25 marzo 2019, n. 8311
Cass. S.U. 16 aprile 2019, n.13248
Cass. S.U. 7 maggio 2019, n. 11929
Cass. S.U. 30 agosto 2019, n. 21689
Cass. S.U. 30 ottobre 2019, n. 27842
Cass. S.U. 11 novembre 2019, 29085
Cass. S.U. 18 settembre 2020, n. 19598
Cass. S.U. 30 ottobre 2020, n. 24107
Cass. S.U 21 luglio 2020, n. 15490
Cass. Ord. 14 settembre 2020 n. 19085
Cass. S.U. 12 marzo 2021, n. 7031
Cass. Ord. 4 febbraio 2021, n. 2604
Cass. S.U. 26 marzo 2021, n. 8571
Cass. Ord. 29 aprile 2021, n. 11297
Cass. S.U. 4 febbraio 2021, n. 2684
Conclusioni Avvocato Generale G. Hogan (9 settembre 2021)
Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) del 21 dicembre 2021, Randstad Italia S.p.A. contro Umana S.p.A. e a., causa C-497/2
C.diS., Adunanza Plenaria, n. 11/2008, Il Foro It.,Vol.132, No. 1, Gennaio 2009, Anno CXXXIV, Roma, 2009, V. CXXXII, parte 3°, pp.1/2-15/16.
Cons. St., Sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311

C.diS., Adunanza Plenaria, n. 11/2008, Il Foro It., Vol.132, No. 1, Gennaio 2009, Anno CXXXIV, Roma, 2009, V. CXXXII, P. 3°, pp.1/2-15/16.

Adunanza Plenaria 14 luglio 1978 23

Adunanza Plenaria 10 aprile 1980 n.10

Isabella Tilocca