

L'eccesso di potere giurisdizionale

(tra ricorso per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e ricorso
per «violazione di legge»)



Rosanna De Nictolis
Siena 20 maggio 2017



Sarò breve

Ho una relazione scritta che supera i 20 minuti e che lascio ai volenterosi

Userò delle *slides*, aiutata dal fatto che si è già detto molto

Prego il coordinatore, quando mancheranno 5 minuti alla fine del tempo programmato, di interrompermi senza pietà: passerò immediatamente alle conclusioni

C'era una volta... il «Tribunale» dei conflitti

- **Un modello da non rimpiangere: difettava dell'imparzialità**
- legge sarda n. **3780/1859** attribuiva a un decreto del re, su parere del Consiglio di Stato la soluzione dei conflitti, anche tra giudice ordinario e pubblica amministrazione: difesa dell'amministrazione da ingerenze del potere giudiziario
- **legge n. 2248/1865 all. E** istituiva la giurisdizione unica abolendo i tribunali del contenzioso amministrativo; attribuiva al Consiglio di Stato, invece che al re la decisione dei conflitti tra a.g.o. e p.a.
- **legge n. 3761/1877** poneva al vertice del sistema dei conflitti la Corte di cassazione con sede in Roma, in regime di giurisdizione unica; anche per i conflitti tra a.g.o. e Consiglio di Stato, quale organo con competenze amministrative

Evoluzione storica ante Costituzione – I ricorsi per motivi di giurisdizione

- **1889**: istituzione della IV sez. del Cons. di Stato
- **1907**: istituzione della V sez. del Cons. di Stato
- **1907**: riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato
- continuava ad applicarsi la legge n. 3761/1877, e in particolare l'art. 3, n. 3: il contrasto tra a.g.o. e Consiglio di Stato non è più un conflitto tra giudice e pubblica amministrazione, ma tra giudice ordinario e giudice speciale
- - **l. n. 62/1907** e **t.u. n. 638/1907** : ricorribilità in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per “difetto assoluto di giurisdizione”
- **art. 48, t.u. n. 1054/1924**: ricorribilità in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per «difetto assoluto di giurisdizione»
- **Art. 362 c.p.c.** ricorribilità in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato «**per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso**».

Il «puzzle» delle norme «vigenti»...

- **art. 111, ultimo comma, Cost.** : contro le decisioni del Consiglio di Stato «*il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*»
- **art. 362 c.p.c.** ricorso per «*per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso*»
- **art. 36 l. Tar (1034/1971) (abrogato nel 2010)** contro le decisioni del Consiglio di Stato è ammesso «*il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*»
- **art 10, c. 2, d.lgs. n. 373/2003**, avverso le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa «*è ammesso ricorso alle sez. un. della Corte di cassazione per motivi inerenti la giurisdizione*»
- **art. 91 e art. 110 c.p.a.**, riproducono testualmente l'art. 111, ult. c., Cost., menzionando «*il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*»
- **art. 177, c. 1, d.lgs. n. 174/2016**, recante il codice della giustizia contabile: «*ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*»

Tre formule lessicali diverse: un solo significato

– L'art. 48 r.d. n. 1054/1924 non è più in vigore

- **Art. 48, r.d. n. 1054/1924:** «difetto assoluto di giurisdizione».
- **art. 111 Cost., e c.p.a.,** «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»
- **Art. 362 c.p.c., l. n. 1034/1971, d.lgs. n. 373/2003** «i motivi inerenti alla giurisdizione» o «i motivi attinenti alla giurisdizione»
- **Identico significato:** il sindacato riguarda la violazione dei soli «**limiti esterni**» della giurisdizione
- **art. 48, t.u. n. 1054/1924:** mai espressamente abrogato, nemmeno dal c.p.a.; deve ritenersi tacitamente abrogato per effetto dell'entrata in vigore della Cost. e comunque dal c.p.a.

Il significato dei «soli motivi di giurisdizione» dell'art. 111 comma 8 rispetto alla «violazione di legge» dell'art. 111 comma 7

- **art. 111 c. 7:** sindacato della Cassazione sulle sentenze, per «violazione di legge»: legge sia sostanziale che processuale
- I «motivi di giurisdizione» sono una «violazione di legge»
- **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» è sfera di attribuzione del giudice, non equivale a «processo» e «tutela processuale»: artt. 111, 103, 113 Cost.
- **art. 111 Cost. fissa i principi del «giusto processo», ma non prevede il sindacato in Cassazione per violazione da parte del Consiglio di Stato del giusto processo**

Macro categorie di vizi rientranti nei «motivi inerenti la giurisdizione»

- A) motivi inerenti all'esistenza stessa della «giurisdizione in senso lato» in rapporto ad altri poteri dello Stato
- B) 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

IPOTESI A) (C.D. DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE)

- IPOTESI A)
- 1) il Consiglio di Stato afferma la propria giurisdizione nella **sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (invasione)**
- 2) il Consiglio di Stato nega la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (**arretramento**)
- 3) il Consiglio di Stato, in materia attribuita alla propria giurisdizione di sola legittimità compie un sindacato di merito riservato all'amministrazione (**sconfinamento**)

IPOTESI B) (C.D. DIFETTO RELATIVO DI GIURISDIZIONE)

- IPOTESI B)
- 1) il Consiglio di Stato afferma la propria giurisdizione su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (**invasione/sconfinamento**)
- 2) Il Consiglio di Stato nega la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartiene ad altri giudici (**arretramento, «male intesa autolimitazione»**)

Terminologia adoperata - 1

- Ipotesi A) (invasione nella sfera della p.a. o del legislatore): difetto assoluto di giurisdizione, o eccesso di potere giurisdizionale
- Ipotesi B) (invasione/sconfinamento nella sfera di altri giudici): difetto relativo di giurisdizione

Terminologia adoperata – 2

- **Evoluzione nell'uso della espressione «eccesso di potere giurisdizionale» da parte delle Sezioni Unite:**
- a) in origine: solo difetto assoluto di giurisdizione
- b) poi anche lo «sconfinamento» dalla giurisdizione di legittimità nel «merito amministrativo» (NIGRO: *«uso da parte del giudice (...) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge»*)
- c) diniego di giustizia nel caso di «radicale stravolgimento» delle regole di rito e di merito: è un sindacato non sull' «an» ma sul «quomodo», sul «modo di esercizio della giurisdizione» e dunque sui «limiti interni» **casi eccezionali?**

Terminologia adoperata – 3

- **EQUIVOCITA' DELLA DISTINZIONE TRA DIFETTO ASSOLUTO E RELATIVO**
- **ALTRO POSSIBILE USO PIU' LOGICO:**
- **DIFETTO ASSOLUTO: INVASIONE DI CAMPO** della p.a. o dell'a.g.o.
- **DIFETTO RELATIVO: SCONFINAMENTO** nella sfera della p.a. o dell'a.g.o.

- **INVASIONI DI CAMPO: CASI DI SCUOLA**
- **SCONFINAMENTI: CASI PROBLEMATICI**
- **UNICO GENUS: VIOLAZIONE DEI LIMITI ESTERNI**
- **SPECIES: INVASIONE, SCONFINAMENTO, ARRETRAMENTO**

IL DIFETTO RELATIVO DI GIURISDIZIONE

- Sistema dualistico e linea di demarcazione legislativa non netta tra le giurisdizioni = molto contenzioso sulla giurisdizione
- **Molta casistica, non sempre coerente, pochi principi**
- Rare «invasioni», frequenti «sconfinamenti»
- Ambiti con maggior contenzioso sul «riparto»: contratti pubblici, espropriazioni, pubblico impiego, contenzioso elettorale
- **Linea di tendenza: «erosione carsica» della giurisdizione amministrativa**
- Anche nella «giurisdizione esclusiva»: ritaglio di microambiti sottratti alla giurisdizione amministrativa (esempi nelle gare di appalti e contratti)

IL DIFETTO RELATIVO DI GIURISDIZIONE - specificità rispetto al difetto assoluto

- Problematiche diverse rispetto al «difetto assoluto»:
- a) questione dell' «arbitro parte della partita» quanto al «giudice dei conflitti» riguarda il «difetto relativo» ma non «il difetto assoluto», né «il diniego di giustizia»
- b) il sindacato della Cassazione sul «difetto relativo» rimane, nella pratica applicativa, un sindacato «sui limiti esterni»
- c) recessività, in prospettiva, del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato per difetto relativo di giurisdizione: giurisprudenza sul divieto di *ius poenitendi* sulla giurisdizione
- d) anche il sindacato sull'*error in procedendo* sulle norme processuali sulla giurisdizione è un sindacato «sui limiti esterni» [Cass., sez. un., nn. 4109/2007; 14505/2010; 23306/2011; 19912/2016; 21260/2016]

DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE – INVASIONE E SCONFINAMENTO NELLA SFERA LEGISLATIVA

- La Cassazione afferma che è un'ipotesi di scuola [Cass., sez. un., n. 24411/2011]
- *Self restraint* della Cassazione: ricorre solo se il giudice «inventa» la norma che non esiste
- Non è invasione della sfera legislativa l'interpretazione della legge
- E' interpretazione della legge individuare la norma mediante l'interpretazione sistematica [Cass., sez. un. nn. 4093 e 4094/2017; 7157/2017; 9967/2017]
- Ampio spazio all'attività di interpretazione
- Non c'è 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., n. 956/2017].
- **Esiste un «caso certo» di invasione della sfera legislativa: disapplicazione della legge e sindacato diffuso di costituzionalità. Ma nel caso «De Magistris»** le sezioni unite si sono dichiarate incompetenti a rilevarlo [Cass., sez. un., n. 23543/2015]. Peculiarità «processuali» del caso concreto

DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE – INVASIONE E SCONFINAMENTO NELLA SFERA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- Principio chiaro:
- a) casi (pressoché di scuola) del sindacato su atti non giustiziabili: gli atti politici
- a) sconfinamento dalla giurisdizione di legittimità a quella di merito
- b) sconfinamento in valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione
- **Applicazione concreta non facile quanto alla portata del sindacato del giudice amministrativo sugli atti discrezionali** (già NIGRO avvertiva: *«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».*)

LO SCONFINAMENTO NELLA SFERA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL SINDACATO DELLA DISCREZIONALITA' VALUTATIVA – Gli atti del CSM

- **Il caso «Vittoria»** [Cass., sez. un., n. 19787/2015]
- Le Sezioni unite hanno ravvisato lo sconfinamento quando il g.a. affermi la “non divisibilità” o “non ragionevolezza” della scelta del CSM.
- Si considera un sindacato di merito il **giudizio sulla «ragionevolezza»** dell'atto, che è tipico del sindacato sull'eccesso di potere

LO SCONFINAMENTO NELLA SFERA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL SINDACATO DELLA DISCREZIONALITA' VALUTATIVA – L'esclusione dalle gare per «deficit di fiducia»

- l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, ossia per “*deficit di fiducia*”, è una valutazione discrezionale della stazione appaltante, a cui è riservato individuare il “*punto di rottura dell'affidamento*” nel pregresso e/o futuro contraente
- necessità che il controllo del g.a. sia *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., nn. 2312 e 2313/2012]
- Il g.a. può annullare a scelta amministrativa “pretestuosa”, non può annullare la scelta amministrativa “non condivisibile”
- Ma nel caso specifico probabilmente non c'era una «sostituzione» del g.a. alla p.a. ma più banalmente una «sentenza sbagliata»: un errore di diritto consistente nell'erronea declinazione del «principio di conservazione dell'atto amministrativo», era stato ritenuto illegittimo, invece che legittimo il provvedimento basato su una pluralità di motivi, di cui alcuni legittimi e «autosufficienti»
- **E' «motivo di giurisdizione» l'errore di diritto della sentenza?**

LO SCONFINAMENTO NELLA SFERA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL SINDACATO DELLA DISCREZIONALITA' VALUTATIVA – I provvedimenti antitrust e le valutazioni tecniche opinabili

- sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM:
 - a) verifica diretta dei fatti
 - b) esame dei profili tecnici
 - c) apprezzamenti opinabili: controllo di ragionevolezza; impossibilità di sostituire la valutazione opinabile della p.a. con quella del giudice [Cass., sez. un., n. 1013/2014]Tali principi sono stati consolidati nell'art. **7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017**

Segue. I provvedimenti antitrust e le valutazioni tecniche opinabili

- I casi Menarini e Grande Stevens [Corte EDU, 27.9.2011 e 4.3.2014]: necessità di un sindacato di *full jurisdiction* sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti
- Nozione di *full jurisdiction*: **concetto complesso** e non del tutto sovrapponibile alle categorie nazionali del sindacato di legittimità, di merito, intrinseco, sostitutivo
- **Necessità di passare da un “sindacato intrinseco di attendibilità” ad un tipo di “sindacato 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

La giurisdizione di merito sulla sorte del contratto

- Art. 122 c.p.a. *“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 annullamento dell’aggiudicazione per vizi comportanti la rinnovazione della gara [Cass., sez. un., n. 7295/2017]”*
- Art. 122 c.p.a. configura un «potere di merito» riservato al giudice amministrativo e non spettante alla p.a. Non ci può essere «invasione»

MOTIVI DI GIURISDIZIONE E GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA - 1) Il confine tra cognizione e ottemperanza

- Necessità di tracciare il confine tra giudizio di cognizione e di ottemperanza: solo nel secondo il giudice amministrativo può entrare nella sfera della pubblica amministrazione
- Linea di confine difficile in caso di reiterazione del potere amministrativo dopo un giudicato di annullamento
- **I principi affermati dalla plenaria n. 2/2013: «preferenza» processuale e sostanziale per il giudizio di ottemperanza**
- No divieto assoluto di riedizione del potere, ma vincoli puntuali
- **Gli aggiustamenti della plenaria n. 11/2016:** si «riedizione», *recte* «prima edizione» di poteri mai esercitati, negli spazi lasciati bianchi dal giudicato
- Se si amplia l'ambito del giudizio di ottemperanza, si amplia la sfera di giurisdizione di merito, si riduce sindacato sullo «sconfinamento»
- **Cass. sez. un. n. 5058/2017** (contenzioso in tema di classificazione di una rivista giuridica nelle riviste di classe A o B, riconosciuti **i limiti alla riedizione del potere**)

MOTIVI DI GIURISDIZIONE E GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA – 2) Aspetti non sindacabili per motivi di giurisdizione

- 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 su tali operazioni e i vizi di motivazione sono interni alla giurisdizione e non sono sindacabili in Cassazione [Cass., sez. un., nn. 10060/2013; 1823/2015; I4.4.2017 n. 8689/2017]
- Rientra nei poteri di merito del g.a., che la Cassazione non sindacava:
 - - interpretare il giudicato;
 - - sostituirsi direttamente alla p.a.;
 - - nominare un commissario ad acta;
 - - tener conto del *ius superveniens*
- Inoltre la Cassazione non sindacava errori processuali interni al giudizio di ottemperanza, relativi ad esempio al riparto di competenza tra Tar e Consiglio di Stato ovvero all'utilizzo del rito camerale o in udienza pubblica

MOTIVI DI GIURISDIZIONE E GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA- 3) L'ottemperanza dei giudicati civili

- Giudizio di ottemperanza dei giudicati civili è di «pura esecuzione»
- Ammessi i «momenti di cognizione» solo se strettamente consequenziali al giudicato o con essi connessi: interessi e rivalutazione maturati dopo il giudicato, domanda dei danni consequenziali
- Non ammessi i «momenti di cognizione autonomi», in relazione a sopravvenienze o spazi lasciati bianchi dal giudicato: altrimenti ci sarebbe invasione di «cognizione riservata al giudice ordinario» [Cass., sez. un., nn. 8112/2017; 25625/2016; 27277/2011; 28812/2011; 17633/2003]
- **Si condivide: tuttavia, a che serve «un giudizio di ottemperanza di serie B» che è una duplicazione dell'esecuzione civile?**
- **Il giudizio di ottemperanza dei giudicati civili andrebbe abrogato**

MOTIVI DI GIURISDIZIONE E GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA- 4) I giudizi di ottemperanza relativi a “vicende chiuse”

- Viola i limiti esterni della giurisdizione il g.a. che, in sede di ottemperanza, ordina alla p.a. un *facere* ora per allora, in relazione a «vicende chiuse» per le quali il *facere* ora per allora è divenuto impossibile [Cass., sez. un., n. 23302/2011, in relazione a incarico direttivo di magistrato; Cass., sez. un., n. 1836/2016, con riferimento a piano di assegnazione delle frequenze televisive]
- Il g.a. non può spingersi sino ad esiti che neppure all'agire spontaneo dell'amministrazione sarebbero più consentiti
- **Il principio che non si può ordinare un *facere* impossibile è corretto e condiviso dalla plenaria del Consiglio di Stato [ad. plen. n. 11/2016, Cittadella giudiziaria di Bari]**
- **Ma quale è il rimedio?**
- **Ordinare un *facere* impossibile è uno sconfinamento nel potere della p.a., o una pronuncia inattuabile rimediabile con incidente di esecuzione davanti allo stesso g.a.? Art. 112 comma 3 c.p.a. rimedio risarcitorio in caso di sopravvenuta impossibilità di esecuzione del giudicato (su cui plenaria n. 2/2017: responsabilità oggettiva della p.a. e no giurisdizione del g.a. su azione verso il beneficiario dell'atto illegittimo)**

NON SINDACABILITA' DEGLI *ERRRORES IN PROCEDENDO* E *IN IUDICANDO*

- Art. 111 comma 7 Cost.: ricorso per «violazione di legge» sostanziale e processuale, nei confronti delle sentenze del giudice ordinario
- Art. 111 comma 8 Cost.: ricorso per soli motivi di giurisdizione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato
- 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*.
- Massima tralaticia: 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 nn. 8245/2017 ; 771/2014; 10828/2006; 7339/1996].
- 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. nn. 8798/2017; 964/2017; 24468/2013; 15428/2012].

CASISTICA SU *ERRRORES IN PROCEDENDO* E IN *IUDICANDO* NON SINDACABILI

- Casistica sterminata
- Alcune ipotesi 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”:
 - a) pronuncia in rito per motivi diversi dall’erroneo rifiuto di giurisdizione [Cass., sez. un. nn. 13/2007]
 - b) 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 immotivato [Cass., sez. un., nn. 25629/2016; 14042 e 14043/2016; 2403/2014; 10974/2008]
- Tra i casi di *error in procedendo* ritenuto insindacabile, e comunque in concreto ritenuto insussistente:
 - a) inammissibilità dell’appello per violazione del principio di specificità dei motivi di ricorso nonché dei doveri di sinteticità e chiarezza [Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 964/2017]
 - b) la decisione di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva di una associazione ambientale (caso Codacons c. Tod’s) [Cass., sez. un., n. 20413/2015].
-

***Errores in procedendo* con radicale stravolgimento delle regole processuali: il diniego di giurisdizione come «diniego della giusta giurisdizione» 1) Nozione**

- nozione allargata di “diniego di giurisdizione”, da intendersi come “diniego di giustizia” o “diniego della giusta giurisdizione”
- In questi casi la Cassazione parla anche di “eccesso di potere giurisdizionale sotto forma di diniego di giustizia”.
- 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: sindacato sul *quomodo*, il modo di esercizio della giurisdizione, sindacato sul «cattivo esercizio» della giurisdizione
- **Casi comunque eccezionali, anche se meno infrequenti che in passato (NIGRO: «qualche occasione», ne cita una sola, del 1947, di sindacato sul difetto di motivazione delle decisioni dell’Alta Corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo, nelle edizioni di Giustizia amministrativa del 1979 e del 1983)**

***Errores in procedendo* con radicale stravolgimento delle regole processuali: il diniego di giurisdizione come «diniego della giusta giurisdizione» 2) Casistica**

- a) ipotesi risalente: vizi radicali di costituzione del giudice, «difetto di giurisdizione in senso soggettivo», sentenza resa dal «non-giudice»
 - b) caso del diniego di “forme di tutela” interne alla giurisdizione: diniego dell’azione risarcitoria autonoma come diniego di forma di tutela e diniego di giurisdizione [Cass., sez. un., nn. 30254/2008; 25395/2010; 3854/2012]
 - c) l’applicazione delle regole processuali sul rapporto tra ricorso principale e incidentale, in contrasto con la sentenza europea *Fastweb*, integra il “diniego di giustizia” [Cass., sez. un., n. 2242/2015; **pronuncia isolata: in precedenza v. Cass., sez. un., 10294/2012; la Cass. di regola non sindacava il contrasto della sentenza del Consiglio di Stato con il diritto europeo (Cass., sez. un., n. 956/2017), nemmeno nel caso di rifiuto immotivato di rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE]**
 - d) più in generale, categoria del “diniego di giustizia” come “radicale stravolgimento delle regole processuali” [Cass., sez. un., n. 15428/2012, *obiter dictum* sulla «sentenza a sorpresa»]
 - e) contrasto con le sentenze CEDU *Staibano e Mottola* : abnormità sopravvenuta e diniego di giustizia; sindacato per «violazione di legge»? [Cass., sez. un., n. 6891/2016]
- Invece, il sindacato sull’*error in procedendo* sulle norme processuali sulla giurisdizione è un sindacato «sui limiti esterni»: rinvio a *slide 14* sul difetto relativo di giurisdizione**

La dottrina della sindacabilità per “violazione di legge” delle sentenze del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi

- Estensione della giurisdizione esclusiva: ampliamento delle materie, diritti fondamentali
- Nelle materie di giurisdizione esclusiva dovrebbe prevedersi il sindacato per cassazione per «violazione di legge» ex art. 111 comma 7 Cost.
- Non occorrerebbe una «revisione costituzionale», ma basterebbe un «mutamento costituzionale materiale», mediante le «prassi interpretative»
- Una apertura: in caso di sindacato per «violazione di legge» in materia di giurisdizione esclusiva, si prevederebbe una «composizione allargata» delle sezioni unite, con la partecipazione di consiglieri di stato

Conclusioni: cosa dice la Costituzione formale

- I diritti soggettivi non sono una «riserva del giudice ordinario», ma sono giustiziabili davanti al g.a. nelle materie di giurisdizione esclusiva
- Sistema «chiuso» dei rimedi, anche nella giurisdizione esclusiva: doppio grado di merito (art. 125 Cost.) e sindacato della Cassazione limitato all'*actio finium regundorum* (art. 111, ult. comma, Cost.)
- La Costituzione non ha previsto il rimedio della «violazione di legge» ex art. 111 comma 7 nei casi di giurisdizione esclusiva: tanto per esigenze insopprimibili di ragionevole durata del processo amministrativo e della certezza dell'azione amministrativa
- La Costituzione comunque garantisce che le materie di giurisdizione esclusiva restino «particolari». C'è la legge che fissa le materie e c'è un giudice che calмира l'eventuale inflazione della giurisdizione esclusiva (art. 103 Cost.)

Il ricorso per «violazione di legge» *de iure condito* e *de iure condendo*

- Il ricorso per «violazione di legge» nei casi di giurisdizione esclusiva non è «*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»
- Il ricorso per «violazione di legge» non può essere introdotto in via interpretativa: aprirebbe la strada a conflitti di attribuzione e azioni ex legge 117/1988 della parte soccombente in Cassazione
- *De iure condendo*: sarebbe auspicabile estendere il sindacato «per violazione di legge» alle sentenze dei giudici speciali?

Modernità della Costituzione formale

- Giustizia come risorsa scarsa, necessità di filtri – Esigenza di certezza e tempestività dell'azione amministrativa
- Introdurre un «nuovo rimedio» sarebbe in controtendenza
- Attualità e modernità della vigente Costituzione
- Sufficienza dei rimedi vigenti: (doppio grado di merito, ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, «revocazione allargata», rinvio pregiudiziale in C. giust. UE, imminente «rinvio pregiudiziale CEDU», ricorso diretto CEDU)
- Se falliscono i rimedi processuali, subentra il «processo al processo» con le azioni di responsabilità civile
- La stabilità del giudicato come valore - pericolo insito nel moltiplicarsi dei rimedi, da un giudicato allo stato solido a un giudicato allo stato liquido-gassoso

Un numero limitato di «ingerenze» della Cassazione nel processo amministrativo, ma di grande impatto

- nel complesso sono un numero limitato le «ingerenze» delle sezioni unite nel processo amministrativo, ma di grande impatto sui principi del processo amministrativo e del riparto costituzionale di giurisdizione
- 6 casi:
- Tre sullo «sconfinamento nella sfera amministrativa» (ottemperanza e vicende chiuse; caso Vittoria; deficit di fiducia nelle gare di appalto)
- Tre sul «diniego di giustizia» (forme di tutela e azione risarcitoria autonoma, ricorso principale e incidentale, decadenza dalle azioni in materia di pubblico impiego)
- Sul piano dei principi: è stato creato un rimedio che implica ingerenza del giudice ordinario sugli interessi legittimi

Fu vero «diniego di giustizia»?

- Nei casi della pregiudiziale amministrativa e del rapporto tra ricorso principale e incidentale la Cassazione ha operato la «ponderazione tra interesse pubblico e privato» riservata al giudice amministrativo
- La «pregiudiziale amministrativa»: il c.p.a. ha poi seguito una tesi difforme da quella della libera esperibilità dell'azione risarcitoria autonoma, **specialità dell'azione risarcitoria sugli interessi legittimi, v. da ultimo Corte cost. n. 94/2017 e ad. plen. n. 2/2017**
- Il rapporto tra «ricorso principale e incidentale» nel contenzioso sugli appalti: la C. giust. UE sta rimeditando sulla tutela dell' «interesse strumentale» [C. giust. UE, VIII, 21.12.2016 C-355/15, per il caso in cui il contenzioso su esclusione e aggiudicazione si svolgono separatamente]. E anche la Corte costituzionale sembra non dividerne la tutelabilità [Corte cost. n. 245/2016]
- Il caso del rapporto tra ricorso principale e incidentale è stato un *unicum* nel panorama della giurisprudenza della Cassazione

I rimedi vigenti devono essere effettivi

- Necessità che la giustizia amministrativa sia efficace e efficiente:
 - a) misure organizzative (formazione, specializzazione, corretto rapporto numerico organico/contenzioso)
 - b) garanzia del doppio grado pieno di merito (*de iure condendo*: ampliamento dei casi di annullamento con rinvio al Tar)
 - c) rafforzamento del ruolo nomofilattico della plenaria: «uniformità della giurisprudenza» non è «conformismo giudiziario» (*law must stand stable but not still*)

Il «dialogo tra le Corti» e la «Corte della giurisdizione»

- Costruttivo «dialogo» tra le Corti, attraverso la formazione comune, cooperazione istituzionale tra Uffici studi e massimari, gruppi di studio
- *De iure condendo*: «Corte della Giurisdizione» (e non «tribunale dei conflitti») con la partecipazione del giudice amministrativo

Il sindacato per «diniego di giustizia»: un' «arma nucleare di riserva»

- Nel contesto dell'art. 111 Cost. il sindacato per «diniego di giustizia» deve essere residuale
- Da usare non per la mera «violazione di legge» anche se implichi «stravolgimento» ma per «violazioni della Costituzione»
- Un' «arma nucleare 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
-

GRAZIE

- Non «conflitti» ma «leale collaborazione» tra «le giurisdizioni» e al servizio de «la Giurisdizione»
- Grazie

