

## A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi

**Intervento** alla Tavola Rotonda su “Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione”, nell’ambito dell’Incontro di studi organizzato dalla SSM in collaborazione con l’Ufficio Studi massimario e formazione della giustizia amministrativa su “*Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del giudizio civile*”, svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017.

Il tema dei limiti del sindacato della Corte di cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti impone un’attenta esegesi degli artt. 100, 103 e 111 co 7 e 8 della Costituzione, alla luce peraltro degli artt. 3, 24 e dei limiti derivanti dagli obblighi internazionali e euro unitari in forza degli artt. 10, 11 e 117, co 1.

Come noto, autorevole dottrina (in particolare la Scuola fiorentina e, per tutti, Andrea Orsi Battaglini e Andrea Proto Pisani e, più recentemente, Leonardo Ferrara, ma anche Francesco Volpe e Sergio Lariccia) ha affrontato il problema della dualità giurisdizionale prospettandone l’abbandono in favore di una giurisdizione unica estesa anche al potere amministrativo. La proposta, pur avanzata nel 2000 anche tra le ipotesi di riforma costituzionale, non ha tuttavia, almeno fino a oggi, trovato seguito, nella convinzione (da me condivisa) che il dualismo delle giurisdizioni, completato dal sindacato della Corte di cassazione sull’eccesso di potere del g.a. (più recentemente esteso alla figura del “diniego di giurisdizione”) è lo strumento che meglio assicura la tutela delle posizioni soggettive che si scontrano con il potere amministrativo.

Una questione più delicata, che, ciclicamente, è riproposta all’attenzione dagli studiosi di diritto processuale (civile e amministrativo), investe peraltro l’operatività dei limiti di cui all’art. 111, co 8 con riferimento alle pronunce sui diritti soggettivi: problema che, come abbiamo sentito nelle relazioni di ieri (presidenti Renato Rordorf e Filippo Patroni Griffi, splendidamente coordinati dal cons Alberto Giusti), si fa più scottante con riferimento a quelle che coinvolgono la tutela dei cd diritti fondamentali, che, come noto, a partire dalla sent.140 del 2007, la Corte costituzionale ha negato una particolare resistenza nei confronti del potere amministrativo e, dunque, della giurisdizione esclusiva del g.a. (cfr. M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela e diritto amministrativo*, in Rivista AIC, n. 3/2015).

Alberto Giusti ricordava ieri il Convegno che avevamo organizzato nel 2011 a Roma Tre (in occasione delle sentenze gemelle del 23 marzo che affermarono la giurisdizione del g.o sull’istanza di risarcimento del danno derivante dall’annullamento di un provvedimento illegittimo favorevole) nel quale Filippo Patroni Griffi affrontò magistralmente il tema della “comprimibilità” dei diritti fondamentali (*L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell’affidamento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 24/2011). In quella sede Antonio Lamorgese sollecitò la riflessione sull’estensione del sindacato della Corte di cassazione per violazione di legge previsto dall’art. 111, co 7, alle pronunce rese del Consiglio di Stato nell’esercizio della giurisdizione esclusiva aventi ad oggetto questioni di diritti soggettivi. La dottrina favorevole a tale estensione fa leva sul principio di uguaglianza (rafforzato dall’esigenza che nelle materie rilevanti per il diritto UE gli Stati membri dell’Unione rispettino principi e regole comuni), evidenziando la necessità che la Corte di Cassazione sia l’ultimo garante dei diritti per evitare interpretazioni difformi delle norme che li disciplinano (R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consulta on line*, dicembre 2015; E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it*, V, 157 ss.). L’esigenza di accentramento della funzione nomofilattica è, come traspariva anche dalle interessantissime relazioni svolte ieri mattina dai presidenti Rordorf e Patroni Griffi e dal vivace dibattito che ne è seguito, particolarmente avvertita in riferimento ai diritti fondamentali.

E non si può trascurare che il richiamo al principio di uguaglianza è nell’attuale periodo storico

particolarmente incisivo, atteso che il giudice, anche e soprattutto attraverso la funzione nomofilattica, è chiamato sempre più spesso a supplire alle carenze del legislatore, incapace di assicurare certezza e uguaglianza attraverso un sistema normativo chiaro e coerente (mi si consenta il rinvio alle osservazioni svolte in *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico* di Aldo M. Sandulli, in *Dir e Soc.*, n. 4/2015; *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo* (a cura di L. Antonini), Il Mulino, 2016 e in *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto. Considerazioni preliminari*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e ivi ulteriori richiami). Sono state molto chiare e significative in questo senso le parole che abbiamo testé ascoltato dal pres. Canzio e la relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 svolta il mese scorso dal pres. Pajno.

Un'autorevole dottrina (Filippo Satta, *Un problema irrisolto: la Cassazione e i giudici speciali*, in *Aperta contrada*, luglio 2009) propone un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, co. 8 Cost., sostenendo che la limitazione del sindacato della Corte di Cassazione ai “*motivi inerenti alla giurisdizione*” sarebbe circoscritta all'ambito giurisdizionale direttamente coperto dalla stessa Costituzione, ovvero, per il Consiglio di Stato, quello sugli interessi legittimi e, per la Corte dei conti, quello sulle materie di contabilità pubblica, senza potersi estendere alle ulteriori competenze individuate con legge ordinaria. Non ritengo che, almeno per il Consiglio di Stato, la tesi possa essere condivisa.

Come ebbi a evidenziare proprio nell'incontro del 2011, il tema dell'ambito di applicazione dell'art. 111, co 7, è stato già affrontato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 204 del 2004, di cui abbiamo l'onore di avere a questo tavolo l'autorevole redattore. Al punto 3.3 della sentenza, la Corte rilevò infatti espressamente (ancorché sinteticamente) che l'estensione della giurisdizione esclusiva non creava problemi di compatibilità con l'art. 111, co 7, perché, in coerenza con la storia e con il quadro generale in cui si inserisce il nostro dualismo giurisdizionale, con l'art. 111, co. 8, il Costituente aveva inteso comunque chiaramente sottrarre al vaglio di legittimità della Corte di Cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Pertanto, se la giurisdizione esclusiva rimane correttamente circoscritta ai casi di intreccio tra diritti e interessi nei quali l'autorità agisce attraverso la spendita di poteri amministrativi, l'immunità del Consiglio di Stato dagli indirizzi della Cassazione (criticata da Aldo Travi, *Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015) ha a mio avviso la sua logica e la sua giustificazione nell'art. 100 Cost., che affida al Consiglio di Stato la tutela della giustizia nell'amministrazione e, quindi, di tutte le posizioni soggettive latamente coinvolte nella sfera del potere amministrativo.

La limitazione della giurisdizione esclusiva alla “particolarità” della materia, così come chiarito dalla sentenza 204 del 2004, è stata d'altronde nettamente confermata dalle successive pronunce della Corte Costituzionale, tra cui la 191 del 2006, la 35 del 2010 e la 179 del 2016. Spetta quindi al legislatore rimanere entro questi confini (evitando distonie come quella che, all'art. 41 l 99/2009, faceva discendere la giurisdizione dalla potenza delle centrali termoelettriche!)

L'esigenza di garanzia dell'uguaglianza a fronte di possibili diversi orientamenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato sulle stesse disposizioni deve allora essere soddisfatta attraverso il dialogo tra le Corti; dialogo che, come efficacemente auspicato dal Presidente Canzio, non deve essere “muscolare”, ma costruttivo e stabile. Un dialogo che deve essere guidato dalla consapevolezza di doversi assumere la responsabilità della garanzia dell'intero sistema: tutti i giudici, a prescindere dal plesso di appartenenza, devono agire con il primario intento di trovare la soluzione che meglio soddisfa il bisogno di tutela ad essi domandato. Vi deve essere, in altre parole, un impegno comune che garantisca l'effettività del servizio giustizia, con l'avvertenza che una giustizia effettiva è, sì, una giustizia rapida, ma che, spesso, e soprattutto in presenza di interessi rilevanti e di situazioni complesse come quelle portate al vaglio del giudice amministrativo, i due termini non coincidono e, anzi, collidono; e che, in caso di contrasto, le esigenze di accelerazione devono recedere a fronte della pienezza ed effettività della tutela (sotto tale profilo, il ricorso alla

sentenza in forma semplificata dovrebbe restare rigorosamente circoscritto alla presenza dei presupposti di cui all'art. 74 cpa e non, come previsto dal nuovo art. 120 dello stesso Codice, imposto in ragione della rilevanza economica della materia, a prescindere dalla complessità giuridica e addirittura tecnica delle questioni trattate).

La stella polare che deve guidare questo condiviso obiettivo è l'art. 24 Cost. che, nell'affermare il principio di effettività della tutela, impone di concepire la giurisdizione, intesa nella sua unicità funzionale, come strumento per una più appropriata tutela delle parti.

La stessa Corte di Giustizia dell'UE ci ha mostrato la primazia del principio di effettività della tutela sull'autonomia processuale degli Stati membri, declinandolo in regole puntuali, che hanno modificato il nostro assetto processuale, come, significativamente, dimostrano quelle sull'estensione della tutela risarcitoria alla lesione degli interessi legittimi, o quelle sulla tutela cautelare monocratica, sulla rilevanza dell'interesse strumentale, sul rapporto tra censure principali e incidentali ecc.

Le esigenze di effettività e di certezza della tutela dei diritti possono essere quindi adeguatamente soddisfatte assicurando, da un lato, la limitazione della giurisdizione esclusiva ai casi indicati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e, dall'altro, il dialogo tra le due giurisdizioni. In merito a questo secondo aspetto, tuttavia, l'auspicata collaborazione tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione non può essere precaria e legata al solo spirito collaborativo dei vertici dei massimi organi giurisdizionali, che, come dimostra la nota vicenda della pregiudiziale di annullamento, può a volte mancare. Si potrebbe allora immaginare di istituzionalizzare questo dialogo, attraverso l'individuazione di forme di raccordo tra l'Adunanza Plenaria e le Sezioni Unite, che possano contribuire ad individuare - in via preventiva (ancorché non vincolante) - soluzioni uniformi delle questioni più complesse relative ai diritti nelle materie di confine tra la giurisdizione ordinaria e quella affidata in via esclusiva al giudice amministrativo (penso all'occupazione usurpativa o, soprattutto, alle questioni relative all'assistenza sanitaria o all'insegnamento di sostegno in ambito scolastico). La soluzione consentirebbe di stabilizzare e rafforzare, sotto un'egida più autorevole, la collaborazione tra il Massimario della Corte di Cassazione e l'Ufficio studi del Consiglio di Stato di cui hanno parlato i rispettivi Presidenti, nell'ottica di un comune percorso verso la certezza e l'uniformità interpretativa nella tutela dei diritti fondamentali.

Circoscritta la portata del sindacato per violazione di legge di cui al co 7 dell'art. 111 Cost., si apre il tema della estensione del sindacato per motivi di giurisdizione previsto dal co 8. Le questioni sono strettamente connesse: più si delimita restringe il sindacato per violazione di legge, più si pone il problema della elasticità concettuale della nozione di "*motivi inerenti alla giurisdizione*" che, ai sensi del 111 co 8, consente alla Corte di Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti).

Il tema dei cd limiti esterni ed interni della giurisdizione amministrativa è stato oggetto di recenti evoluzioni interpretative, non sempre lineari, che hanno allargato il campo di applicazione dell'art. 111, co 8; l'analisi della più recente giurisprudenza delle SS.UU. consente tuttavia di fare chiarezza su alcuni degli aspetti più problematici.

La sentenza delle n. 956 del 2017 (Presidente Canzio) afferma significativamente che il controllo sul limite esterno della giurisdizione non include anche una funzione di verifica della conformità delle decisioni dei giudici amministrativi al diritto dell'Unione Europea e *l'error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale solo perché venga denunciata la violazione di norme euro-unitarie, quali definite dalla Corte di giustizia. Sotto questo profilo la sentenza riprende e conferma statuizioni già espresse in precedenti pronunce (SS.UU. 3236/2012 e 2403/2014) nelle quali si esclude che la violazione del diritto dell'Unione da parte del g.a., anche sotto il profilo del mancato rinvio pregiudiziale, valga, di per sé, a integrare un'esorbitanza dalle relative attribuzioni. L'ordinamento, infatti, dispone di altri strumenti, come la tutela risarcitoria, per la grave violazione del diritto UE da parte dei suoi organi giurisdizionali di ultima istanza.

Diverso è invece il cd “caso estremo” in cui, eccezionalmente, un *error in iudicando* realizza un radicale stravolgimento delle norme euro-unitarie di riferimento, così come interpretate dalla Corte di Lussemburgo e tale da precludere, rendendola “non effettiva”, la tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico. In questi casi, afferma sempre la sentenza 956 del 2017, *l'error in iudicando* che, come tale, attiene ai limiti interni della giurisdizione, determina un vuoto di tutela giurisdizionale per «*l'indebito rifiuto di erogare*» tale tutela «*a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale*», trasformandosi così in un «*aprioristico diniego di giurisdizione*».

I tratti caratteristici del “caso estremo” sono dunque due: a) *l'error in iudicando* deve negare una forma di tutela attribuita al g.a. per motivi di carattere generale, attinenti cioè alla stessa, astratta, possibilità, di erogare quel tipo di tutela; b) l'errore deve incidere sulla effettività della tutela in modo tale da determinare un inaccettabile privazione del diritto di difesa, incompatibile anche con l'ordinamento costituzionale interno.

Sotto il primo profilo, il “caso estremo” è ricondotto al concetto di “*aprioristico diniego di giurisdizione*”, che si verifica quando il g.a. rifiuta di esercitare per un motivo astratto e generale una forma di tutela che rientra nella sua giurisdizione. Diversa è, infatti, l'ipotesi in cui la tutela non sia concessa per determinati limiti ravvisati nel caso concreto sul piano processuale o sostanziale, nella quale si esclude la possibilità di riscontrare un eccesso di potere giurisdizionale, configurandosi al più errori di giudizio legati al caso specifico.

Questa distinzione è d'altra parte affermata a partire dalla nota sentenza delle SS.UU. n. 30254 del 2008, che ha cassato, riconoscendovi un vizio “inerente alla giurisdizione”, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007, che, pretermettendo il monito delle note (tre) ordinanze gemelle rese dalle stesse SS.UU. il 13 giugno 2006, aveva (ri)affermato l'inammissibilità della tutela risarcitoria degli interessi legittimi in caso di mancato preventivo annullamento del provvedimento lesivo. In quella decisione si chiarisce che, ai fini dell'ammissibilità del sindacato ex art. 111, co. 8, aveva assunto valenza decisiva il fatto che il g.a. avesse finito col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, risolvendosi così in un rifiuto preconcepito di erogare la relativa tutela.

Sul secondo profilo, invece, il richiamo al concetto di effettività della tutela manifesta la profonda evoluzione che hanno subito le norme sulla giurisdizione, che sono divenute strumento per garantire non solo l'accesso, ma anche l'effettività della giustizia. In questo senso le SS.UU., nella sentenza n. 6891 del 2016, affermano che il problema dei cd “limiti esterni” è collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendersi nel senso di effettività della tutela giurisdizionale, ovvero di possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale in base ai canoni del giusto processo (analogamente, la sentenza n. 3915 del 2016).

Da quanto precede emerge che l'individuazione di “casi estremi” di *error in iudicando* che si trasformano, eccezionalmente, in casi di diniego di tutela, ha la sua base in questa nuova concezione di giurisdizione e se la Corte di Cassazione ne farà un uso oculato e puntuale, come sembra ad oggi aver fatto (cfr. dati in appendice), l'assetto stabilito dalla Costituzione tra i due plessi giurisdizionali sancito dall'art. 111 non sembra alterato e, anzi, il quadro complessivo del sistema disegnato dagli artt. 3, 10, 11, 24 e 117, co.1, risulta più efficacemente garantito.

In questo contesto è opportuno precisare il ruolo del diritto europeo.

L'errore anomalo e abnorme che consente alla Cassazione di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato, non si verifica solo quando sia in gioco l'applicazione del diritto dell'Unione come declinato dalla Direttiva ricorsi o interpretato dalla Corte di Giustizia, ma anche quando la questione controversa abbia rilevanza puramente nazionale: anche in questo caso, infatti, il principio di effettività della tutela non tollera indebiti rifiuti di accesso concreto alla giustizia, tanto più (ma evidentemente non soltanto) quando sono in gioco diritti fondamentali.

Merita a questo punto svolgere un'ultima, sintetica, riflessione sull'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale per invasione del potere legislativo, tramite un ruolo autenticamente creativo di norme giuridiche.

Tale ipotesi, strettamente legata al principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge, perché soltanto la legge assicura l'effettivo rispetto del principio di uguaglianza, è stata fino ad oggi generalmente considerata meramente teorica: si dovrebbe infatti ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma da esso stesso arbitrariamente creata per la specifica fattispecie o ingiustamente desunta da fonti non riconducibili, né direttamente, né indirettamente, al potere legislativo, ivi compresi, qualora privi di idonea base legislativa, gli stessi precedenti giurisprudenziali. Per riconoscere con il necessario rigore la configurazione di questa ipotesi, si dovrebbe tracciare un sicuro confine tra attività interpretativa e attività di produzione normativa in senso stretto.

Nella recentissima sentenza n. 2219 del 2017 le SS.UU. confermano il carattere "estremo" dell'ipotesi, in quanto l'interpretazione o la disapplicazione della legge rappresentano il "proprium" della funzione giurisdizionale e non possono, dunque, integrare la violazione dei limiti esterni, fatto salvo il caso dell'applicazione di una norma creata "ad hoc" dal giudice speciale.

Tuttavia, come ricordato in precedenza, nell'attuale periodo storico il giudice è costretto sempre più spesso a decidere soltanto alla stregua dei principi e delle categorie generali, contribuendo a "creare diritto"; i confini tra legislatore e giudice tendono a diventare sempre più labili ed è, quindi, più forte il pericolo che la giurisprudenza si appropri inammissibilmente di funzioni che, in base al principio democratico e al nostro assetto costituzionale, spettano al legislatore. Un esempio su tutti: nonostante dal 2005 l'art. 21-*nonies* l. 241/1990 abbia chiaramente disposto che il potere di annullamento d'ufficio deve essere motivato in merito alla concreta sussistenza di ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo (evidentemente diverse dalla mera esigenza di ripristino della legalità violata), la giurisprudenza amministrativa ha spesso avallato la tesi dell'interesse pubblico *in re ipsa* per esonerare la p.a. dall'obbligo motivazionale, "elaborando" di fatto un concetto giuridico che non ha cittadinanza in alcuna disposizione di legge e si pone anzi in netta antitesi con il disegno garantista disegnato dal legislatore.

### Appendice

(a cura di Leonardo Droghini, Leila Nadir e Riccardo Pappalardo, dottorandi di ricerca in diritto amministrativo e collaboratori della cattedra di Giustizia amministrativa nell'Università di Roma Tre).

Sperando di offrire un utile contributo allo studio delle tematiche affrontate nel mio intervento, ho chiesto ad alcuni dei miei più giovani collaboratori di effettuare una rapida ricerca delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale, tesa essenzialmente a verificare la percentuale dei ricorsi accolti e la rilevanza riconosciuta al diritto eurounitario.

L'esito della ricerca è riportato in una tavola riepilogativa, divisa per anno (dal gennaio 2006 a inizio aprile 2017), che indica, accanto ad ogni sentenza

- (i) se la pronuncia faccia riferimento al diritto comunitario/eurounitario;
- (ii) se il ricorso per eccesso di potere giurisdizionale sia stato accolto;
- (iii) l'importanza che, secondo gli stessi ricercatori, la pronuncia sembra presentare ai fini dell'indagine (espressa con 1, 2 o 3 punti esclamativi).

In conclusione, un riepilogo di tutte le informazioni e un grafico per evidenziare i risultati statistici della ricerca.

**Prof. Maria Alessandra SANDULLI**  
Ordinario di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa  
Università di Roma Tre

Publicato il 6 giugno 2017