

L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)

Sommario: 1. Evoluzione storica, fonti di disciplina e provvedimenti impugnabili. - 1.1. Evoluzione storica. Il “puzzle” delle norme sul sindacato per motivi di giurisdizione. - 1.2. L'unica fonte normativa è l'art. 111 ult. c. Cost. - 1.3. L'esegesi dell'art. 111, ult. c. Cost. - 1.4. I provvedimenti impugnabili. - 2. I “soli motivi inerenti alla giurisdizione”. - 2.1. Tipologia schematica e terminologia convenzionale: difetto assoluto e relativo di giurisdizione, eccesso di potere giurisdizionale, invasioni, sconfinamenti, arretramenti, limiti esterni e limiti interni. - 2.2. Il difetto “relativo di giurisdizione”. - 2.3. L'invasione e lo sconfinamento nella sfera riservata alla legge. Sconfinamento nella sfera legislativa e interpretazione della legge. - 2.4. Lo sconfinamento nella sfera amministrativa – 2.4.a) Profili generali. - 2.4.b) Il caso del sindacato del giudice amministrativo sull'esclusione dalle gare per “deficit di fiducia”. - 2.4.c) Il sindacato del g.a. sulle valutazioni tecniche opinabili e sulla scelta discrezionale di una delle soluzioni tecniche. Il caso dei provvedimenti antitrust: dal sindacato di attendibilità a quello di maggiore attendibilità nella prospettiva della *full jurisdiction*. - 2.4.d) La giurisdizione di merito sulla sorte del contratto. - 2.4.e) Il sindacato per motivi di giurisdizione sul giudizio di ottemperanza: il confine tra giudizio di co-

gnizione e di ottemperanza. - 2.4.f) Profili del giudizio di ottemperanza non sindacabili per motivi di giurisdizione. - 2.4.g) Il sindacato per motivi di giurisdizione in relazione ai giudizi di ottemperanza a giudicati del giudice ordinario. - 2.4.h) Il sindacato per motivi di giurisdizione sui giudizi di ottemperanza relativi a “vicende chiuse”. - 3. I limiti interni della giurisdizione, non sindacabili in cassazione: errori *in iudicando* e *in procedendo*. - 3.1. Non sindacabilità in cassazione, in linea di principio, degli errori *in procedendo* e *in iudicando*. - 3.2. Casistica su *errori in procedendo* e *in iudicando* non sindacabili. - 3.3. Ipotesi di frontiera tra la violazione dei limiti esterni e interni della giurisdizione: il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia. - 3.3.a) In generale. - 3.3.b) L’irregolare costituzione del collegio giudicante. - 3.3.c) Sindacabilità in cassazione degli *errori in procedendo* attinenti alla giurisdizione: violazione dei limiti esterni o interni della giurisdizione? - 3.3.d) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso dell’azione risarcitoria autonoma. - 3.3.e) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso di ricorso principale e incidentale incrociati. - 3.3.f) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il radicale stravolgimento delle regole processuali (e sostanziali?) come diniego di giustizia sindacabile in cassazione. - 3.3.g) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso CEDU Staibano e Mottola; dal sindacato sul radicale stravolgimento delle norme di rito al sindacato per “violazione di legge”. - 3.4. La tesi dottrinale della sindacabilità

per “violazione di legge” delle sentenze del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi. – 4. Conclusioni. – 4.1. Cosa dice la Costituzione formale. – 4.2. L’estensione del sindacato alla “violazione di legge” *de iure condito* e *de iure condendo*. Modernità della Costituzione formale. – 4.3. Un numero limitato di “ingerenze” della Cassazione nel processo amministrativo, ma di grande impatto. – 4.4. Fu vero rifiuto di giustizia? – 4.5. Misure per l’efficacia e effettività dei rimedi esistenti. – 4.6. Il “dialogo tra le Corti” e la “Corte della giurisdizione”. – 4.7. Il sindacato per “diniogo di giustizia” nel contesto dell’art. 111: “un’arma nucleare di riserva” contro le violazioni della Costituzione.

1. Evoluzione storica, fonti di disciplina e provvedimenti impugnabili

1.1. Evoluzione storica. Il “puzzle” delle norme sul sindacato per motivi di giurisdizione

Il tema del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è tra i più tormentati e controversi del diritto processuale amministrativo, uno di quelli in cui la casistica e il diritto vivente rischiano di far perdere di vista le norme positive.

E’ invece necessario, a rischio di ripetere cose che sembrano ovvie, partire dai “fondamentali” e dunque dalle norme vigenti.

Un percorso non semplice perché il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è de-

scritto da plurime fonti normative, di rango e epoche diverse, e con formulazioni letterali difformi.

L'interprete deve perciò compiere due operazioni differenti: deve anzitutto capire se le diverse formule normative abbiano diverso o identico significato e, nella prima ipotesi, optare per una di esse. E dopo tale operazione preliminare, deve procedere alla interpretazione della formula normativa prescelta.

La prima operazione, a sua volta, deve essere frutto di una "scelta" orientata dall'applicazione dei consueti canoni esegetici.

Occorre partire dal dato costituzionale, dando conto poi di altre disposizioni vigenti, con rango di legge ordinaria, anteriori e successive alla norma costituzionale.

Dispone l'**art. 111, ultimo comma, Cost.** che contro le decisioni del Consiglio di Stato "*il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*"¹.

¹ V., prima del c.p.a., CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979; D'ORSOGNA *Il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di MORBIDELLI), Milano 2005, 920-923; FERRONI *Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova 2005, X-414; BERLATI "*Limiti esterni*" della giurisdizione amministrativa e ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in AC 1997, 241; dopo il c.p.a. v. D'ORSOGNA *Il ricorso per cassazione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di MORBIDELLI), Milano 2015,

E' bene comprendere il contesto in cui tale disposizione costituzionale matura.

Partendo dal tema dell'organo deputato a risolvere i "conflitti di giurisdizione":

- dapprima la l. sarda 20.11.1859 n. 3780 aveva attribuito a un decreto del re, su parere del Consiglio di Stato la soluzione dei conflitti (tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, tra giudice ordinario e tribunali del contenzioso amministrativo; tra giudici del contenzioso amministrativo e pubblica amministrazione, ipotesi marginale), con un meccanismo finalizzato essenzialmente alla difesa dell'amministrazione da ingerenze del potere giudiziario, secondo il modello francese;

- in prosieguo la l. 20.3.1865 n. 2248 all. E istituì la giurisdizione unica abolendo i tribunali del contenzioso amministrativo; sicché l'ambito della l. sarda n. 3780/1859, che venne esteso a tutto il territorio italiano (art. 13, l. n. 2248/1865 all. E), era solo quello dei conflitti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, conflitti la cui soluzione veniva affidata al Con-

1015 ss.; GATTAMELATA, *Il ricorso in cassazione sulle sentenze del consiglio di stato*, in *DPA*, 2014, 1043; MEALE *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo* (a cura di CARANTA), Bologna 2011, 820-826; VITTORIA *Commento agli artt. 110 e 111 c.p.a.*, in AA.VV., *Il processo amministrativo - commentario al d.lgs. n. 104/2010* (a cura di QUARANTA e LOPILATO), Milano 2011, 847-863; per una ricostruzione storica MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *DPA*, 2012, 1677 ss.

siglio di Stato, invece che al re (art. 10, l. n. 2248/1865 all. D), ponendo il Consiglio di Stato, organo all'epoca amministrativo, al vertice del sistema dei conflitti tra a.g.o. e p.a.².

Talvolta si manifesta nostalgia per il “tribunale dei conflitti”, ma per come esisteva nell' '800, è un modello da non rimpiangere: mancava della necessaria imparzialità.

In tale contesto la l. n. 3761/1877 intese porre al vertice del sistema dei conflitti la Corte di cassazione con sede in Roma, in regime di giurisdizione unica, affinché fosse garantita una maggiore autonomia dell'organo dall'Esecutivo, nella soluzione dei conflitti tra a.g.o. e amministrazione; tale legge regolava anche i conflitti tra a.g.o. e Consiglio di Stato, quest'ultimo avente solo competenze amministrative; rimaneva “l'arma di guerra” dell'amministrazione, ossia il regolamento di giurisdizione chiesto dall'amministrazione che non fosse parte in causa, operando quella che fu una “*transazione tra i principi e la ragion di Stato*” [CIPRIANI].

- in prosieguo istituita la IV sez. del Cons. di Stato nel 1889, la V nel 1907 e la VI nel 1923, con il riconoscimento, ad opera della l. del 1907 della natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato, continuò

² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (quarta ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro), 157 ss.; VERRIENTI, *Commento all'art. 48, r.d. n. 1054/1924*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 2001

ad applicarsi la legge del 1877, e in particolare l'art. 3, n. 3, configurandosi il contrasto tra a.g.o. e Consiglio di Stato non più come un conflitto tra a.g.o. e p.a. ma tra a.g.o. e giudice speciale;

- poi la l. n. 62/1907 nel riconoscere natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato, dispose la ricorribilità in cassazione delle sue decisioni per “difetto assoluto di giurisdizione” che si sommava all'ipotesi della denuncia dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione; la formula passò così nel t.u. n. 638/1907 e poi nell'art. 48, t.u. n. 1054/1924.

L'art. 48, r.d. 26.6.1924 n. 1054 statuiva che le decisioni del Consiglio di Stato “*pronunziate in sede giurisdizionale possono agli effetti della legge 31.3.1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso per cassazione. Tale ricorso tuttavia è proponibile soltanto per **assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato***”.

L'art. 48 formalmente richiama la l. n. 3761/1877, il cui art. 3, n. 3, l. n. 3761/1877 (peraltro emanato in epoca di “giurisdizione unica” introdotta dalla L.A.C. del 1865), afferma che spetta alla Corte di cassazione “*giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere*”.

Si parla ivi di “incompetenza (nell'accezione di difetto di giurisdizione nel rapporto con altri giudici) e di “eccesso di potere” (nel senso all'epoca di difetto assoluto di attribuzioni.

Il contenuto della l. n. 3761/1877 venne trasfuso nel

c.p.c. del 1942: e la stessa legge va ritenuta tacitamente abrogata per effetto del c.p.c., sebbene non vi sia mai stata un'abrogazione espressa.

Invero l'**art. 362, c. 1, c.p.c.**, ancora oggi in vigore, aveva stabilito che possono essere impugnate con ricorso per cassazione le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, *“per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso”*.

Dopo la Costituzione, l'**art. 36 l. Tar**, ribadiva che contro le decisioni pronunziate dal Consiglio di Stato in secondo grado è ammesso *“il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione”*.

Parimenti, l'**art 10, c. 2, d.lgs. 24.12.2003 n. 373**, dispone che avverso le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa (che costituisce una sezione del Consiglio di Stato) *“è ammesso ricorso alle sez. un. della Corte di cassazione per motivi inerenti la giurisdizione”* [Cass., sez. un., 22.11.1993 n. 11491].

Il **c.p.a.** del 2010 a sua volta riafferma tale regola nell'**art. 91** e nell'**art. 110**, che riproducono testualmente l'**art. 111, ult. c., Cost.**, menzionando *“il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*. Inoltre non abroga, almeno espressamente, l'art. 48, r.d. n. 1054/1924.

In prosieguo, la stessa formula è stata mutuata dall'art. 177, c. 1, d.lgs. n. 174/2016, recante il codice della giustizia contabile, per delimitare il sindacato della Cassazione sulle decisioni della Corte dei conti.

1.2. L'unica fonte normativa è l'art. 111 ult. c. Cost.

Questo complesso e complessivo quadro normativo, frutto di stratificazioni di epoche diverse, usa dunque tre diverse locuzioni, per definire il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato.

E a prima lettura si potrebbe pensare che si tratti di formule non solo lessicali ma anche sostanziali diverse che disegnano tre diversi tipi di sindacato, di diversa intensità, come tre cerchi concentrici.

L'art. 48 r.d. n. 1054/1924, formalmente ancora in vigore, usa la formula letterale apparentemente più restrittiva del sindacato della Cassazione: le decisioni del Consiglio di Stato sono sindacabili “soltanto” “per difetto assoluto di giurisdizione”.

L'art. 111 Cost., seguito poi dal c.p.a., adotta una formula lessicale meno restrittiva, facendo riferimento a “i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Altre fonti normative, anteriori e successive alla Costituzione, e segnatamente il c.p.c., la legge Tar e le norme di attuazione dello statuto della Regione Siciliana, usano una formula ancor più blanda, facendo riferimento a “i motivi inerenti alla giurisdizione” o “i motivi attinenti alla giurisdizione”, senza l'aggettivazione restrittiva dei “soli motivi”.

Sul piano letterale, la Costituzione non opta per nessuna delle due formule previgenti de “il solo difetto assoluto di giurisdizione” e de “i motivi attinenti alla giurisdizione” non meglio aggettivati: l'art. 111 ult. co. Cost. usa una terza locuzione: i “soli motivi ine-

renti alla giurisdizione”.

Si potrebbe a una prima lettura pensare che sia una sintesi non solo lessicale, ma sostanziale, e che i soli motivi inerenti alla giurisdizione siano un concetto più ampio del difetto assoluto di giurisdizione, ma al contempo più ristretto dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, quasi ci fossero tre cerchi concentrici di diverso ambito, vale a dire i motivi inerenti alla giurisdizione, i soli motivi inerenti alla giurisdizione, il difetto assoluto di giurisdizione.

Tuttavia, convince di più l’esegesi che si tratti di tre formule solo lessicalmente diverse, ma che hanno lo stesso significato.

A favore della esegesi che attribuisce un significato equivalente alle tre formule linguistiche differenti soccorre la ricostruzione storica.

Sul piano storico, come si è già detto, il Costituente aveva presente un quadro normativo rappresentato da:

- art. 3, l. n. 3761/1877;
- art. 48, r.d. n. 1054/1924;
- art. 362 c.p.c.

Disposizioni che individuano con espressioni formali diverse il sindacato della Cassazione sulle giurisdizioni speciali.

La legge del 1877 usando locuzioni proprie del sindacato sull’atto amministrativo, quasi a ritenere non giurisdizionali le decisioni dei giudici speciali (in epoca di giurisdizione unica, introdotta dalla L.A.C. del 1865), usa le locuzioni “incompetenza” ed “eccesso di potere”.

Nel linguaggio dell'atto amministrativo incompetenza è usata come sinonimo di "carezza di potere" o "difetto di attribuzione", che si contrappone all'"eccesso di potere" nell'accezione di "cattivo uso del potere".

Nella legge del 1877 si usa l'espressione "incompetenza" da un lato nel rapporto tra p.a. e giudice, e dunque incompetenza è il "difetto di attribuzione" del g.a. ovvero "il difetto di giurisdizione nei confronti della p.a.". Sempre tale legge parla poi di "conflitti di giurisdizione".

Infine, nella stessa norma dedicata ai conflitti di giurisdizione, la l. del 1877 parla anche di "incompetenza" ed "eccesso di potere" dei giudici speciali, e tali espressioni sono state intese come segue:

- "incompetenza" è il difetto relativo di giurisdizione nei rapporti tra giurisdizioni, e "eccesso di potere" è l'invasione della sfera riservata alla p.a.³.

La legge del 1924 fa riferimento al "difetto assoluto di giurisdizione" e dunque vuole sgombrare il campo da un sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere inteso come cattivo uso del potere giurisdizionale. L'intento è di circoscrivere il sindacato della Cassazione alla violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione, non anche dei "limiti interni". In ogni caso difetto assoluto di giurisdizione significa sia difetto perché nessun giudice ha giurisdizione e dunque si sconfinano nei poteri riservati alla legge o alla p.a., sia

³ BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, 165; NIGRO, *op. ult. cit.*

perché si sconfinava nella giurisdizione di altro giudice. Come si vede, al di là delle diverse formulazioni letterali, il significato pratico è lo stesso.

Va allora sgombrato il campo dalla tesi, talora sostenuta, della sopravvivenza dell'art. 48, t.u. n. 1054/1924, tesi che postula che il “difetto assoluto di giurisdizione” abbia un significato diverso e più restrittivo dei “motivi inerenti alla giurisdizione”.

In astratto, da un lato si potrebbe pensare ad un'abrogazione tacita, in virtù del carattere successivo e completo della fonte sopravvenuta; dall'altro lato, si potrebbe anche pensare che la mancata abrogazione sia frutto di una scelta consapevole, ove si consideri che l'art. 4, c. 1, n. 4, disp. coord. e abr. c.p.a., abroga una serie di articoli del citato t.u., ma “salta” l'art. 48 (testualmente si legge che sono abrogati, tra gli altri, gli artt. da 34 a 47 e da 49 a 56 compresi).

Non si può tuttavia condividere la tesi che, partendo dalla considerazione che gli artt. 111 Cost., 362 c.p.c., 91 e 110 c.p.a., 10, d.lgs. n. 373/2003, avrebbero una portata applicativa più ampia (motivi inerenti alla giurisdizione) rispetto al previgente art. 48, t.u. n. 1054/1924, che si riferiva solo al difetto assoluto di giurisdizione⁴, ritiene che l'art. 48 t.u. n. 1054/1924 sia ancora in vita, perché non abrogato in occasione del riordino operato dal c.p.a. nel 2010, e afferma che sarebbe la “**chiave di volta**” che disciplina i limiti del

⁴ CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino 1994, 299.

ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ammesso per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, e non dei “limiti interni” attinenti alle tecniche di tutela delle posizioni giuridiche devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo⁵.

A tale tesi possono porsi plurime obiezioni: l’art. 48 t.u. n. 1054/1924 appartiene a un diverso ordinamento costituzionale, ed è superato dalla Costituzione, che è fonte non solo successiva ma anche gerarchicamente sovraordinata.

Quale che fosse l’intenzione di chi ha scritto il codice del proc. amm. nel 2010, nel “risparmiare” dall’abrogazione espressa l’art. 48 t.u. n. 1054/1924, sembra ragionevole affermare che esso sia stato travolto già dall’art. 111 ult. c. Costituzione del 1948⁶, e comunque dal c.p.a.

Se, per assurdo, si poteva sostenere, all’indomani della Costituzione, nel lontano 1948, che l’art. 111 ult. c. Cost. fosse norma non “*self executing*” necessitante di norme di attuazione, e pertanto giustificare all’epoca la sopravvivenza del citato art. 48, questo non è più sostenibile dopo il c.p.a.

⁵ MARUOTTI, *Questioni generali sull’appello*, in AA.VV., *Il processo amministrativo - commentario al d.lgs. n. 104/2010* (a cura di QUARANTA e LOPILATO), Milano 2011, 746-747.

⁶ Nel senso che l’art. 48 t.u. n. 1054/1924 vada letto in conformità all’art. 111 u. c. Cost. v. P. SIRACUSANO, *Commento all’art. 48 t.u. n. 1054/1924*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa* (a cura di Battini, Mattarella, Sandulli, Vesperini), Torino, 2007.

Tanto l'art. 111 ult. c. Cost. è norma *self executing*, che il c.p.a. ne ha mutuato la formulazione letterale senza alcun cambiamento e alcuna ulteriore regola.

Dunque l'art. 111 ult. c. Cost. è norma *self executing* che si applica grazie all'interpretazione giurisprudenziale, senza la mediazione di una legge ordinaria di attuazione.

Dopo la Costituzione l'ambiguità terminologica è proseguita, perché, come visto sia la l. Tar del 1971 che le norme di attuazione siciliane, nel 2003, fanno riferimento ai "motivi inerenti alla giurisdizione" anziché "ai soli motivi inerenti alla giurisdizione".

Ma è agevole affermare, in base al canone dell'esegesi costituzionalmente orientata, che non possono aver inteso dire una cosa diversa da quello che dice l'art. 111 Cost.

Del resto, l'art. 36 l. Tar è ormai abrogato.

Dunque il tema conserva attualità per l'art. 10, d.lgs. n. 373/2003, relativo al ricorso per cassazione contro le decisioni del CGARS.

Ma l'art. 10 citato va letto alla luce del sopravvenuto c.p.a. nel 2010, che finalmente, e per la prima volta dopo l'entrata in vigore della Costituzione, è la prima e unica legge di rango ordinario che, per il processo amministrativo, ricopia fedelmente l'art. 111 Cost. facendo riferimento a "i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

Sul piano logico, non è pensabile che il sindacato della Corte cost. possa essere di diversa intensità a seconda che riguardi sentenze del CGARS o del Consi-

glio di Stato.

Sul piano dell'esegesi costituzionalmente orientata, come già detto, l'art. 10 d.lgs. n. 373/2003 non può dire una cosa diversa dall'art. 111 ult. co. Cost.

In conclusione la norma dalla cui esegesi muovere è l'art. 111 ult. co. Cost., norma *self executing*, e comunque doppiata dagli artt. 91 e 110 c.p.a.

1.3. L'esegesi dell'art. 111, ult. c. Cost.

Si tratta ora di compiere la seconda operazione esegetica, e capire che significato attribuire all'espressione "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" recata dall'art. 111, ult. c. Cost.

Alla luce di quanto sopra esposto, l'aggettivo "soli" riferito ai motivi di giurisdizione non ha una valenza esegetica rispetto alle altre norme che descrivono il sindacato della Cassazione in modo lessicalmente diverso (48 r.d. n. 1054/1924, art. 362 c.p.c.).

Piuttosto, l'aggettivo "soli" riferito ai motivi inerenti la giurisdizione acquista valenza esegetica nel rapporto tra 111 c. 8 e 111 c. 7.

L'art. 111 c. 7 prevede il sindacato della Cassazione sulle sentenze, per "violazione di legge": legge sia sostanziale che processuale.

Le questioni di giurisdizione sono anch'esse una violazione di legge, astrattamente rientrante nell'art. 111, c. 7, se non ci fosse il c. 8.

Perciò l'art. 111 c. 8, derogando all'art. 111 c. 7, circoscrive il sindacato della cassazione sulle sentenze dei giudici speciali alla sola violazione di legge che

sono i motivi inerenti alla giurisdizione.

“Giurisdizione”, a sua volta, è nozione tecnica diversa da “processo” ed è la preconditione perché un dato processo possa celebrarsi davanti a un dato giudice. E’ la sfera di competenza di un determinato giudice, delimitata rispetto alla competenza della p.a., di altri giudici nazionali, di giudici stranieri o sovranazionali. Dunque la Costituzione, quando usa la locuzione “giurisdizione” e la locuzione “soli motivi” di giurisdizione, intende scegliere tra due possibili modelli: quello del sindacato solo sulla spettanza della giurisdizione (i c.d. limiti esterni), e quello del sindacato, oltre che sulla spettanza della giurisdizione, sulle modalità di esercizio concreto attraverso l’applicazione delle regole processuali, con estensione del controllo al cattivo esercizio della giurisdizione (la violazione dei c.d. limiti interni).

A tale opzione ermeneutica si perviene anche leggendo il comma 8 dell’art. 111 in relazione agli altri commi dell’art. 111 Cost. (diversi dal comma 7) nonché in combinato disposto con gli artt. 103 e 113 Cost. L’art. 111 infatti indica anche i principi ispiratori di ogni processo, di ogni codice processuale: giusto processo (art. 111 c. 1 Cost.), contraddittorio tra le parti e parità delle parti, giudice terzo e imparziale, ragionevole durata (art. 111 c. 2 Cost.), motivazione obbligatoria dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, c. 6, Cost.).

Le violazioni della legge processuale che siano violazioni di tali principi del processo, sono incluse nel

sindacato di violazione di legge da parte della Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost.

Perciò il sindacato sui “soli motivi di giurisdizione” ex art. 111, comma 8 Cost., intende escludere dal sindacato anche le violazioni dei principi processuali enunciati dal medesimo art. 111.

Vi è una chiara contrapposizione tra sindacato in cassazione per violazione di legge, anche processuale, e anche consistente nella violazione dei principi processuali, e sindacato per motivi di giurisdizione.

In sintesi, la violazione dei canoni processuali enunciati nello stesso art. 111 Cost. è violazione di legge processuale, non motivo di giurisdizione.

E questo emerge anche dall'art. 360 c.p.c., che contrappone “i motivi attinenti alla giurisdizione” (art. 360 n. 1 c.p.c.) alla violazione o falsa applicazione di norme sostanziali (art. 360, c. 3) e alla violazione delle norme processuali (art. 360, n. 5).

Ancora, “giurisdizione” è concetto diverso e più ristretto rispetto a “tutela giurisdizionale” espressione pure utilizzata ben due volte dalla Cost, nell'art. 113.

L'art. 103 disegna la “giurisdizione” del giudice amministrativo, mentre l'art. 113 declina l'oggetto e i modi della “tutela giurisdizionale” del cittadino nei confronti della p.a. davanti agli “organi di giurisdizione”.

In questo quadro “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” descrivono un sindacato della Cassazione sui soli confini tra i vari organi di giurisdizione, e non un sindacato esteso al “modo di erogazione” della tutela

giurisdizionale, un sindacato sulla violazione dei “limiti esterni” non anche dei “limiti interni”.

1.4. I provvedimenti impugnabili

Quanto ai **provvedimenti impugnabili**, si tratta delle “decisioni”, del Consiglio di Stato (e del CGARS) con **esclusione dei provvedimenti cautelari adottati dal Consiglio di Stato** [Cass., sez. un., 6.7.2011 n. 14842; Id., 27.11.2015 n. 24247; Id., 4.4.2017 n. 8685].

Peraltro non tutte le sentenze del Consiglio di Stato sono ritenute ricorribili per cassazione.

Le sez. un. hanno infatti affermato che la decisione pronunciata in secondo grado dal Consiglio di Stato a seguito di appello contro la decisione di primo grado del Tar declinatoria della giurisdizione, se riforma la sentenza impugnata e rimette al primo giudice per la decisione sul merito, è una sentenza che decide una questione senza definire neppure parzialmente il giudizio nel merito, e non è dunque immediatamente ricorribile per cassazione ai sensi dell’art. 360, c. 3, c.p.c., ma contestabile, facoltativamente, con regolamento preventivo di giurisdizione. La questione di giurisdizione potrà essere fatta valere avverso la sentenza di merito, dalla parte soccombente nel merito⁷.

Nel caso in cui il Consiglio di Stato renda prima una **sentenza parziale** e poi una sentenza definitiva, e af-

⁷ Cass., sez. un., 13.6.2012 n. 9588; Id., 18.10.2012 n. 17841; Id., 22.4.2013 n. 9688; Id., 2.7.2014 n. 20569, in *FI* 2014, 2014, I, 3098, con nt. critiche MASTRANGELO, BALENA, CARRATTA, DALFINO, OLIVIERI, PROTO.

fronti la questione di giurisdizione nella sentenza parziale, fermo che la sentenza parziale non può essere immediatamente impugnata e occorre attendere la sentenza definitiva, tuttavia, dopo che questa è resa, l'impugnazione va diretta contro la sentenza parziale e non contro quella definitiva: è la sentenza parziale che va impugnata con ricorso per Cassazione, e non la successiva sentenza definitiva che si occupi del merito senza occuparsi di giurisdizione, per l'effetto è inammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione proposto contro la sentenza definitiva [Cass., sez. un., 16.1.2014 n. 773].

Sono inoltre ricorribili per Cassazione le decisioni di ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica o al Presidente della Regione Siciliana, sempre per i soli motivi di giurisdizione, e non da parte del ricorrente che ha adito la sede straordinaria⁸.

⁸ In passato, la Cassazione aveva ripetutamente escluso il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., avverso il d.P.R. di decisione del ricorso straordinario, sul presupposto della natura amministrativa del rimedio: Cass., sez. un., 17.1.2005 n. 734, ord.; Cass., sez. un., 14.12.2004 n. 23236, ord., in *CdS* 2004, II, 2438, nt. CASALI; Cass., sez. un., 12.3.2003 n. 3660, ord..

Ma la tesi è stata ribaltata dalle sez. un. nel 2012, che hanno affermato l'opposto principio di diritto secondo cui in caso di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, avverso atti amministrativi definitivi per motivi di legittimità, da parte di chi vi abbia interesse, ricorso ammissibile, ai sensi del c.p.a., unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario in conformità del parere obbligato-

2. I “soli motivi inerenti alla giurisdizione”

2.1. Tipologia schematica e terminologia convenzionale: difetto assoluto e relativo di giurisdizione, eccesso di potere giurisdizionale, invasioni, sconfinamenti, arretramenti, limiti esterni e limiti interni

Partendo dalla conclusione esegetica raggiunta, ossia che il sindacato della Cassazione riguarda “i limiti esterni” della giurisdizione, si arriva ad alcune conclusioni condivise, che si possono illustrare brevemente, con alcuni chiarimenti sulla terminologia, di uso corrente, che distingue tra difetto assoluto e relativo, anche con l’uso della locuzione “eccesso di potere”, che ha assunto nel tempo molteplici significati.

Le decisioni del Consiglio di Stato sono ricorribili per cassazione o per **motivi inerenti all’esistenza stessa della giurisdizione in senso lato in rapporto ad altri poteri dello Stato**, ovvero quando il giudice amministrativo **oltrepassa, in concreto, i limiti esterni della “sua giurisdizione” in rapporto con altri organi facenti parte del potere giurisdizionale in senso lato**:

(i) realizzandosi la prima ipotesi qualora il Consiglio di Stato affermi la propria giurisdizione nella **sfera ri-**

rio e vincolante del Consiglio di Stato ha natura sostanziale giurisdizionale ed è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 362, c. 1, c.p.c. per motivi attinenti alla giurisdizione: Cass., sez. un., 19.12.2012 n. 23464; Cass., sez. un., 21.7.2015 n. 19786.

servata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (**c.d. arretramento**); tale ipotesi comprende il caso in cui, per materia attribuita alla propria giurisdizione di sola legittimità, il giudice compia un sindacato di merito riservato all'amministrazione (**c.d. sconfinamento**); (ii) e la seconda ipotesi verificandosi qualora il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (invasione/sconfinamento), o al contrario la neghi sull'erroneo presupposto che essa appartiene ad altri giudici (**arretramento o male intesa autolimitazione**)⁹.

Nel primo caso si parla di solito di “**difetto assoluto di giurisdizione**” (per intendere che nessun giudice – nazionale – ha giurisdizione), nel secondo caso si parla di “**difetto relativo di giurisdizione**” (per intendere che il giudice amministrativo non ha giurisdizione, ma esiste un altro giudice nazionale titolare della stessa). Al posto dell'espressione “difetto assoluto di giurisdizione” si usa anche, come sinonimo, quella di **eccesso**

⁹ Cass., sez. un., 22.9.1997 n. 9344, in *FI* 1998, I, 1566, nt. TONOLETTI *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *FI* 1998, I; Id., 19.1.2007 n. 1139; Id., 28.10.2009 n. 22759, ord.; per una disamina dei motivi inerenti alla giurisdizione denunciabili con ricorso per cassazione v. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino 1994, 300.

di potere giurisdizionale¹⁰.

Peraltro, anche in relazione al rapporto tra g.a. e p.a., l'espressione "eccesso di potere giurisdizionale" non sta ad indicare solo "l'invasione di campo" (ossia l'ipotesi in cui il g.a. esercita giurisdizione in un campo completamente riservato alla p.a., es. atto politico, o adozione di un atto amministrativo da parte del g.a.), ma anche, e ben più spesso "lo sconfinamento", ossia quei casi in cui il g.a. ha giurisdizione in astratto, ma entra in sfere altrui al confine con le proprie: sono i casi di sindacato di merito non consentito e al confine con la giurisdizione di legittimità, nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

Come già insegnava NIGRO¹¹, questa ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale come "sconfinamento" è quella "*dell'uso da parte del giudice (...) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge*".

Più di recente la categoria "eccesso di potere giurisdizionale" ha acquisito un terzo significato, identificandosi con il vizio di "diniego di giustizia nel caso di ra-

¹⁰ Nel senso che l'espressione "eccesso di potere giurisdizionale" nella prassi viene riferita al difetto assoluto di giurisdizione, v. MODUGNO, *Eccesso di potere (eccesso di potere giurisdizionale)*, in EGT Roma 1989, vol. XII; l'uso della locuzione "eccesso di potere giurisdizionale" come sinonimo di difetto assoluto di giurisdizione è corrente da parte delle sez. un.: *ex plurimis* v. Cass., sez. un., 15.7.2003 n. 11091; Id., 9.11.2011 n. 23302; Id., 14.9.2012 n. 15428; Id., 30.10.2013 n. 24468.

¹¹ NIGRO, *op. ult. cit.* 169.

dicale stravolgimento delle regole di rito e di merito”: si vedrà in prosieguo che si tratta di una diversa accezione dell’eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo non dell’*“an”* ma del *“quomodo”* della giurisdizione [per l’uso della locuzione dell’eccesso di potere giurisdizionale con riferimento al diniego di giustizia v. Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 964; Id., 15.3.2016 n. 5070; Id., 6.2.2015 n. 2242; Id., 30.10.2013 n. 24468; Id. 14.9.2012 n. 15428].

Dovrebbero essere casi “eccezionali” ma sono aumentati significativamente nell’ultimo decennio.

Sia la distinzione tra difetto assoluto e relativo di giurisdizione che l’uso dell’espressione eccesso di potere giurisdizionale sono frutto di convenzioni linguistiche che si possono usare purché si abbia chiaro il significato che si vuole dare alle espressioni, mutevole nel tempo.

Da un lato, “l’eccesso di potere” che in passato era riferito al “difetto assoluto” di giurisdizione (v. art. 3 l. n. 3761/1877), e dunque all’invasione di campo, ora è riferito anche ai meri “sconfinamenti” e al “diniego di giustizia”.

Dall’altro lato, le stesse nozioni di difetto assoluto e relativo sono ambigue, perché a ben vedere, anche nei rapporti tra giurisdizioni potrebbe in astratto esservi una invasione di campo e non un mero sconfinamento, così come nei rapporti tra p.a. e giudice ci sono piuttosto sconfinamenti che invasioni di campo.

Sicché si potrebbe riferire il “difetto assoluto” alle invasioni, sia nella sfera della p.a. che degli altri giudici,

e il “difetto relativo” agli sconfinamenti meri, sia nella sfera della p.a. che di altri giudici.

Anche perché il “difetto assoluto” come “invasione di campo” è ipotesi di scuola, evenienza rara, e i casi ben più frequenti e controversi sono quelli dello “sconfinamento”.

Conviene pertanto abbandonare le categorie difetto assoluto e difetto relativo di giurisdizione. Esse appartengono all'unico *genus* di sindacato consentito dall'art. 111 Cost. che è il sindacato sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Il mantenimento della distinzione ha una portata soprattutto descrittiva, non regolatoria, perché gli strumenti processuali per far valere i due tipi di invasione/sconfinamento sono esattamente gli stessi, se si eccettua lo strumento, di dubbia sopravvivenza, del regolamento di giurisdizione su istanza di una pubblica amministrazione che non è parte in causa (art. 41 ultimo comma c.p.c.)¹².

¹² Di dubbia sopravvivenza perché è di rara evenienza che il giudice invada la sfera amministrativa di una p.a. che non è parte in causa, e perché ove ciò accada esistono rimedi ben più efficaci, quali quello del conflitto di attribuzioni e dell'opposizione di terzo (il rimedio dell'art. 41 ultimo comma c.p.c. incontra il limite temporale del giudicato sulla giurisdizione, che secondo la disciplina sopravvenuta al c.p.c. si può formare già all'esito del primo grado di giudizio). Si sostiene anche che non possa avere ingresso nel processo amministrativo ma solo nel processo civile: DE ROBERTO, *Regolamento di giurisdizione (regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio amministrativo)*, in *EGT Roma*, 1991, vol. XXVI, 1.

Ciò posto in termini generali, si procede nei paragrafi che seguono ad esaminare la casistica applicativa e i casi in cui il sindacato della Cassazione, in via di evoluzione giurisprudenziale, è andato oltre la verifica del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione, spingendosi al controllo su “sconfinamenti nella sfera amministrativa” e sulle modalità di esercizio interno della giurisdizione.

L'indagine si concentra soprattutto sul c.d. eccesso di potere giurisdizionale nella duplice accezione di sconfinamento nella sfera amministrativa e di diniego di giustizia, mentre la casistica sul difetto assoluto in senso stretto è pressoché di scuola, e quella sul difetto relativo si presta poco a una ricostruzione “processuale”, e molto a una indagine casistica per ciascun settore di competenza del giudice amministrativo.

2.2. Il difetto “relativo di giurisdizione”

Il sistema duale di giustizia amministrativa, fondato sul criterio di riparto secondo la situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo/interesse legittimo), e delle “determinate materie”, non sempre chiaramente delimitate dalla legge, porta con sé un quadro di incerti confini, soprattutto quanto agli ambiti di giurisdizione del g.o. e del g.a.

L'effetto pratico è molto contenzioso sul riparto di giurisdizione, con molta casistica, non sempre coerente, e pochi principi.

E ovviamente sono casi di scuola le “invasioni di campo” in ambiti totalmente estranei alle reciproche giuri-

sdizioni (non si chiede un divorzio al giudice amministrativo), ma sono frequenti le questioni di “sconfinamento” in ambiti comuni (si chiede al giudice amministrativo di occuparsi di trascrizione di un matrimonio omosessuale) e distribuiti secondo la situazione giuridica soggettiva: si pensi a casi recenti in tema di contenzioso elettorale, pubblico impiego, società pubbliche, espropriazioni, contratti pubblici.

La impressione che si trae dalla vasta casistica è quella di un fenomeno di erosione carsica, nemmeno troppo lenta, a scapito della giurisdizione del g.a.

Questo sembra accadere anche laddove vi è giurisdizione esclusiva del g.a. Anche in tal caso le sez. un. sembrano a volte ritagliare, nelle materie riservate al g.a., micro ambiti ad esso sottratti.

In tema di giurisdizione esclusiva sui pubblici appalti (art. 133 lett. e) c.p.a.) ne sono esempi le pronunce sulla giurisdizione sulla sorte del contratto di società, sugli appalti dei privati con finanziamento pubblico, sulle azioni risarcitorie promosse dal beneficiario del provvedimento annullato, ovvero nei confronti del funzionario autore dell’atto illegittimo. Peraltro da ultimo la plenaria ha aderito a tale impostazione, con riguardo all’azione risarcitoria promossa nei confronti del beneficiario di un provvedimento illegittimo da parte del soggetto privato danneggiato, come accade ad es. in caso di aggru-

dicazione illegittima che venga annullata dopo che il contratto ha avuto esecuzione. La plenaria, in linea con la sopra riportata giurisprudenza delle sezioni unite, ha affermato che l'azione ex art. 112 c. 3 c.p.a. (danni da sopravvenuta impossibilità di esecuzione del giudicato), non può esperirsi nei confronti del privato¹³.

¹³ Cons. St., ad. plen., 12.5.2017 n. 2.

Meno di frequente, la Cassazione attribuisce al Consiglio di Stato una giurisdizione che lo stesso ha negato di avere, così sindacando il difetto relativo di giurisdizione *sub specie* di “male intesa autolimitazione”. E’ il caso, recente, della affermata giurisdizione del g.a. quanto al sindacato incidentale sul DURC [Cass., sez. un., 29.3.2017 n. 8117]. Il giudice relatore di tale sentenza sembra quasi esprimere sollievo per aver finalmente rinvenuto un caso tipico di “motivo di giurisdizione” rispetto ai molti, “atipici” di eccesso di potere giurisdizionale: *“La fattispecie in esame, dunque, esula da quelle ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale sempre più frequentemente sottoposte (non sempre a ragione) a queste Sezioni unite. Invece, la fattispecie medesima è del tutto congruente con l'ipotesi prevista dall'art. 111, comma 8, Cost., là dove riserva a questa Corte la decisione per soli motivi inerenti alla giurisdizione”*.

Sul piano dei principi costituzionali del sindacato della Cassazione e sul piano della “politica giudiziaria” il “difetto relativo di giurisdizione” presenta problematiche diverse rispetto al “difetto assoluto” e “al sindacato sul diniego di giustizia”.

Anzitutto quanto alla natura e composizione dell’organo chiamato a dirimere la questione di giurisdizione.

Perché il tema dell'”arbitro” non “terzo” ma “parte del conflitto” concerne a rigore solo il caso del difetto relativo di giurisdizione, nel caso di reciproco sconfinamento tra giurisdizioni del g.o. e del g.a., e non anche il caso del difetto assoluto di giurisdizione, e nemmeno il caso del “sindacato sul diniego di giustizia” dove le sez. un. sono effettivamente terze rispetto al conflitto di attribuzioni tra giudice speciale e pubblica amministrazione o rispetto alla questione del modo di esercizio della giurisdizione.

Per converso, i singoli approdi delle sez. unite sul riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. – per quanto possano o meno essere condivisi nel merito delle soluzioni - appaiono nel complesso meno problematici quanto al tema della “intensità del sindacato” perché si mantengono nei limiti del “regolamento di confini” e non si spingono al controllo “sul modo di esercizio della giurisdizione”, come accade sia nel sindacato sul “diniego di giustizia” sia nel sindacato sugli “sconfinamenti nella sfera amministrativa”.

Va anche considerato che, in prospettiva, le questioni di difetto relativo di giurisdizione potranno essere “recessive”, attesi i meccanismi processuali che comportano la formazione del giudicato sulla giurisdizione sin dal primo grado di giudizio, la non rilevabilità d'ufficio nei giudizi di impugnazione, l'inammissibilità dello *ius poenitendi* sulla giurisdizione [su quest'ultimo istituto v. Cass., sez. un., 20.10.2016 n. 21260, prima ancora, sia pure con diversi argomenti giuridici, il divieto di *ius poenitendi*

sulla giurisdizione era stato affermato anche in relazione al ricorso per cassazione sulla giurisdizione proposto dal ricorrente in sede di ricorso straordinario al presidente della Repubblica: v. Cass., sez. un., 14.5.2014 n. 10414; Cass., sez. un., 23.1.2015 n. 1242].

Infine, come si vedrà nel par. **3.3.c)** cui si rinvia, anche il **sindacato sull'*error in procedendo* sulle norme processuali** sulla giurisdizione è un **sindacato «sui limiti esterni»**.

2.3. L'invasione e lo sconfinamento nella sfera riservata alla legge. Sconfinamento nella sfera legislativa e interpretazione della legge

La Cassazione dà un'esegesi restrittiva della invasione/sconfinamento nella sfera legislativa, attribuendo ampi confini all'attività di interpretazione da parte del giudice.

Non si rileva casistica significativa nel senso di ritenute invasioni/sconfinamento, ma piuttosto casistica in senso opposto: i ricorsi per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che denunciano invasioni/sconfinamenti nella sfera legislativa vengono sistematicamente respinti.

Si afferma tralaticciamente che in astratto l'invasione di campo ci sarebbe quando il giudice **applica una**

norma da lui creata¹⁴, ma che esula dall'eccesso di giurisdizione per invasione di sfera di competenza del **potere legislativo, l'attività di interpretazione di norma di legge¹⁵**, anche ove la norma applicabile sia individuata **non in base al tenore letterale della legge ma attraverso una interpretazione sistematica¹⁶**. La Cassazione ha espressamente riconosciuto che l'ipotesi di sconfinamento del giudice nella sfera legislativa è ipotesi pressoché teorica e di scuola *"in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice,*

¹⁴ Cass., sez. un., 21.11.2011 n. 24411; Id., 30.12.2004 n. 24175; Id., 15.7.2003 n. 11091.

¹⁵ Cass., sez. un., 23.12.2014 n. 27341, con riferimento al caso di esegesi, da parte del Consiglio di Stato, dell'art. 8, l. n. 84/1994, con l'affermazione che, in tema di nomina del presidente dell'Autorità portuale, la qualificazione di esperto postulasse comunque il possesso di una laurea connessa, affine, collegata o collegabile con la materia portuale; Cass., sez. un., 5.4.2017 n. 8798 con riferimento a esegesi del Consiglio di Stato sulle norme relative al procedimento di notifica; Id., 19.4.2017 n. 9859.

¹⁶ Cass., sez. un., 12.12.2012 n. 22784; Id., 11.2.2016 n. 1840; Id., 16.2.2017 nn. 4093 e 4094; Id., 21.3.2017 n. 7157, fattispecie in tema di scioglimento da parte del MEF di organi di amministrazione e controllo di Banca di credito cooperativo e nomina di organi straordinari da parte di direttore Generale Banca d'Italia; Id., 27.3.2017 n. 7758; Id., 10.4.2017 n. 9147; Id., 20.4.2017 n. 9967 fattispecie in tema di sanzioni del GSE.

da un'attività interpretativa, attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto”¹⁷.

Si è esclusa l'invasione della sfera legislativa quando il giudice disapplica la norma nazionale in contrasto con il diritto europeo e applica direttamente la norma europea [Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 956].

In conclusione, sembra cogliersi un particolare *self restraint* delle sez. un. nel sindacare una decisione giurisdizionale per invasione della sfera legislativa, nella consapevolezza che si tratta di un terreno scivoloso in cui, se non si vuole accedere alla tesi del giudice come **“bocca della legge”**, è innegabile che l'interpretazione della legge ha insito un margine di “creazione” della regola del caso concreto. E se tale “creazione” venisse stigmatizzata come “invasione di campo”, si perderebbe del tutto il confine tra “violazione di legge” e “invasione della competenza legislativa”.

Tuttavia esiste almeno **una ipotesi certa di invasione del giudice nella sfera del legislatore**, ed è quando il giudice disapplica una norma di legge che ritiene incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte cost. così esercitando un non consentito sindacato diffuso di costituzionalità.

Una ipotesi di tal genere si è avuta nel caso “De Ma-

¹⁷ Cass., sez. un., 21.11.2011 n. 24411; Id., 30.12.2004 n. 24175; Id., 15.7.2003 n. 11091.

gistris” in cui è stato il g.o. ad **“invadere” la sfera legislativa**, sospendendo l’applicazione della legge senza rivolgersi alla Corte cost.; tanto, implicitamente conservando e facendo propria, a seguito di *translatio iudicii*, la q.l.c. sollevata dal giudice amministrativo, poi dichiarato privo di giurisdizione da parte della Cass.

Ma in quel caso le sez. un. non hanno ritenuto esservi uno sconfinamento del g.o. nella sfera legislativa, sostenendo che la questione (di eccesso di potere giurisdizionale) se il giudice ordinario *ad quem* a seguito di *translatio iudicii* abbia o meno il potere di sospendere l’applicazione di una legge senza sollevare q.l.c., ma facendo implicitamente propria la q.l.c. sollevata dal giudice *a quo*, non sarebbe sindacabile con regolamento di giurisdizione perché atterrebbe al profilo dell’ammissibilità dell’incidente di costituzionalità, riservato alla Corte costituzionale [Cass., sez. un., 18.11.2015 n. 23543 sul caso De Magistris].

Si trattava di vicenda con “peculiarità processuali”: in quel caso una q.l.c. era stata comunque sollevata, da un giudice dichiarato privo di giurisdizione, e si trattava di stabilire se per effetto della t.i. si conservasse davanti al giudice *ad quem* la q.l.c. sollevata dal giudice *a quo*. Diverso sarebbe il caso in cui il Consiglio di Stato esercitasse il sindacato diffuso, senza sollevare q.l.c. Una ipotesi siffatta potrebbe essere sindacata dalla Cassazione.

2.4. Lo sconfinamento nella sfera amministrativa

2.4.a) Profili generali

A parte i casi pressoché di scuola del sindacato su atti non giustiziabili, quali gli atti politici, secondo una affermazione tralatizia delle sez. un., ricorre lo sconfinamento da parte del Consiglio di Stato nella sfera riservata alla p.a. nelle sole ipotesi in cui il giudice amministrativo sconfini dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito¹⁸, 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'amministrazione¹⁹.

Il principio è chiaro, tuttavia l'applicazione concreta dello stesso può portare ad esiti impreveduti in tutti i casi in cui sia labile il confine tra legittimità e merito amministrativo, e in particolare nei casi di sindacato della discrezionalità dell'amministrazione e delle scelte "opinabili", dove è sottile la linea di confine tra

¹⁸ Cass., sez. un., 21.1.1928. In argomento NIGRO, *op. cit.*, 218; FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in Libro dell'Anno del Diritto Treccani 2017.

¹⁹ Cass., sez. un., 3.11.1988 n. 5922; Id., 3.7.1993 n. 7288; Id., 1.8.1994 n. 7148; Id., 5.8.1994 n. 7261; Id. 14.1.1997 n. 313; Id., 22.9.1997 n. 9344.

sindacato del g.a. sulla discrezionalità che si mantiene nei limiti del controllo di ragionevolezza, logicità, corretta ricostruzione dei fatti, e sindacato che “sconfina” sostituendo una scelta della p.a. con una scelta del giudice amministrativo.

Come già avvertiva NIGRO²⁰, *“non è chi non veda come questa sia ipotesi molto delicata, perché un controllo troppo penetrante della Cassazione sotto tale profilo, ispirato ad una concezione ristretta del giudizio di legittimità dei giudici amministrativi, può bloccare ogni evoluzione del processo amministrativo, congelandolo nel tipo rigido del processo di impugnazione”*.

Si pensi **al sindacato sugli atti del CSM** e a casi apparentemente simili decisi secondo valutazioni caso per caso, con ritenuto sconfinamento quando il g.a. affermi la “non divisibilità” o “non ragionevolezza” della scelta. In tal modo il confine tra sindacato dell’eccesso di potere e sindacato del merito appare piuttosto labile, al punto che si ascrive al secondo un giudizio sulla “ragionevolezza” dell’atto, che è tipico del sindacato sull’eccesso di potere²¹.

²⁰ NIGRO, op. ult. cit.

²¹ Si veda la seguente casistica:

- non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una **de-liberazione con cui il CSM** 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 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 [Cass., sez. un., 8.3.2012 n. 3622; in termini Cass., sez. un., 2.2.2015 n. 1823 caso di annullamento della nomina del pres. trib. Velletri e conseguente giudizio di ottemperanza];

- in caso di concorso bandito dal CSM per l'attribuzione di un incarico giudiziario, travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, adito in grado di appello avverso una pronuncia di primo grado avente ad oggetto la legittimità, o no, della delibera del CSM e quindi nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della delibera stessa e ne apprezzi la 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: dove l'amministrazione gode di ampia discrezionalità come il CSM nell'attribuzione di incarichi direttivi, il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano del sindacato parametrico (e quindi esterno) della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla p.a. e non può pervenire ad evidenziare una diretta "non divisibilità" della valutazione stessa. L'adozione del criterio della "non divisibilità" si traduce non in un errore di giudizio, ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione [Cass., sez. un., 5.10.2015 n. 19787, che ha annullato con rinvio la sentenza, nel caso dell'annullamento da parte del Consiglio di Stato della nomina del presidente aggiunto della Cassazione; il g.a. aveva

annullato la preferenza accordata al nominato perché lo stesso aveva svolto per 18 anni le funzioni di avvocato dello Stato, ad avviso dal g.a. non equiparabili in toto alle funzioni giurisdizionali al fine del giudizio attitudinale; secondo le sez. un. non era in discussione che il periodo svolto da avvocato dello Stato fosse equiparabile alla funzione giurisdizionale ai fini della progressione in carriera, ma la valutazione del periodo da avvocato dello stato al fine del giudizio attitudinale in relazione all'incarico direttivo; scrivono le sez. un. *“ciò che la vicenda in esame richiedeva al CSM, (...) era la comparazione tra un'esperienza professionale tutta nella magistratura ordinaria (...) ed un'esperienza professionale complessiva risultante da quella nella magistratura ordinaria sommata a quella nell'avvocatura dello Stato, senza soluzione di continuità (...).*

Comparazione che costituisce una tipica valutazione di merito, calibrata anche sulle caratteristiche ed esigenze del posto a concorso ed arricchita poi, nella specie, dall'ulteriore comparazione quanto alla specifica esperienza professionale nell'attività di magistrato di legittimità, che era di maggiore durata” per il nominato. Questa valutazione di merito rientrava e rientra nella discrezionalità del CSM, censurabile in sede di ordinaria cognizione di legittimità del giudice amministrativo per eccesso di potere secondo i parametri delle figura sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza. Non può invece il giudice amministrativo, senza violare i limiti esterni della giurisdizione, rifare tale valutazione discrezionale per pervenire ad un risultato diverso da quello recato dal provvedimento impugnato e quindi annullarlo”.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, scrivono le sez. un., *“si ritiene che l'affermazione che i due anni in più che il dott. (...) poteva vantare nelle funzioni di legittimità nei confronti del dott. (...) non potevano "ragionevolmente" compensare un deficit di 18 anni di attività complessiva come magistrato. Ma la "ragionevolezza" di questa comparazione, peraltro isolata da ogni ri-*

2.4.b) Il caso del sindacato del giudice amministrativo sull'esclusione dalle gare per "deficit di fiducia"

Nella casistica degli ultimi anni vengono in rilievo, oltre ai ricordati casi del sindacato sulle delibere del CSM, tre vicende emblematiche, quella del sindacato del g.a. sul giudizio della p.a. del grave illecito professionale in una gara di appalto, quella del sindacato del g.a. sui provvedimenti antitrust, quella del sindacato del g.a. sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento della giurisdizione; nei primi due casi vi è una giurisdizione di legittimità, nel terzo caso di merito.

ferimento al più ampio contesto motivazionale sia della sentenza di primo grado, oggetto del giudizio di appello, sia della stessa delibera del CSM impugnata in primo grado, non può ritenersi figura sintomatica dell'eccesso di potere, bensì appartiene all'esercizio della discrezionalità amministrativa e quindi esorbita dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quale quello condotto sul parametro dell'eccesso di potere. Insomma il Consiglio di Stato non afferma che sussiste eccesso di potere perché il CSM non ha giustificato adeguatamente e con coerenza la propria delibera sui punti indicati dalla precedente sentenza (...) dello stesso Consiglio di Stato (...), ma ha operato egli stesso tale valutazione (ri)facendo anche il bilanciamento ponderato della maggiore attività giurisdizionale complessiva del (...) rispetto a quella del (...) versus la maggiore attività giurisdizionale di legittimità del (...) rispetto a quella del dott. (...)".

Nel primo caso, si verteva in una ipotesi in cui si disputava del provvedimento di esclusione di un concorrente da una gara di appalto per un pregresso grave inadempimento, e in cui il Consiglio di Stato, anche sulla scorta degli esiti di una ctu, aveva annullato il provvedimento di esclusione, avendo ritenuto esservi indizi sintomatici del vizio di eccesso di potere, quali la contraddittorietà dei comportamenti della p.a. e l'inattendibilità della valutazione di gravità degli inadempimenti.

Le sez. un. hanno ravvisato uno sconfinamento del g.a. nella sfera riservata alla p.a. Hanno affermato che in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la decisione di esclusione per "*deficit di fiducia*", è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "*punto di rottura dell'affidamento*" nel pregresso e/o futuro contraente. Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto *ab estrinseco*, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo [Cass., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313].

Il principio di diritto espresso dalla sez. un. si gioca tutto sul confine tra il potere del giudice amministrativo di annullare una scelta amministrativa "pretestuosa" e l'insussistenza del potere del g.a. di annullare una scelta amministrativa, tra le varie possibili, in sé legittima, ma "non condivisibile".

Perché un annullamento giurisdizionale basato sulla mera non divisibilità della scelta amministrativa implicherebbe una sostituzione del giudice alla p.a.

Tale principio in astratto è corretto.

Nel caso specifico non vi era però stata una valutazione di “non divisibilità” della scelta amministrativa, più banalmente e verosimilmente una “sentenza sbagliata”: un errore di diritto consistente nell’erronea declinazione del «principio di conservazione dell’atto amministrativo», in quanto era stato ritenuto illegittimo, invece che legittimo il provvedimento basato su una pluralità di motivi, di cui alcuni legittimi e «autosufficienti».

E, invero, a fronte della motivazione del provvedimento amministrativo che si basava su tre argomenti, ravvisata la illegittimità di due dei tre argomenti, la sentenza ritiene ciò sufficiente per annullare il provvedimento, laddove il principio di diritto che vale è esattamente l’opposto, che può bastare un motivo legittimo a sorreggere il provvedimento amministrativo, anche se alcuni sono illegittimi.

La sentenza dunque conteneva “un salto logico” non avendo operato la prova di resistenza e verificato se il provvedimento manteneva una sua coerenza epurato dalle motivazioni illegittime (la sentenza aveva valorizzato ai fini dell’eccesso di potere la contraddittorietà di comportamenti e le erronee risultanze di un rapporto istruttorio della p.a., e del tutto omissivo di valutare le “innumerevoli contestazioni penali e detrazioni “che erano enunciate nella motivazione”).

La questione è allora se un errore di diritto del g.a. che porti all'annullamento del provvedimento amministrativo discrezionale si presti a una lettura in termini di indebita sostituzione della p.a. e di vizio di difetto di giurisdizione.

2.4.c) Il sindacato del g.a. sulle valutazioni tecniche opinabili e sulla scelta discrezionale di una delle soluzioni tecniche. Il caso dei provvedimenti antitrust: dal sindacato di attendibilità a quello di maggiore attendibilità nella prospettiva della *full jurisdiction*

In materia di provvedimenti antitrust, la Cassazione ha affermato che 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 [Cass., sez. un., 20.1.2014 n. 1013].

Tale massima di giurisprudenza è stata tradotta **nell'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 3/2017**, a tenore del quale il sindacato del giudice sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.

E' un principio di diritto che restringe, rispetto al passato, il sindacato delle sez. un. sulle sentenze del g.a. e che tuttavia rischia di non essere in linea con quel sindacato di *full jurisdiction* che impone la giurisprudenza della CorteEDU.

La giurisprudenza della CorteEDU con le sentenze *Menarini e Grande Stevens*, ha affrontato la questione della compatibilità dei procedimenti antitrust con le norme della CEDU e, in particolare, con l'art. 6 - diritto ad un equo processo²².

Nel caso *Menarini* la CorteEDU ha affermato che l'imposizione di una sanzione pecuniaria da parte di un'Autorità antitrust (nel caso specifico, si trattava proprio dell'Autorità italiana) è una sanzione di tipo penale (o quanto meno assimilabile), concludendo che nel caso specifico il **controllo di "piena giurisdizione"** esercitato dal Consiglio di Stato escludeva la vio-

²² CorteEDU, 27.9.2011, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*; CorteEDU, 4.3.2014 n. 18640, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

lazione del citato art. 6.

E' quindi necessario che la sanzione irrogata da una autorità amministrativa possa essere oggetto di ricorso ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un **sindacato di *full jurisdiction*** [Cons. St., VI, 26.3.2015 n. 1596].

Se dunque il sindacato maggiormente effettivo garantito dal Consiglio di Stato evita la violazione dell'art. 6 della CEDU, porre limiti a tale sindacato sul fondamento dei c.d. limiti esterni della giurisdizione (secondo la citata sentenza della Cassazione n. 1013/2014), sembra non tener conto della giurisprudenza della CEDU.

Il concetto di *full jurisdiction*, introdotto dalla giurisprudenza della Corte EDU è un **concetto complesso** e non del tutto sovrapponibile alle categorie nazionali del sindacato di legittimità, di merito, intrinseco, sostitutivo, e implica che il giudice nazionale esamini compiutamente, punto per punto, i profili in concreto contestati, senza la possibilità di invocare spazi di discrezionalità, tecnica o amministrativa, riservati all'amministrazione.

In tale prospettiva, lo stesso limite al sindacato del g.a., che deve fermarsi a fronte dei "**margini di opinabilità**", sicché il g.a. non può sostituire una dell'Autorità opinabile con una propria altrettanto opinabile [Cons. St., VI, 15.5.2015 n. 2479; Id., VI, 30.6.2016 n. 2947] fa porre dei dubbi, dovendosi chiedere se non sia preferibile passare da un "**sindacato intrinseco di attendibilità**" ad un tipo di "**sin-**

dacato di maggiore attendibilità”, in cui il giudice non si limita a ritenere attendibile la valutazione dell’Autorità, ma la valuta in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell’Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall’impresa sanzionata.

2.4.d) La giurisdizione di merito sulla sorte del contratto

Con il d.lgs. n. 53/2010 e poi con il c.p.a. di poco successivo, al g.a. è stata attribuita una giurisdizione di merito sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione. 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. In tale quadro, a fronte di un contrasto esegetico sorto, all’interno della giurisprudenza amministrativa, sulla portata di tale valutazione, ai sensi dell’art. 122 c.p.a. le sez. un. hanno affermato che *“Non sussiste violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in caso di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., conseguente ad annul-*

lamento dell'aggiudicazione per vizi comportanti la rinnovazione della gara [Cass., sez. un., 22.3.2017 n. 7295].

Il contrasto esegetico deriva dalla portata testuale della previsione, che se interpretata in senso strettamente letterale, sembrerebbe dire che il giudice possa dichiarare inefficace il contratto solo in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi che non comportano l'obbligo di rinnovo della gara, ossia solo quando alla inefficacia possa conseguire il subentro del ricorrente vittorioso, e non anche quando all'annullamento consegue l'obbligo di rinnovo della gara.

Risultato ermeneutico letterale ma a ben vedere illogico, perché anche quando va rinnovata la gara, e dunque il ricorrente vittorioso non può subentrare nel contratto, il giudice deve poter valutare di far cadere il contratto affinché la gara si rinnovi il prima possibile.

A questa seconda esegesi aveva aderito il Consiglio di Stato con la decisione (Cons. St., 27.4.2015 n. 2157) censurata in Cassazione per asserito sconfinamento in un potere riservato alla p.a.

Secondo le sez. un. non vi è sconfinamento perché viene dal g.a. esercitato un potere "amministrativo" che tuttavia la legge non attribuisce alla p.a., ma solo al giudice amministrativo.

2.4.e) Il sindacato per motivi di giurisdizione sul giudizio di ottemperanza: il confine tra giudizio di cognizione e di ottemperanza

Anche il **giudizio di ottemperanza**, che è un tipico

caso di giurisdizione di merito, soggiace al controllo di giurisdizione.

Vengono in rilievo tre tematiche differenti:

- la prima, e più tradizionale, della delimitazione del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di cognizione, perché solo nel primo il giudice amministrativo ha poteri “di merito”, sostitutivi di quelli della p.a. (si parla, a tal proposito di “limiti esterni” del giudizio di ottemperanza;
- la seconda, afferente a un possibile sconfinamento del g.a. nella sfera del g.o. quando si tratta dell’ottemperanza a giudicati del g.o.;
- la terza, afferente a un possibile sconfinamento del giudice amministrativo nella sfera della p.a. anche nell’ambito del giudizio di ottemperanza, con riferimento alle c.d. “vicende chiuse”.

Sotto il primo profilo, si tratta di tracciare l’esatta linea di confine tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza: è infatti sindacabile da parte della Cassazione l’esercizio dei poteri di merito propri del giudizio di ottemperanza, in un giudizio che è invece di cognizione.

Uno sconfinamento del giudice della cognizione nella sfera riservata alla p.a., mediante l’esercizio di poteri spettanti solo al giudice dell’ottemperanza, è ipotesi tutt’altro che di scuola, perché non è sempre chiara la linea di confine, dopo un giudicato di annullamento, tra nuovo esercizio del potere amministrativo che ottempera al giudicato, ma è affetto da ulteriori e diversi vizi, e nuovo esercizio del potere amministrativo che

costituisce violazione o elusione del giudicato ed è dunque sindacabile in sede di ottemperanza.

La questione ha dato luogo, all'interno della g.a., a dispute esegetiche, legate anche al "doppio binario" che nei casi dubbi seguono i ricorrenti, che attivano sia un nuovo giudizio di cognizione che un giudizio di ottemperanza; e al conseguente problema del cumulo di azioni, e della conversione dei riti processuali.

In tale dibattito è anche intervenuta una pronuncia dell'adunanza plenaria [Cons. St., ad. plen., 15.1.2013 n. 2, in *UA* 2013, 952, nt. FIGORILLI] che muovendo dall'attuale configurazione del giudizio di ottemperanza, in una con i principi processuali di effettività e ragionevole durata del processo, perviene ad una soluzione che è anche pragmaticamente la più corretta, del primato e della preferenza del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di cognizione, ogni qualvolta vi sia riesercizio del potere amministrativo dopo un giudicato di annullamento.

Questa preferenza viene affermata dalla plenaria in una duplice direzione, processuale e sostanziale.

Processuale, perché il ricorrente potrà promuovere una sola azione, quella di ottemperanza, deducendo in quella sede sia questioni di inottemperanza, sia autonomi vizi di legittimità dell'atto (in questo ultimo caso rispettando i termini di decadenza dell'azione di annullamento, più brevi di quelli di prescrizione dell'actio iudicati).

Ma la **preferenza viene affermata anche in senso sostanziale**: tendenzialmente l'atto amministrativo

rieditato dopo un giudicato, e non soddisfacente, è sindacabile per violazione o elusione del giudicato, e sono recessivi i casi di “illegittimità autonome” coesistenti con una corretta ottemperanza.

La plenaria non arriva ad accogliere la tesi estrema che afferma il divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, tesi che secondo la plenaria appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione.

Ma afferma che la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli. La nuova operazione valutativa che la p.a. pone in essere dopo un giudicato di annullamento deve dimostrarsi il frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non, invece, l'espressione di una gestione - a dir poco - ondivaga e contraddittoria del potere e in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede.

Peraltro, una successiva plenaria, ha chiarito che non si tratta di “riedizione del potere” non consentita, ma di “edizione del potere” consentita, quando il giudicato lascia “spazi bianchi”, nei quali il potere non è mai stato esercitato, e in relazione ai quali il giudicato non abbia mai accertato la fondatezza della pretesa [Cons. St., ad. plen., 9.6.2011 n. 16].

Se questa strada tracciata dalla plenaria, viene/verrà condivisa dalle sez. un., si amplia l'ambito

del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di cognizione, e per l'effetto l'ambito dei poteri di merito del g.a. E si restringe il sindacato del g.o. sullo "sconfinamento" del g.a. nei poteri di merito riservati alla p.a.

In **questa prospettiva, fa ben sperare una decisione delle sez. un. che ha** escluso lo sconfinamento nel merito amministrativo di una decisione resa dal Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, su un contenzioso in tema di classificazione di una rivista giuridica nelle riviste di classe A o B.

Il Consiglio di Stato ha escluso che all'amministrazione potesse essere consentito di **ripronunciarsi una quarta volta**, in ordine alla classificazione della rivista, ritenendo tale ipotesi in contrasto con i principi di garanzia e di efficienza amministrativa e di effettività della portata obbligatoria del giudicato.

Nel ricorso per cassazione promosso dal MIUR, si contestava la tesi dell'esaurimento del potere discrezionale in conseguenza di un giudicato di annullamento fondato sull'omessa predeterminazione, da parte della p.a., dei parametri valutativi, poiché siffatto giudicato non avrebbe intaccato in alcun modo la discrezionalità della p.a. di operare la classificazione, non imprimendo affatto un assetto definitivo alla fattispecie dedotta in giudizio, tanto meno in termini di spettanza del bene della vita.

Per le sez. un. è preclusa all'amministrazione una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato reiterati provvedimenti negativi

sempre dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia riproveduto in violazione ed esecuzione del primo giudicato, senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi del primo giudicato di annullamento [**Cass., sez. un., 28.2.2017 n. 5058**, est. Giusti].

2.4.f) Profili del giudizio di ottemperanza non sindacabili per motivi di giurisdizione

Quando non vi sono dubbi che si è nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, la Cass. riconosce i poteri di merito del g.a. e tende a limitare il proprio sindacato.

Le sez. un. affermano ormai tralaticciamente che il giudizio di ottemperanza si snoda in una triplice operazione:

- a) di **interpretazione del giudicato**, al fine di individuare il comportamento doveroso per la p.a. in sede di ottemperanza;
- b) di **accertamento del comportamento** in effetti tenuto dalla medesima p.a.;
- c) di **valutazione della conformità del comportamento** tenuto dall'amministrazione a quello che avrebbe dovuto tenere.

Gli errori in cui incorra il giudice amministrativo nel compimento delle indicate operazioni, e i vizi che inficiano la motivazione sugli stessi punti, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, **restano confinati all'interno della giurisdizione medesima**, e sono

insindacabili da parte della Corte di cassazione²³.

Si è così ritenuto che rientra nei poteri di merito del g.a., che la Cassazione non sindacava:

- interpretare il giudicato²⁴;
- sostituirsi direttamente alla p.a.²⁵;
- nominare un commissario ad acta²⁶;
- tener conto del *ius superveniens*²⁷.

Così come la Cassazione non sindacava errori processuali interni al giudizio di ottemperanza, relativi ad esempio al riparto di competenza tra Tar e Consiglio di Stato²⁸ ovvero all'utilizzo del rito camerale o in udienza pubblica²⁹.

2.4.g) Il sindacato per motivi di giurisdizione in relazione ai giudizi di ottemperanza a giudicati del giudice ordinario

In relazione ai giudizi di ottemperanza a giudicati del giudice civile, la Cassazione afferma che il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza non può sot-

²³ Cass., sez. un., 19.1.2012 n. 736; Id., 28.2.2017 n. 5058; Cass., sez. un., 26.4.2013 n. 10060, nella vicenda della dimissione da parte del Comune di Roma del pacchetto azionario della Centrale del Latte; Id., 29.11.2013 n. 26775; Id., 28.11.2013 n. 26583; Id., 3.2.2014 n. 2289; Id., 2.2.2015 n. 1823; Id., 31.3.2015 n. 6494; Id., 28.2.2017 n. 5058; Id., 4.4.2017 n. 8689.

²⁴ Cass., sez. un., 21.11.2008 n. 27618; Id., 30.3.2017 n. 8245.

²⁵ Cass., sez. un. n. 18975/2009.

²⁶ Cass., sez. un., 10.8.2011 n. 17152.

²⁷ Cass., sez. un., 23.7.2015 n. 15476.

²⁸ Cass., sez. un., 19.10.2012 n. 17936.

²⁹ Cass., sez. un., 18.10.2012 n. 17842.

trarsi ai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo quando la cognizione delle questioni controverse, la cui soluzione sia necessaria per la verifica dell'esatto adempimento della p.a., risulti devoluta ad altro giudice in modo che soltanto questi possa provvedere al riguardo.

Invero, per quanto riguarda i giudicati di giudici diversi da quello amministrativo, il giudizio di ottemperanza è ammesso solo "al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" (art. 112, c. 2, lett. c), d), e), c.p.a.).

Pertanto, i "momenti di cognizione" ammessi nel giudizio di ottemperanza, possono essere solo quelli strettamente consequenziali al giudicato o con essi connessi: vale a dire domanda di interessi e rivalutazione maturati dopo il giudicato, domanda dei danni consequenziali all'inesecuzione o **impossibilità di esecuzione del giudicato**, chiarimenti sul giudicato.

Non sono invece concepibili "momenti di cognizione autonomi", in relazione a sopravvenienze o spazi lasciati bianchi dal giudicato, perché diversamente ragionando si altererebbero le regole sul riparto di giurisdizione, e l'ottemperanza diventerebbe la sede per attribuire al giudice amministrativo "spazi di cognizione" in ambiti riservati ad altre giurisdizioni [Cass., sez. un., 19.12.2011 n. 27277; Id., 27.12.2011 n. 28812; Id., 20.11.2003 n. 17633].

In tale prospettiva, la giurisprudenza ha affermato che

se, dopo un giudicato del giudice ordinario, l'amministrazione si uniforma ad esso, ma la parte privata lamenta che il giudicato andrebbe disapplicato perché **in contrasto con il diritto comunitario** e con il sopravvenuto diritto nazionale di adeguamento al diritto comunitario, si è in presenza non di una domanda di esecuzione del giudicato, ma di una domanda di disapplicazione del giudicato, che è una nuova domanda di cognizione, da rivolgere al giudice ordinario e non al giudice dell'ottemperanza [Cons. St., VI, 10.5.2011 n. 2757].

La tesi delle sez. un. merita piena condivisione, tuttavia induce a riflettere che se si crea un giudizio di ottemperanza “di serie B” rispetto ai giudicati del g.o., di fatto se ne fa una duplicazione del giudizio di esecuzione civile, e occorre allora interrogarsi sulla perdurante attualità dell'istituto. Del resto per i giudicati della Corte dei conti e del giudice tributario è stato affermato il principio che ciascun giudice conosce dell'esecuzione delle proprie decisioni, ed è stato abolito il giudizio di ottemperanza. Analoga strada andrebbe seguita per l'ottemperanza dei giudicati del g.o. che andrebbe attribuita in via esclusiva al giudice ordinario.

2.4.h) Il sindacato per motivi di giurisdizione sui giudizi di ottemperanza relativi a “vicende chiuse”

Viola i limiti esterni della giurisdizione il g.a. che, in sede di ottemperanza, ordini alla p.a. un *facere* ora per allora, in relazione a vicende chiuse per le quali il *face-*

re ora per allora è divenuto impossibile (fattispecie relative a giudicato su incarico direttivo a magistrato non più conferibile al magistrato collocato in quiescenza e a piano di assegnazione frequenze televisive)³⁰.

In sintesi le sez. un. operano una distinzione, nell'ambito dei giudicati amministrativi, fra giudicati che incidono su vicende ormai "chiuse" ed altri che

³⁰ Cass., sez. un., 9.11.2011 n. 23302 con riferimento a incarico direttivo non più conferibile al magistrato ricorrente per il suo sopravvenuto collocamento a riposo; in termini Cass., sez. un., 5.10.2015 n. 19787 che però consente il sindacato di legittimità dopo il collocamento a riposo, fermo che non è possibile ordinare l'esecuzione in forma specifica in sede di ottemperanza dopo detto collocamento a riposo, ossia a vicenda chiusa; si afferma in questa seconda pronuncia che *"il principio affermato da Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, e qui ribadito, non riguarda l'ordinario giudizio di legittimità, ma solo quello di ottemperanza e limitatamente all'ottemperanza consistente nell'assegnazione dell'incarico giudiziario ora per allora ad un magistrato in concorso che sia ormai in quiescenza. Si ha invece che la circostanza del sopravvenuto collocamento in quiescenza dei magistrati in competizione nella procedura concorsuale non esime il giudice amministrativo, investito della legittimità della delibera del CSM impugnata da uno dei magistrati concorrenti, dal pronunciarsi nel merito delle censure (per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza) anche se tale circostanza sopravvenuta non consentirà, in caso di accoglimento dell'impugnativa, un'ottemperanza in forma specifica con l'assegnazione, ora per allora, dell'incarico giudiziario"*; Cass., sez. un., 1.2.2016 n. 1836, con riferimento a piano di assegnazione delle frequenze televisive, non più adottabile ora per allora secondo le prescrizioni del giudicato per il radicale cambiamento del contesto tecnico e di mercato.

proiettano i propri effetti nel futuro, imponendo alla p.a. l'adozione di un nuovo provvedimento; per poi affermare che nel primo caso vi sarebbe un limite all'esercizio della giurisdizione di ottemperanza, essendo ormai l'amministrazione impossibilitata a riesercitare il proprio potere, e dovendo ormai la pretesa dell'originario ricorrente soddisfarsi soltanto con lo **strumento risarcitorio**.

Il g.a. non potrebbe spingersi sino ad esiti che neppure all'agire spontaneo dell'amministrazione sarebbero più consentiti.

L'affermazione che il g.a. non può ordinare alla p.a. un *facere* impossibile è logica, persino ovvia, e senz'altro condivisibile. E' però dubitabile che ordinare un *facere* impossibile sia uno sconfinamento nel potere della p.a., e non più semplicemente una pronuncia inattuabile, da rimediare con un incidente di esecuzione interno al giudizio di ottemperanza, nel cui ambito è espressamente apprestato il rimedio risarcitorio per sopravvenuta impossibilità di esecuzione del giudicato (art. 112, c. 3 c.p.a.).

Perché delle due l'una, o il *facere* è oggettivamente impossibile, e l'incidente di esecuzione è rimedio appropriato per far emergere l'impossibilità e far adottare una misura alternativa, o il *facere* è possibile, ancorché fattibile con difficoltà, e allora con il ricorso per cassazione si tende ad ottenere un sindacato sul modo di esercizio della giurisdizione di merito, con uno "sconfinamento alla rovescia", da parte della p.a., che non ha esercitato o ha mal esercitato il potere-

dovere di esecuzione, e che mal sopporta l'esercizio del potere sostitutivo da parte del g.a.

Insomma, il rimedio a una decisione che ordina un *facere* impossibile può restare interno al processo amministrativo e al giudizio di ottemperanza, come ha dimostrato la decisione della plenaria 9.6.2016 n. 11:

- investita di una questione di ottemperanza a una sentenza pronunciata sul silenzio inadempimento, la plenaria ha:

- interpretato il giudicato evidenziando che da esso derivava, per la p.a., un obbligo di procedere, e concludere il provvedimento con un provvedimento espresso; e non derivava invece l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento favorevole;

- affermato che alla p.a. è consentita la "riedizione del potere" dopo il giudicato, recte, la "prima edizione" del potere, negli spazi lasciati bianchi dal giudicato, in relazione a poteri mai esercitati, come accade nei giudicati sul silenzio inadempimento, che lasciano bianco lo spazio per la valutazione della spettanza o meno di un provvedimento favorevole;

- riconosciuto che in sede di ottemperanza occorre tener conto delle sopravvenienze, sia in relazione a situazioni durevoli che istantanee, non potendosi ordinare un *facere* non più possibile, secondo un canone logico e fattuale prima che giuridico, *facere* da sostituire con rimedi risarcitori per impossibilità di esecuzione del giudicato ex art. 112 c. 3 c.p.a.

Testualmente la plenaria afferma:

a) l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene

quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale;

b) l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa;

c) questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale);

d) tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non

esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo;

e) nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima;

f) anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello *status quo ante* (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fieri nequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, c. 3, c.p.a.

3. I limiti interni della giurisdizione, non sindacabili in cassazione: errori *in iudicando* e *in procedendo*

3.1. Non sindacabilità in cassazione, in linea di principio, degli errori *in procedendo* e *in iudicando*

Nel penultimo e ultimo comma dell'art. 111 Cost., si contrappongono il sindacato in Cassazione per “violazione di legge” (avverso le sentenze del giudice ordinario e i provvedimenti restrittivi della libertà personale) e il sindacato “per soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

La violazione di legge deducibile in Cassazione contro le sentenze del giudice ordinario, è sia quella sostanziale che processuale.

Simmetricamente, la “violazione di legge” non sindacabile in Cassazione in relazione alle sentenze del giudice amministrativo, è sia la violazione di legge sostanziale, ossia l'*error in iudicando*, sia la violazione di legge processuale, ossia l'*error in procedendo*.

Di qui la massima tralaticia secondo cui non è ammissibile il ricorso per cassazione per denunciare gli errori *in iudicando* e *in procedendo*, perché rientrano nel *genus* della violazione dei **limiti interni** della giurisdizione amministrativa”, 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 [Cass., sez. un., 30.3.2017 n. 8245; Id., 16.1.2014 n. 771; Id., 17.5.2013 n. 12106; Id., n. 12671/2007; Id., n. 10828/2006; Id., n. 7799/2005; Id., n. 24175/2004;

Id., 9.8.1996 n. 7339].

Questa asserita non sindacabilità dei limiti interni ossia del modo di esercizio della giurisdizione non vale per inosservanze della legge processuale (*error in procedendo*) che integrino un radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia [Cass., sez. un. 5.4.2017 n. 8798; Id., 17.1.2017 n. 964; Id., 30.10.2013 n. 24468; Id., 14.9.2012 n. 15428].

3.2. Casistica su *errori in procedendo* e *in iudicando* non sindacabili

La casistica su errori *in procedendo* e *in iudicando* non sindacabili è vastissima e esula dai limiti della presente relazione.

Nell'ambito della vasta casistica meritano di essere ricordate una serie di ipotesi che dimostrano quanto sia labile e mobile il confine tra quel “diniego di giustizia” che rimane interno al processo amministrativo e resta qualificato come *error in procedendo* e quel “diniego di giustizia” frutto di “radicale stravolgimento”. Sono i casi di pronuncia in rito per motivi diversi dall'erroneo rifiuto di giurisdizione³¹, e di omesso rinvio alla Corte di giustizia UE da parte del giudice di ultima istanza (ipotesi di rinvio doveroso), anche se il rifiuto di rinvio è immotivato³².

³¹ Cass., sez. un., 4.1.2007 n. 13; Cass., sez. un., 6.3.1987 n. 2413.

³² Cass., sez. un., 14.12.2016 n. 25629 in *Foro it.*, 2017, I, 580 nt. CALZOLAIO (che ha dichiarato inammissibile il ricorso

Tra i casi di *error in procedendo* ritenuto insindacabile, e comunque in concreto ritenuto insussistente, di recente la Cassazione ha incluso la decisione di inammissibilità dell'appello per violazione del principio di specificità dei motivi di ricorso nonché dei doveri di sinteticità e chiarezza³³, e la decisione di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva di una associazione ambientale (caso Codacons c. Tod's)³⁴.

proposto contro la sentenza del Cons. St., IV, n. 4729/2014 che non si era pronunciata, senza motivare sul punto, sulla richiesta esplicita di rinvio alla Corte del Lussemburgo formulata da una delle parti; Id., 8.7.2016 nn. 14042 e 14043; Id., 1.4.2015 n. 6605; Id., 4.2.2014 n. 2403; Id., 20.1.2014 n. 1013; Id., 5.5.2008 n. 10974.

³³ Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 964.

³⁴ Cass., sez. un., 12.10.2015 n. 20413.

3.3. Ipotesi di frontiera tra la violazione dei limiti esterni e interni della giurisdizione: il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia

3.3.a) In generale

Come già osservato, i motivi inerenti la giurisdizione che possono trovare ingresso in Cassazione possono riguardare sia lo “sconfinamento” del giudice amministrativo in territori riservati alla legge, alla p.a., ad altri giudici, sia l’”arretramento”, ossia il rifiuto di esercizio della giurisdizione che al g.a. compete, ossia, la “male intesa autolimitazione” del g.a.

Tale arretramento, per essere ascritto alla nozione di “violazione dei limiti esterni della giurisdizione”, deve consistere in un “diniego di giurisdizione” intesa come ipotesi in cui il giudice amministrativo nega la tutela ritenendo di non avere giurisdizione, in quanto la questione rientra nelle attribuzioni della p.a. o della legge, ovvero di altro ordine giurisdizionale.

Nozione diversa è il “diniego di giustizia”, che si ha quando il giudice amministrativo ritiene di avere giurisdizione, ma ritiene che, nell’ambito della propria giurisdizione, non sia consentita una determinata forma di tutela, ovvero non entra nel merito delle questioni ritenendo che vi sia una questione pregiudiziale di rito che rende la domanda, a vario titolo, improponibile.

Il tradizionale approccio della Cassazione è che il diniego di esame del merito fondato su ragioni processuali che fanno ritenere improponibile la domanda (fuori dai casi di difetto di giurisdizione) non dà luogo a violazione dei limiti esterni, ma semmai dei limiti interni, come tale insindacabile in Cassazione.

Già NIGRO peraltro segnalava, per il passato “*qualche occasione*” in cui la Cassazione faceva rientrare nel difetto di giurisdizione il “*vizio di mancanza di motivazione*”. Tanto, come avverte NIGRO, “*forse spinta dall’eccezionalità del caso – si trattava di sentenze dell’Alta Corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo, sez. un. 9.7.1947 nn. 1093 ss.*”. Ma NIGRO lo scriveva nel 1979, e se citava un caso del 1947, evidentemente non ce ne erano stati altri nell’arco di oltre un trentennio³⁵.

³⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (quarta ed. a cura di E. Cardì e A. Nigro); (10-bis) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979.

Più di recente, in alcuni casi concreti su cui il dibattito giurisprudenziale e dottrinale è stato piuttosto vivace, le sez. un. sono intervenute coniando nuove tipologie di vizio sindacabile in cassazione, riconducibili a una nozione allargata di “diniego di giurisdizione”, da intendersi come “diniego di giustizia” o “diniego della giusta giurisdizione”³⁶.

Si tratta comunque di **casi eccezionali e in numero limitato**.

Si è partiti dall’ipotesi del diniego di “forme di tutela” interne alla giurisdizione: nel caso dell’azione risarcitoria autonoma, che il g.a. riteneva inesistente all’interno del processo amministrativo, e di cui la Cass. ha affermato l’esistenza.

Si è passati per l’affermazione che applicare regole processuali sul rapporto tra ricorso principale e incidentale, in un modo che le sez. un. non hanno condiviso, integra il “diniego di giustizia”.

Più in generale, si è coniata la categoria del “diniego di giustizia” come “radicale stravolgimento delle regole processuali”.

In questi casi la Cassazione parla anche di “eccesso di potere giurisdizionale sotto forma di diniego di giustizia”.

³⁶ FRANCIARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in Libro dell’Anno del Diritto Treccani 2017.

Si è così dato vita ad una diversa concezione dell'”eccesso di potere giurisdizionale”, molto simile alla categoria dell'”eccesso di potere” dell'atto amministrativo.

Se in passato l'eccesso di potere giurisdizionale si identificava con il difetto assoluto di giurisdizione, ossia con la “carenza di potere giurisdizionale” con la categoria del diniego di giustizia l'eccesso di potere giurisdizionale diviene “il cattivo uso del potere giurisdizionale”.

Non si sindacava più solo l'*an* della giurisdizione, ma anche il *quomodo* di essa, non solo il “se” essa spetti o non spetti al g.a., ma anche il modo di esercizio della stessa.

3.3.b) L'irregolare costituzione del collegio giudicante

Una ipotesi ritenuta riconducibile al difetto di giurisdizione è quella **dell'irregolare costituzione del collegio giudicante per motivi di particolare gravità**³⁷.

³⁷ SPIAZZI, *Osservazioni sulla natura della sentenza con cui la corte di cassazione ha dichiarato la carenza di giurisdizione per irregolare composizione di un organo giurisdizionale amministrativo d'appello, e sulle conseguenze che ne derivano rispetto alla decisione che era stata emessa dal giudice amministrativo di primo grado*, in *GI* 1981, I, 1, 1511; Cass., 12.6.1980 n. 3737. La giurisprudenza della Cassazione ritiene tale fattispecie riconducibile ai motivi di giurisdizione denunciabili con ricorso per cassazione, purché il vizio di costituzione del collegio giudicante sia di **particolare gravità**:

Il vizio radicale afferente alla costituzione del giudice può essere considerata una ipotesi di **“difetto di giurisdizione in senso soggettivo”**, perché non c'è un giudice, o, più esattamente, la sentenza è resa da un “non-giudice”.

(i) o perché imputabile a **illegittimità costituzionale** della norma sulla composizione del collegio,
(ii) o perché ricorra **un’alterazione della struttura quantitativa o qualitativa del collegio** [Cass., sez. un., 6.5.2015 n. 9099],
(iii) o perché vi sia una **totale carenza di legittimazione** di uno o più dei suoi componenti o di **un’assoluta loro inidoneità a farne parte** [Cass., sez. un., 5.11.1998 n. 973, ord.; Id., 10.1.1997 n. 189; Id., 29.5.1992 n. 6480, in *FI* 1993, I, 2309; Id., 23.5.1984 n. 3168; Id., 19.10.1983 n. 6126; Id., 19.10.1983 n. 6125, in *FI* 1983, I, 2693; Id., 29.3.1983 n. 2248].

Invece non danno luogo a motivo di giurisdizione i seguenti vizi inerenti il collegio giudicante:

(i) il vizio consistente nella partecipazione al collegio giudicante di **giudice che avrebbe dovuto astenersi** [Cass., sez. un., 13.7.2006 n. 15900, in *FI* 2007, I, 477; Id., 28.10.2009 n. 22759, ord.],

(ii) l’irregolarità consistente nella **sostituzione del presidente** o nell’integrazione del collegio con altro consigliere senza le prescritte autorizzazioni [Cass., sez. un., 16.1.2007 n. 753],

(iii) la circostanza che, in una causa promossa davanti al Consiglio di Stato, il consigliere relatore risulti **collocato fuori ruolo** ed assegnato al Cons. giust. sic., con provvedimento di un giorno antecedente alla data dell’udienza e della camera di consiglio, in quanto il collegio giudicante risulta comunque formato da componenti muniti dello status di magistrati del Consiglio di Stato [Cass., sez. un., 1.7.2009 n. 15383].

3.3.c) Sindacabilità in cassazione degli errori *in procedendo* attinenti alla giurisdizione: violazione dei limiti esterni o interni della giurisdizione?

La Corte di cassazione configura come motivo inerente la giurisdizione non solo le questioni sulla spettanza o meno della giurisdizione, ma anche quelle relative all'applicazione delle norme processuali inerenti il rilievo, di parte o d'ufficio, delle questioni di giurisdizione.

Viene così sindacato non solo l'*error in iudicando* sulla giurisdizione, ma anche l'*error in procedendo* che verta su norme processuali relative alla giurisdizione, "apparentemente interne" al processo amministrativo [Cass., sez. un., 9.3.2015 n. 4682].

Sono state ritenute sindacabili dalla Cassazione:

- la questione della **rilevabilità d'ufficio della questione di giurisdizione in appello** [Cass., sez. un., 22.2.2007 n. 4109, in *DPA*, 2007, n. 3, 92, nt. DE NICTOLIS, 92-96; *FI* 2007, I, 1009, nt. ORIANI; *UA* 2007, 817, nt. SIGISMONDI, 822-826; Id., 8.6.2010 n. 14505; Id., 9.11.2011 n. 23306];
- la questione della **deducibilità o meno della questione di giurisdizione con semplice memoria** [Cass., sez. un., 5.10.2016 n. 19912];
- la questione della spettanza o meno **dello *ius poenitendi*** sulla giurisdizione, poi decisa, nel merito come è noto, con un *revirement* che ha negato tale *ius poenitendi* [Cass., sez. un., 20.10.2016 n. 21260³⁸].

³⁸ Cass., sez. un., 20.10.2016 n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 966, con note critiche di TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una solu-*

In quest'ultimo arresto si afferma espressamente che: *“spetta alle sezioni unite non soltanto il giudizio ver-tente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione”*.

Una parte della dottrina critica tale impostazione ritenendo che non rientrerebbe nel sindacato sulla giurisdizione quello sulle norme processuali relative al rilievo delle questioni di giurisdizione. Si afferma che *“la ragione costituzionale del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) è legata all'osservanza delle regole del riparto e rispetto a queste regole nulla hanno a che vedere il tema dell'abuso del processo e le altre considerazioni invocate per escludere l'impugnazione per ragioni di giurisdizione della sentenza che abbia respinto il ricorso della medesima parte. Sostenere che anche i profili inerenti alla deducibilità e alla rilevabilità della questione di giurisdizione rappresentino essi stessi questioni di giurisdizione significa (...) confondere due piani del tutto diversi. La deducibilità e la rilevabilità di una questione comportano, per definizione, l'analisi di profili che attengono alle modalità di dedurre e di rilevare la questione, e non al te-*

zione conclusiva?, e di G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, e nota adesiva di F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*.

ma della questione stessa. A questa stregua anche la pronuncia sulla tardività dell'appello proposto contro una sentenza di un tribunale amministrativo per motivi di giurisdizione finirebbe con l'essere sindacabile in Cassazione per motivi di giurisdizione, e in questo modo su una situazione già molto complessa vengono innestati ulteriori profili di confusione"³⁹.

Si ritiene al contrario condivisibile la soluzione della Cassazione, e si ritiene che si tratti non di sindacato sui "limiti interni" ma invece di sindacato sui "limiti esterni" della giurisdizione.

Si potrebbe a prima lettura pensare che l'*error in procedendo* sulla norma processuale sulla giurisdizione resta interno al processo amministrativo e non impatta di per sé solo sulla sfera di attribuzioni di un altro ordine giurisdizionale, e pertanto, attenendo ai "limiti interni" non dovrebbe essere sindacabile.

Esemplificando: se il Consiglio di Stato, errando sulla norma processuale sulla giurisdizione, in appello rileva d'ufficio il difetto di giurisdizione, o ammette la questione di giurisdizione dedotta con semplice memoria, e declina la giurisdizione del g.a., non è l'errore processuale che è sindacabile, ma direttamente la questione sostanziale se è corretto o meno declinare la giurisdizione.

Perciò, si potrebbe pensare che se il rifiuto della giurisdizione è corretto, l'errore processuale dovrebbe restare irrilevante (sotto il profilo del rispetto delle reci-

³⁹ TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, I, 983.

proche sfere di attribuzioni) e insindacabile.

Ma l'effetto pratico di una declinatoria di giurisdizione che, ancorché corretta, è stata fatta fuori tempo massimo violando le regole processuali, è che l'affare, che avrebbe dovuto essere deciso nel merito dal Consiglio di Stato, in virtù di *translatio iudicii* riparte dal primo grado davanti al giudice ordinario.

Sotto tale profilo la violazione della regola processuale sulla giurisdizione non resta interna al solo processo amministrativo, ma ha un impatto sulla giurisdizione ordinaria.

Per tale ragione le norme processuali sulla giurisdizione non possono mai considerarsi "interne" a un singolo sistema processuale, ma sono sempre norme "comuni" a tutti i sistemi processuali, e l'errore su di esse ha sempre un impatto sulle reciproche sfere di attribuzioni.

Per tale ordine di considerazioni va ritenuta corretta la tesi della Cassazione che ritiene sindacabili anche gli errori sulle norme processuali sulla giurisdizione, perché si resta nell'ambito del sindacato sui "limiti esterni".

3.3.d) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso dell'azione risarcitoria autonoma

Le sez. un. della Cassazione, pronunciandosi sulla controversa questione se ai fini della tutela risarcitoria degli interessi legittimi innanzi al giudice amministrativo occorra o meno la previa impugnazione del provvedimento illegittimo (c.d. **pregiudiziale amministrativo**).

strativa), ha accolto una nozione allargata di “questione di giurisdizione”, fino a quel momento ritenuta riferibile solo al confine tra diversi ordini giurisdizionali.

Ha infatti ritenuto che anche le questioni inerenti le forme di tutela, e dunque i poteri di un dato giudice e il tipo di azioni proponibili, integrano questioni di giurisdizione e sono sindacabili in Cassazione [Cass., sez. un., 23.12.2008 n. 30254; e, in termini, successivamente Cass., sez. un., 16.12.2010 n. 25395].

Sulla base di tale impostazione ha ritenuto che la questione relativa alla proponibilità autonoma o meno dell'azione risarcitoria in materia di interessi legittimi non fosse una questione inerente le condizioni dell'azione, ma una questione di giurisdizione e ha cassato *“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”*.

Tanto, sulla scorta di una nozione allargata del motivo di “giurisdizione”, dovendosi intendere per giurisdizione non solo la sfera di attribuzione di un dato giudice, ma la “tutela giurisdizionale” secondo il principio di effettività della tutela.

Tale tesi costituisce un capovolgimento dirompente del precedente consolidato orientamento secondo cui le questioni di giurisdizione sono solo quelle relative ai “limiti esterni” della giurisdizione, e dunque ai con-

fini tra diverse giurisdizioni, o tra giurisdizione e amministrazione.

Essa inoltre non trova fondamento nella Costituzione, e segnatamente nelle norme costituzionali invocate. Infatti gli invocati artt. 24, c. 1, 113 c. 1 e 2, 111, c. 1, Cost., attengono alle forme di tutela, ma non dicono che le forme di tutela rientrano nelle questioni di giurisdizione. Per converso la “giurisdizione” nel tessuto costituzionale indica il **riparto di attribuzioni** tra i diversi organi giurisdizionali, come si desume dagli artt. 102 e 103 Cost., in combinato con l’art. 111, ult. c., Cost.

Tale orientamento è stato in prosieguo ribadito nei confronti della Corte dei conti [Cass., sez. un., 12.3.2012 n. 3854].

3.3.e) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso di ricorso principale e incidentale incrociati

A riprova del carattere mobile che la Cassazione assegna al confine tra violazione dei limiti esterni e interni della giurisdizione, emblematica è la questione del ricorso principale e incidentale incrociati in materia di pubblici appalti.

La plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011 sulla scorta 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.

Investita del ricorso contro la plenaria n. 4/2011, le sez. un. affermarono che la soluzione offerta dall'ad. plen., n. 4/2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale, pur generando, secondo la Cass., perplessità, non è contestabile con ricorso per cassazione, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di **norme e principi processuali**; ciò di cui si discute è un possibile errore di diritto commesso dall'ad. plen. che non può formare oggetto di doglianza dinanzi alle sez. un. [Cass., sez. un., 21.6.2012 n. 10294].

Tuttavia in prosieguo, in relazione ad analoga vicenda, le sez. un. hanno affermato che la soluzione del giudice amministrativo di ritenere improcedibile il ricorso principale se viene accolto l'incidentale in materia di **pubblici appalti**, dà luogo ad un **diniego di giustizia** sindacabile in cassazione, in quanto si basa su una interpretazione delle norme che finisce con il negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso invece affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia; si tratta secondo le sez. un. di uno di quei <<*"casi estremi" in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del g.a. tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento*>> [Cass., sez. un., 6.2.2015 n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327].

Si è però trattato di ipotesi isolata perché in generale

le sez. un. affermano la non sindacabilità in cassazione della decisione del Consiglio di Stato che viola il diritto europeo [Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 956], nemmeno nel caso di rifiuto immotivato di rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE.

3.3.f) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il radicale stravolgimento delle regole processuali (e sostanziali?) come diniego di giustizia sindacabile in cassazione

Più in generale, le sez. un. hanno ritenuto denunciabile in cassazione la **violazione delle regole processuali (del processo amministrativo)**, nei casi “eccezionali” di **radicale stravolgimento** delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia in contrasto con l’art. 6 CEDU, che prevede il diritto ad un ricorso “effettivo”; in tal caso la violazione delle regole processuali si tradurrebbe in un “eccesso di potere giurisdizionale” [Cass., sez. un., 17.11.2016 n. 23400].

In altre massime si afferma che è sindacabile la violazione da parte del g.a. “delle regole interne di rito o di merito” allorquando essa sia stata di tale gravità da concretarsi in un vero e proprio radicale stravolgimento delle regole di rito o di merito [Cass., sez. un., 15.3.2016 n. 5070].

Con riguardo alla decisione in forma semplificata resa in esito all’udienza cautelare ai sensi dell’art. 55 c.p.a., sussiste la violazione del diritto a un ricorso effettivo in caso di **decisione “a sorpresa”** resa senza

dare avviso alle parti, mentre non sussiste tale violazione, e pertanto non sussiste nemmeno l'eccesso di potere giurisdizionale, se la camera di consiglio cautelare si è tenuta prima della scadenza del termine di venti giorni decorrenti dal perfezionamento dell'ultima notificazione [Cass., sez. un., 14.9.2012 n. 15428].

Il principio di diritto è che la Cassazione può sindacare *sub specie* di motivi di giurisdizione la violazione delle regole processuali se vi sia un caso di radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia in contrasto con l'art. 6 CEDU, che prevede il diritto ad un ricorso "effettivo". In via di *obiter dictum* le sez. un. sottintendono che se nel rito dell'art. 55 c.p.a. (definizione della lite con sentenza semplificata in esito a udienza cautelare) venisse resa dal Consiglio di Stato una sentenza "a sorpresa", ossia senza avviso alle parti, vi sarebbe una violazione dell'art. 6 CEDU, sindacabile per eccesso di potere giurisdizionale.

Si crea così una categoria potenzialmente illimitata, in cui la Cassazione si riserva di sindacare sia *l'error in procedendo* che quello *in iudicando*, in caso di ritenuto "radicale stravolgimento" delle norme di rito o di merito, che si traduca in un diniego di giustizia.

3.3.g) Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: il caso CEDU Staibano e Mottola; dal sindacato sul radicale stravolgimento delle norme di rito al sindacato per "violazione di legge"

Rispetto alla tesi della sindacabilità del diniego di giustizia per “radicale stravolgimento” delle norme di rito o di merito, un ampliamento persino ulteriore del sindacato della Cassazione è stato compiuto sulla nota questione del termine di decadenza per le azioni in materia di pubblico impiego.

Qui la Cassazione preso atto che la Corte EDU ha dichiarato non conforme alla CEDU la norma nazionale sul termine di decadenza dell’azione in materia di pubblico impiego [*Corte EDU, 4 febbraio 2014, Stai-bano e Mottola*], fissato in via transitoria all’indomani del mutato riparto di giurisdizione, forza la categoria del “diniego di giustizia” per rimediare alla difformità tra un giudicato del giudice amministrativo e una sopravvenuta decisione della CEDU amministrativo [Cass., sez. un., 8.4.2016 n. 6891, in *Foro it.*, 2016, I, 1667, con nota di PERRINO, che sottolinea come da tale decisione discenda una “ulteriore estensione del confine di sindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato sub specie di rifiuto di giurisdizione” e come sarebbe applicabile il termine di sei mesi per il ricorso in cassazione e non quello di un anno applicato dalla cassazione].

In vicenda analoga, la plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte cost. la q.l.c. in ordine alla possibilità di ampliare l’ambito del rimedio della revocazione (interno alla g.a.), per il caso di sopravvenuto contrasto di un giudicato nazionale con una decisione della CEDU [Cons. St., ad. plen. 4.3.2015 n. 2].

La Cassazione invece dà ingresso ad un ricorso per

cassazione contro un “giudicato” del Consiglio di Stato, ritenendo il ricorso tempestivo, sulla base di una inesatta esegesi delle norme che regolano il termine lungo per il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato (il termine lungo è di sei mesi, la cassazione, applicando una norma transitoria dettata per il processo civile, lo ritiene di un anno).

E qualifica come abnorme la decisione in rito del Consiglio di Stato, adottata in conformità a un consolidato orientamento della stessa Cassazione, ma contrastante con una sopravvenuta decisione della Cedu.

Una volta ritenuta la decisione “abnorme” ne sarebbe comunque dovuto conseguire l’annullamento con rinvio al Consiglio di Stato per la decisione nel merito.

Invece le sez. un. trattengono la causa nel merito e sollevano q.l.c.

Insomma una tripla capriola che va ben oltre il sindacato sui limiti esterni della giurisdizione, e anche oltre il sindacato sui limiti interni in caso di radicale stravolgimento delle regole di rito e di merito:

a) si dà ingresso a un ricorso in cassazione tardivo applicando una regola processuale che non si applica al processo amministrativo;

b) si afferma una abnormità “sopravvenuta” ma inesistente quando la sentenza è stata resa; peraltro la sentenza del Consiglio di Stato fa puntuale applicazione di una norma di legge, essendo dunque la legge, semmai, in contrasto con la Cedu, non la sentenza che la applica;

c) si trattiene nel merito una causa che comunque

rientrerebbe, ad accogliere la tesi della Cedu sul termine di decadenza, nella giurisdizione del giudice amministrativo.

A ben vedere è un sindacato della Cassazione “di nuova generazione”, che non ha niente a che vedere con “i motivi di giurisdizione”, e che ricade pienamente nel sindacato “per violazione di legge”.

Una violazione di legge, peraltro, del tutto peculiare: perché si disputa di una sentenza conforme a legge quando è stata resa; che risulta *ex post* in contrasto con una decisione della CEDU, che censura la legge *in se*; dunque la violazione di legge è qui il contrasto sopravvenuto con una decisione della CEDU che considera illegittima una legge nazionale.

In una siffatta evenienza, a ben vedere, il rimedio esiste già ed è quello risarcitorio davanti alla CEDU. Non è stata la prima volta, non sarà l’ultima, che la Corte di Strasburgo afferma il contrasto di una legge italiana con la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo. Tale contrasto comporta l’applicazione di rimedi risarcitori, interventi di adeguamento del legislatore nazionale.

Non si richiede anche una riapertura dei giudicati nazionali.

E perciò non era indispensabile forzare il sistema dei rimedi nazionali.

3.4. La tesi dottrinale della sindacabilità per “violazione di legge” delle sentenze del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi

Una tesi, allo stato sostenuta in dottrina ma non ancora tradottasi in pronunce delle sezioni unite è quella secondo cui le sentenze del giudice amministrativo relative a diritti soggettivi dovrebbero essere impugnabili per violazione di legge ex art. 111, c. 7, Cost. e non solo per motivi di giurisdizione ex art. 111, c. 8⁴⁰.

Il presupposto di tale tesi è la necessità di una pari tutela dei diritti soggettivi, quale che sia il giudice che ha su di essi giurisdizione.

Si afferma, *in abstracto*, che “*Il volto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è radicalmente mutato rispetto al momento di entrata in vigore della Costituzione, non solo per il numero di materie attribuite, ma anche per la cognizione dei diritti fondamentali. Si apre la questione della ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi. Muovendo dalla premessa che si tratta nella specie di giurisdizione su diritti in senso proprio, è possibile un’interpretazione dell’art. 111 Cost., nel nuovo contesto della giurisdizione esclusiva, che consenta*

⁴⁰ RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, *Foro it.*, 2017, V, 123; PROTO PISANI, *Schede per una relazione su giurisdizione e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2016, V, 6; SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, I, 962; SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, V, 157; BILE, *Riforme costituzionali e corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2011, V, 133.

l'esperibilità del ricorso straordinario di legittimità dell'art. 111, comma 7⁴¹.

Si è concluso che “è opportuno che un'interpretazione della Costituzione, diversa da quella tradizionale, in materia di sindacato di legittimità sulle sentenze del giudice amministrativo che decidono su diritti, non venga fuori *ex abrupto* dalla Corte di cassazione”⁴². “Dovrebbe trattarsi piuttosto di un «mutamento costituzionale materiale», quale risultato cui dovrebbe attendere l'intero complesso delle teorie e delle prassi interpretative⁴³”.

Si ipotizza *de iure condendo* che, ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge in materia di diritti soggettivi devoluti al giudice amministrativo, la composizione delle sez. un. potrebbe essere integrata da giudici del Consiglio di Stato⁴⁴.

Il presupposto di tale tesi è il proliferare delle materie di giurisdizione esclusiva, con casi di diritti fondamentali tutelati davanti al g.a.: tuttavia, tale proliferare incontra puntuali limiti nelle previsioni costituzionali sui confini della giurisdizione esclusiva, e gli interventi legislativi sono sottoposti al rigoroso controllo della Corte costituzionale, che è l'arbitro deputato a

⁴¹ SCODITTI, 2014, cit.

⁴² L.A. ROVELLI, Il riparto di giurisdizione: giudice civile e giudice amministrativo, in P.L. PORTALURI (a cura di), L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti, atti del convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012, Napoli, 2012, 335 ss.

⁴³ SCODITTI, 2014, cit.

⁴⁴ RORDORF, *op. cit.*

stabilire se le materie di giurisdizione esclusiva sono “troppe”.

Un intervento in tale direzione, anche con l'integrazione delle sez. un. con giudici amministrativi, non sembra indispensabile e anzi sembra non conforme all'assetto disegnato dal legislatore costituzionale. Il quale ha consapevolmente disegnato materie di “giurisdizione esclusiva” del g.a., attribuendo alla giustizia amministrativa la cognizione dei diritti soggettivi, senza tuttavia distinguere il tipo di sindacato della Cassazione in funzione della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

L'art. 111 ult. c. Cost. si combina con gli artt. 103 e 113 Cost. sulla giustiziabilità dei provvedimenti amministrativi e la giurisdizione esclusiva del g.a., senza che ne risulti in alcun modo inciso l'ambito del sindacato della Cassazione, che resta per soli motivi di giurisdizione.

La tesi poi non è da condividere anche per un'altra ragione, ed è che la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi è labile in concreto, e antistorica avuto riguardo all'evoluzione delle tecniche di tutela. La si continua ad utilizzare perché è in Costituzione, per convenzione linguistica, ma non sarebbe oggi un errore con la matita blu sostenere il superamento della dicotomia diritti-interessi e affermare che il privato vanta, a fronte di un provvedimento autoritativo, un diritto soggettivo tutelato con le forme e nei limiti apprestati dall'ordinamento. L'interesse legittimo non ha una sostanza materiale diversa dal diritto soggettivo, è

una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento con forme in parte diverse rispetto alla tutela dei diritti soggettivi.

Perciò, a parte la difficoltà di distinguere in concreto tra interessi legittimi e diritti soggettivi, non si comprenderebbe per quale ragione, in via di creazione giurisprudenziale, occorrerebbe tutelare in modo più intenso i diritti soggettivi verso la p.a. rispetto agli interessi legittimi, ampliando il sindacato della cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo.

Stante poi l'intimo intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi nelle materie di giurisdizione esclusiva, è evidente che se si ammettesse il sindacato della Cassazione per violazione di legge sui "diritti soggettivi" si aprirebbe la strada alla necessità di distinguere diritti e interessi al fine del sindacato della cassazione, sortendo l'effetto opposto a quello perseguito dal Costituente con le materie di giurisdizione esclusiva, che è quello di non distinguere sul piano della tutela diritti e interessi.

L'obiettivo finale di una tale soluzione sembra essere quello di privare l'ad plen. della sua funzione nomofilattica, che passerebbe alle sez. un. nelle materie di giurisdizione esclusiva, con una incidenza, in definitiva, sia su diritti soggettivi che interessi legittimi⁴⁵.

⁴⁵ BILE, *op. cit.* afferma "Il discorso sulle riforme da temere — e su quelle da auspicare — potrebbe continuare con riferimento all'8° comma dell'art. 111, che nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti limita il ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione. In tal modo

Il ricorso per violazione di legge nelle materie di giurisdizione esclusiva non è semplicemente «praeter» ma «contro» la Costituzione: è un sindacato anche sugli interessi legittimi, assegna nomofilachia sugli interessi legittimi alla Cass. anziché alla plenaria, porta alla «giurisdizione unica».

Né vi è ragione di dubitare della costituzionalità del diverso modo di tutela dei diritti soggettivi a seconda che su di essi abbia giurisdizione il g.o. o il g.a., proprio perché questo diverso modo di tutela è previsto

l'area del sindacato di legittimità è drasticamente ridotta, e viene a mancare una sede istituzionale competente a risolvere gli eventuali contrasti di giurisprudenza che nascessero dalla discordante interpretazione della stessa legge da parte di giudici appartenenti a ordini giurisdizionali diversi, ipotesi non peregrina in un contesto in cui aumentano le ipotesi di giurisdizione esclusiva e comunque al giudice amministrativo è ormai devoluta la tutela risarcitoria degli interessi legittimi. 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»; RORDORF, op. cit., secondo cui occorrerebbe “favorire nondimeno il formarsi di una nomofilachia più univoca (..) anche, de iure condendo, mediante l'unificazione in capo alla Corte di cassazione a sezioni unite — ma in una composizione appositamente integrata da alcuni componenti di provenienza dalle giurisdizioni speciali — della funzione nomofilattica ultima sulle questioni di maggiore rilievo nelle quali entri in gioco la tutela dei diritti soggettivi e si configuri la necessità di un coordinamento con l'esercizio della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo”.

dalla stessa Costituzione.

Con una scelta che, oltre che costituzionale perché prevista dalla stessa Costituzione, è anche conforme alla CEDU, che impone una giustizia effettiva ma non necessariamente il doppio o triplo grado di giudizio.

E altre giurisdizioni europee conoscono meccanismi di filtri e limiti alle impugnazioni. Sicché il disegno costituzionale del doppio grado pieno per le liti tra cittadini e p.a., siano esse di interesse legittimo o diritto soggettivo, con l'aggiunta di un grado per il "regolamento di confini" tra p.a. e giurisdizione o tra giurisdizioni, appare pienamente rispondente alle esigenze di una giustizia effettiva e non necessita di integrazioni ad opera del diritto vivente.

Ove dovesse affermarsi in via giurisprudenziale il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato per "violazione di legge" in materia di diritti soggettivi, si aprirebbe la strada a un controllo costituzionale di tale affermazione, per la via del conflitto di attribuzione. Oltre alle iniziative della parte "soccumbente in cassazione" per effetto del sindacato esteso alla "violazione di legge" che potrebbe attivare i rimedi risarcitori contro lo Stato.

4. Conclusioni

4.1. Cosa dice la Costituzione formale

Occorre esaminare la tesi del “sindacato per violazione di legge” e la giurisprudenza della cassazione sul “diniego di giustizia” ritornando ai “fondamentali” da cui si è partiti.

I diritti soggettivi non sono una “riserva del giudice ordinario”.

La Costituzione ammette la tutela dei diritti soggettivi davanti al giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Appresta un sistema chiuso di rimedi contro la sentenza ingiusta, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva: il doppio grado di merito (art. 125 Cost.), e l'*actio finium regundorum* davanti alla Cassazione per invasioni e sconfinamenti di giurisdizione (art. 111, ult. c., Cost.).

Non prevede il ricorso per cassazione come rimedio per la “sentenza ingiusta”, per “violazione di legge”.

E tanto per ragioni insopprimibili di ragionevole durata del processo amministrativo e certezza dell'azione amministrativa.

La Costituzione comunque garantisce che le materie di giurisdizione esclusiva restino «particolari» (art. 103 Cost.) e non proliferino.

Fissarle è riservato alla legge.

Ed esiste un giudice che calmiere l'eventuale inflazione delle materie di giurisdizione esclusiva, ed è la

Corte cost. mediante il controllo di costituzionalità sulle leggi che le prevedono.

4.2. L'estensione del sindacato alla “violazione di legge” *de iure condito e de iure condendo*. Modernità della Costituzione formale

In tale assetto, un ipotetico sindacato “per violazione di legge” nei casi di giurisdizione esclusiva sarebbe non «*praeter*» ma «contro» la Costituzione:

a) sarebbe di fatto un sindacato anche sugli interessi legittimi, indistinguibili dai diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva (la cui ragione di esistenza è proprio la indistinguibilità delle due situazioni soggettive);

b) sposterebbe di fatto la funzione nomofilattica sugli interessi legittimi dall'adunanza plenaria alle sezioni unite;

c) cambierebbe il sistema dualistico in un sistema di giurisdizione unica.

Tutto questo contrasta con la scelta dualista della Costituzione che ha fatto del giudice amministrativo il giudice della pubblica amministrazione.

Pertanto il sindacato “per violazione di legge” non potrebbe mai essere introdotto per via di interpretazione giurisprudenziale “costituzionalmente orientata” e se ciò accadesse si aprirebbe la strada a non auspicabili conflitti di attribuzione, nonché ad azioni di responsabilità contro lo Stato, attivate dalla parte soccombente in Cassazione.

Perciò, si può discutere solo *de iure condendo*, in una

prospettiva di riforma costituzionale, se sarebbe un bene o un male estendere il sindacato della Cassazione alla “violazione di legge” anche nei confronti dei giudici speciali.

Personalmente penso che non sarebbe un bene, e che la vigente Costituzione sia di straordinaria modernità. Nell’attuale contesto europeo e italiano il problema è assicurare un oculato utilizzo della giustizia come risorsa scarsa, anche mediante meccanismi di filtro, e assicurare la certezza e tempestività dell’azione amministrativa.

Tutto questo lo aveva già previsto la Costituzione, con un sistema di rimedi quanto mai al passo con i tempi. Sarebbe in controtendenza ampliare i rimedi.

I rimedi vigenti contro la “sentenza ingiusta” sono sufficienti.

La sentenza a ben vedere è sempre “soggettivamente ingiusta” per la parte soccombente, ma questo è un dato di fatto che non giustifica il moltiplicarsi dei rimedi.

Quanto alla sentenza “oggettivamente ingiusta” non si può certo affermare che il legislatore non se ne sia fatto carico abbastanza, tra doppio grado di merito, *actio finium regundorum* in cassazione, revocazione “allargata”, opposizione di terzo, rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia, “imminente” rinvio pregiudiziale alla CEDU, azione diretta in CEDU.

E quando, nonostante tutti questi rimedi, residui l’ingiustizia, soccorre “il processo al processo” mediante l’azione di responsabilità civile contro lo Stato.

Del resto né la Corte di giustizia UE né la Corte EDU richiedono che in caso di sentenza ingiusta per contrasto con le loro decisioni, si debba erodere il giudicato, potendosi intervenire con rimedi di tipo indennitario/risarcitorio.

Pertanto resta un valore la stabilità del giudicato, un giudicato, per così dire, allo stato solido, laddove il moltiplicarsi dei rimedi comporterebbe il procrastinarsi della formazione del giudicato, un giudicato, per così dire, allo stato liquido, o addirittura gassoso.

Ritengo, pertanto, che non ci sia spazio per il sindacato “per violazione di legge” a legislazione vigente, e che non sarebbe auspicabile “*de iure condendo*” a meno di cambiare il modello costituzionale, passando da quello dualista a quello monista.

4.3. Un numero limitato di “ingerenze” della Cassazione nel processo amministrativo, ma di grande impatto

Resta da chiedersi come si collocano, in tale assetto costituzionale, gli interventi della Cassazione che, da un lato, hanno posto limiti al sindacato del giudice amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione, e dall’altro lato hanno coniato la categoria del “diniego di giustizia” (o rifiuto di giurisdizione).

Occorre riconoscere che si registra nel complesso un numero limitato di «ingerenze» delle sezioni unite nel processo amministrativo, ma di grande impatto sui principi processuali e sul riparto costituzionale di giurisdizione.

I “casi critici” sono sei:

- tre quanto allo sconfinamento nella sfera della p.a.: quello dell’ottemperanza su vicende chiuse, quello della nomina del presidente aggiunto in Cassazione, quello del deficit di fiducia nelle gare di appalto;
- tre quanto al “diniego di giustizia”: quello sulle “forme di tutela” e azione risarcitoria autonoma; quello del rapporto tra ricorso principale e incidentale; quello sul termine di decadenza delle azioni nel pubblico impiego.

In alcuni di questi casi la soluzione era anche condivisibile ed è stata condivisa dalla giustizia amministrativa (v. ottemperanza e “vicende chiuse”, o questione del giudicato viziato da contrasto sopravvenuto con giurisprudenza Cedu).

Tuttavia il fatto che si sia trattato di un numero limitato di casi, e talora di soluzioni talora condivise, non fa venir meno la criticità dello strumento usato.

Infatti si è realizzata una ingerenza del giudice civile sulla tutela degli interessi legittimi che invece per Costituzione è riservata al giudice amministrativo.

E lo strumento impiegato non era indispensabile.

Nel caso dell’ottemperanza su vicende chiuse, avrebbe potuto soccorrere il rimedio dell’incidente di esecuzione davanti al giudice amministrativo.

4.4. Fu vero rifiuto di giustizia?

I casi in cui la Cassazione ha ravvisato il «diniego di giustizia» hanno costituito una «supplenza» della Cassazione rispetto a ritenuti «vuoti di tutela», su temi

oggetto di dibattito acceso, e su cui l'evoluzione non è sempre andata nella direzione indicata dalla Cassazione.

Di fatto, nei casi della pregiudiziale amministrativa o del rapporto tra ricorso principale e incidentale, la Cassazione si è sostituita al giudice amministrativo nella ponderazione tra interesse pubblico e privato, una ponderazione tipicamente riservata al giudice amministrativo.

Ma ancor prima occorre chiedersi se “fu vero rifiuto di giustizia” e non piuttosto un diverso modo di valutare la tutela dell'interesse pubblico.

In chiave retrospettiva, forse non fu vero rifiuto di giustizia, se si considera che:

a) il c.p.a. non ha accolto la tesi della libera proponibilità dell'azione risarcitoria autonoma, ma ha previsto una pregiudiziale mascherata, più adeguata alla mediazione tra interesse pubblico e privato, affermando in sostanza la diversità dell'azione risarcitoria sugli interessi legittimi rispetto a quella sui diritti soggettivi, specialità da ultimo riconosciuta dalla Corte cost. e dalla plenaria⁴⁶;

b) la C. giust. UE, dopo *Fastweb* e *Puligienica*⁴⁷, sta ripensando la tutela dell'interesse strumentale, quanto meno nel caso in cui il contenzioso su esclusione e

⁴⁶ Corte cost., 4.5.2017 n. 94; Cons. St., ad. plen., 12.5.2017 n. 2.

⁴⁷ C. giust. UE, sez. X, 4.7.2013, C-100/12, *Fastweb*; C. giust. UE, Grande Camera, 5.4.2016 C-689/13 *Puligienica*.

aggiudicazione si svolgono separatamente⁴⁸.

E la stessa Corte cost. italiana sembra porre dei limiti a tale controversa categoria di interesse privato⁴⁹.

⁴⁸ C. giust. UE, VIII, 21.12.2016 C-355/15 afferma che il diritto europeo non osta a che a un offerente (legittimamente) escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa. Sicché, in una gara con due soli concorrenti, nel caso in cui l'offerente escluso impugni sia il provvedimento relativo alla propria esclusione che l'altrui aggiudicazione, e venga respinto il ricorso contro l'esclusione, correttamente viene negato l'interesse a contestare l'aggiudicazione deducendo che anche l'aggiudicatario andava escluso. Ad essa ha fatto seguito C. giust. UE, VIII, 10.5.2017 C-131/16 che ribadisce i precedenti *Fastweb* e *Puligenica* con riguardo al caso di contestuale giudizio su esclusione e aggiudicazione, senza smentire il precedente del 21.12.2016, che viene espressamente citato, e in cui la particolarità era che al momento in cui veniva contestata l'aggiudicazione il ricorrente era già stato escluso con decisione "definitiva" perché passata in giudicato.

⁴⁹ Corte cost., 22-30.11.2016 n. 245 ha negato la rilevanza di una q.l.c. sollevata in un processo di appalti, rilevando l'inammissibilità del ricorso proposto da imprese del settore che non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara, fuori dai casi di legittimazione ammessa, in tali casi, dalla plenaria n. 4/2011. Nel caso specifico all'esame del giudice a quo le clausole impugnate di un bando per un lotto unico di ambito regionale incidavano sulle chances di aggiudicazione delle ricorrenti che «si ridurrebbero fin quasi ad azzerarsi», mentre, in pre-

Al di là del “senno di poi” resta che già “ex ante” la ponderazione tra tutela dei privati e tutela dell’interesse pubblico è assegnata, per Costituzione, al giudice amministrativo.

Va poi notato che il limite intrinseco del diritto di matrice giurisprudenziale è di operare *case by case* in modo non sempre coerente, e questo si coglie proprio con riguardo alla decisione delle sezioni unite che ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato per contrasto con la giurisprudenza *Fastweb*.

Si è trattato di un *unicum* nel panorama della giurisprudenza della Cassazione, che nel resto è rimasta granitica nel non sindacare il contrasto della sentenza del Consiglio di Stato con il diritto europeo, nemmeno nel caso di rifiuto immotivato di rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE⁵⁰.

senza di una gara dimensionata su base provinciale e suddivisa in lotti, esse «avrebbero moltissime probabilità di aggiudicarsi il servizio, non foss’altro per effetto del vantaggio di essere state le precedenti gestrici dello stesso». Secondo la Corte cost. da tale motivazione non si ricava alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettazione di una lesione solo eventuale, denunciabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all’esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione.

⁵⁰ Anche questo è un caso di violazione del diritto europeo, e in particolare del dovere di rinvio pregiudiziale che grava sui giudici nazionali di ultima istanza. Anche questo è un caso in cui la C. giust. UE afferma la responsabilità risarcitoria dello Stato per la violazione da parte dei suoi giudici dell’obbligo di rinvio pre-

4.5. Misure per l'efficacia e effettività dei rimedi esistenti

Queste riflessioni implicano, poi, che i rimedi esistenti contro la sentenza ingiusta siano effettivamente efficaci, attraverso il buon funzionamento della giurisdizione amministrativa.

E questo richiede misure non solo processuali, ma inerenti l'organizzazione, la formazione, la specializzazione, il corretto rapporto numerico tra organico e contenzioso.

Forse anche qualche misura processuale in più, l'ampliamento dei casi di annullamento da parte del Consiglio di Stato con rinvio al Tar, per le pronunce di rito, al fine di garantire il doppio grado di merito pieno; l'ampliamento del ruolo nomofilattico della plenaria, lo dico a costo di impopolarità tra chi teme il conformismo giudiziario, perché l'uniformità della giurisprudenza non è conformismo, e assicura un sufficiente dinamismo nell'evoluzione del diritto, secondo il principio *law must stand stable but not still*⁵¹.

4.6. Il “dialogo tra le Corti” e la “Corte della giurisdizione”

E come molti hanno già detto prima di me e meglio di me, sarebbe auspicabile un maggiore dialogo tra Con-

giudiziale: C. giust. CE, 30.9.2003 C-224/01, *Kobler*; C. giust. CE, 13.6.2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

⁵¹ Secondo l'affermazione di Roscoe Pound “*law must stand stable but it must not stand still*”),

siglio di Stato e Cassazione, tramite i rispettivi uffici studi, gruppi di studio e, *de iure condendo*, con una composizione allargata delle sezioni unite, per le questioni di giurisdizione, con la partecipazione di giudici amministrativi⁵².

Non sono convinta che andrebbe creato un “tribunale dei conflitti” perché non mi convince la prospettiva “conflittuale”, laddove è invece necessaria la leale collaborazione tra “le giurisdizioni”, al servizio della “giurisdizione”, stavolta intesa come tutela giurisdizionale nel suo significato costituzionale.

Piuttosto, una “Corte della giurisdizione” che si occupi non solo di regolamento di confini, ma di tutto ciò che riguardi “i giudici” di “tutte le giurisdizioni”: carriera, disciplinare, responsabilità civile dello Stato per le sentenze ingiuste.

Ben venga, dunque, *de iure condendo*, una Corte di cassazione integrata da giudici amministrativi, purché il sindacato resti circoscritto alle questioni di regolamento di confini e non si estenda alla nomofilachia sulla giurisdizione esclusiva.

4.7. Il sindacato per “diniego di giustizia” nel contesto dell’art. 111: “un’arma nucleare di riserva” contro le violazioni della Costituzione

Ferme le prospettive *de iure condendo*, nel contesto vigente non dò una valutazione negativa dello stru-

⁵² MAZZAMUTO, op. cit., 1713 per la proposta di istituzione di “un giudice della giurisdizione a composizione mista”.

mento del sindacato per “diniego di giustizia”, che tuttavia dovrebbe rimanere sullo sfondo, ed essere utilizzato in casi assolutamente limitati di eclatanti violazioni e abusi.

Non per “violazioni di legge” anche se determinino uno “stravolgimento”.

Ma per le sole “violazioni della Costituzione”.

Insomma, una sorta di “arma atomica di riserva”, in funzione più di prevenzione che di repressione.

Per ricordare a ogni giudice, Consiglio di Stato compreso, che ogni potere pubblico ha i suoi limiti nella Costituzione, e un controllore del rispetto dei limiti.

Rosanna De Nictolis
Presidente Sezione C.g.a.

Publicato il 22 maggio 2017