

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
CURRICULUM PUBBLICISTICO
XXXV CICLO**

*Tesi di dottorato di ricerca in diritto processuale amministrativo
Settore scientifico-disciplinare di afferenza IUS/10*

IL DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE

Coordinatore del Dottorato:

Chiar.mo Prof. re Pierluigi Chiassoni

Responsabile scientifico del *Curriculum* Pubblicistico:

Chiar.mo Prof. re Mitja Gialuz

Supervisore:

Chiar.ma Prof.ssa Piera Vipiana

Dottorando:

Dott. Cristiano Giudice

Anno accademico 2024-2025

INDICE

Premessa	6
----------------	---

CAPITOLO I INQUADRAMENTO STORICO, FONTI DI DISCIPLINA E QUESTIONI DI GIURISDIZIONE

1.1. Il monismo e il dualismo giurisdizionale nel XIX secolo	11
1.2. <i>L'excès de pouvoir du juge</i> nell'ordinamento giuridico francese.....	16
1.3. La tradizione graziosa pretoria garantista della Giustizia Amministrativa.	21
1.4. La legislazione precostituzionale. La Legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E. La Legge 31 marzo 1877 n. 3761: la Suprema Corte quale giudice regolatore della giurisdizione. La giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato.	25
1.5. La posizione "oscillante" della giurisprudenza precostituzionale. La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione romana del 21 marzo 1893: l'incompetenza coincide con il difetto di giurisdizione in senso statico, mentre l'eccesso di potere con il difetto di giurisdizione in senso funzionale (o dinamico).	31
1.6. La dottrina. La distinzione tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella dottrina francese e italiana. I due orientamenti: da un lato, Henrion de Pansey e Mantellini assertori di un eccesso di potere quale difetto assoluto di giurisdizione; dall'altro, Demurtas Zichina assertore di un eccesso di potere quale difetto relativo e assoluto di giurisdizione. L'acuirsi del dibattito dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. I confini tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella riflessione di Carnelutti.	34
1.6.1. La consolidazione dell'eccesso di potere giurisdizionale come "straripamento" rispetto alla evoluzione della nozione di eccesso di potere amministrativo quale vizio della funzione. Il sostrato ontologico comune delle due categorie. Il caso eccezionale di Benvenuti e Lavagna.	39
1.7. Il Concordato.	47
1.8. L'art. 111, comma ottavo della Costituzione e l'esegesi.	49

1.9.	Il difetto assoluto di giurisdizione e il diniego di giurisdizione.	54
1.10.	Il <i>revirement</i> delle Sezioni Unite.	60

CAPITOLO II

LO SCONFINAMENTO NELLA SFERA AMMINISTRATIVA

2.1.	Lo sconfinamento nella sfera amministrativa quale controverso critto-tipo dell'assoluto difetto di giurisdizione.	76
2.2.	Le problematiche concettuali sul rapporto tra la funzione amministrativa, i limiti alla discrezionalità e l'eccesso di potere.	88
2.2.1.	Il fulcro della questione imperniato sul confine tra discrezionalità e merito, tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, tra violazione di legge ed eccesso di potere (giurisdizionale).	94
2.2.2.	La distinzione tra sindacato di legittimità e sindacato di merito: l'indagine in ordine al se e come il giudice possa "accedere al fatto", se e fino a che punto possa esaminare le questioni tecniche, se e fino a che punto possa occuparsi della scelta della misura e della concretizzazione dell'interesse pubblico.	103
2.3.	Il sindacato del Giudice Amministrativo sulla discrezionalità tecnica e sulle valutazioni tecniche opinabili e sulla scelta discrezionale di una delle soluzioni tecniche: sindacato meramente intrinseco debole o sostitutivo, opinabilità o opportunità, discrezionalità o opportunità.	108
2.4.	Il caso dei provvedimenti sanzionatori antitrust e i riflessi sul giudizio delle Sezioni Unite: dal sindacato di attendibilità a quello di maggiore attendibilità nella prospettiva della <i>full jurisdiction</i>	112
2.5.	Il caso dell'abilitazione scientifica nazionale e della classificazione di una rivista giuridica in fascia A. L'ammissibilità di un sindacato di tipo sostitutivo in sede cognitoria e in sede di ottemperanza e le relative implicazioni in punto di sconfinamento.	125
2.6.	Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.	131

2.7.	Il cosiddetto “one shot temperato” e “one shot puro” alla luce della novella dell’art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241.	134
2.8.	Il caso della valutazione di esclusione dalle gare per “deficit di fiducia” riservata alla Pubblica Amministrazione e della valutazione di compatibilità di un aiuto statale con il mercato interno riservata alla Commissione europea dall’art. 107 TFUE.....	137
2.9.	Il caso delle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di conferimento di incarichi giudiziari.	145
2.10.	Lo sconfinamento in sede di giurisdizione di merito: il sindacato per motivi di giurisdizione sui giudizi di ottemperanza relativi a <i>facere</i> impossibile. La giurisdizione esclusiva.	149

CAPITOLO III IL DINIEGO DI GIUSTIZIA

3.1.	La qualificazione della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente quale interesse legittimo o interesse di fatto come questione di merito ontologicamente intestata in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa.	159
3.2.	L’inquadramento sistematico del diniego di giurisdizione nei motivi inerenti alla giurisdizione.	169
3.3.	Il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia nell’interpretazione autentica della Corte Costituzionale.	172
3.4.	Il discrimine tra diniego di giurisdizione e <i>errores in procedendo e iudicando</i>	178
3.5.	Ipotesi di confine tra la violazione dei limiti esterni e la violazione dei limiti interni della giurisdizione: il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia. Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: l’azione risarcitoria autonoma, il ricorso principale e il ricorso incidentale incrociati, il radicale stravolgimento delle norme processuali (e sostanziali) quale diniego di giustizia sindacabile in Cassazione, il caso CEDU Staibano e Mottola; dal sindacato sul grave, radicale e manifesto stravolgimento delle norme di rito al sindacato per mera “violazione di norma convenzionale o europea”.	183
3.6.	L’alterità del diniego di giustizia rispetto al diniego di giurisdizione.	202

3.7.	Il diniego di giurisdizione e i principi costitutivi del giusto processo. L'“eccesso di potere giurisdizionale” e la “soggettività” del processo amministrativo: la grave violazione dei principi processuali fondamentali quali elementi essenziali della giurisdizione come violazione dei limiti esterni.	221
3.8.	Il diniego di giurisdizione e il principio di effettività. Motivi inerenti alla giurisdizione o motivi inerenti alla giustizia?	232
3.9.	I rimedi giurisdizionali <i>de iure condendo</i> alle “strumentalizzazioni” del diniego di giustizia. Il ruolo del giudizio di revocazione e il generale <i>favor</i> per il sindacato della Cassazione a detrimento di una più auspicabile rimodulazione del giudizio di ottemperanza. I possibili rimedi: revocazione per errore sul “fatto processuale”; la tesi del ricorso per violazione dei limiti della giurisdizione e la natura meramente procedimentale del vizio; il giudicato a formazione progressiva.....	237
3.10.	I rimedi istituzionali e strutturali <i>de iure condendo</i> alle aporie del diniego di giustizia mutuati dal sistema di Giustizia Amministrativa francese imperniato sul <i>Conseil d'État</i> quale Cassazione Amministrativa.	240
	Conclusioni	252
	<i>Bibliografia</i>	257

PREMESSA

Il sindacato sulla questione di giurisdizione spettante alle Sezioni Unite e avente ad oggetto le sentenze del Consiglio di Stato costituisce uno dei temi più delicati e controversi del diritto amministrativo processuale sul piano normativo, dottrinale e giurisprudenziale, dacché interessa strettamente i rapporti mai del tutto definiti tra i poteri dello Stato e le supreme magistrature.

Le problematiche sottese all'intreccio del diritto amministrativo processuale con il diritto amministrativo sostanziale, il diritto costituzionale e il diritto euro-unitario, avrebbero implicato una trattazione esulante dai limiti della presente opera e, perciò, in un'ottica razionalizzatrice, si è ritenuto opportuno contenere lo sviluppo della ricerca entro l'alveo del diritto amministrativo processuale.

L'interesse al tema è maturato nel corso dell'esperienza di tirocinante giudiziario presso il Consiglio di Stato, successivamente approfondito in termini comparatistici in occasione di un soggiorno di ricerca presso l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e la Biblioteca del Conseil d'État.

E' d'uopo precisare che la presente indagine non intende esplorare l'interpretazione evolutiva fatta propria dalle Sezioni Unite rispetto ai motivi inerenti alla giurisdizione, in quanto l'oggetto della trattazione non concerne il tema del sindacato delle Sezioni Unite quanto al superamento dei limiti esterni della giurisdizione da parte dei giudici speciali, bensì a quello del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato in ordine al difetto assoluto di giurisdizione nella duplice veste di sconfinamento nella sfera amministrativa, su cui verte il capitolo secondo, e del diniego di giustizia, al quale è dedicato il capitolo terzo.

A prescindere dalle molteplici categorizzazioni dell'istituto dell'assoluto difetto di giurisdizione che hanno interessato diffusamente la Dottrina più che la Giurisprudenza, si è preferito incentrare la trattazione muovendo dai caratteri costitutivi delle due fattispecie, al fine di escluderne o ammetterne, seppur condizionatamente, la riconducibilità all'assoluto difetto di giurisdizione, quale unica categoria ereditata dal contenzioso amministrativo ed espressamente positivizzata, tuttora vigente nel sistema di Giustizia Amministrativa e perfettamente implicata nei motivi inerenti alla giurisdizione costituzionalizzati e codificati.

Benché si tratti di un tema ottocentesco nel quale la dottrina risalente assume un'importanza strutturale, tuttavia, nelle singole problematiche e nelle ultime prese di posizione, si è dato opportunamente conto della dottrina amministrativistica più recente.

In relazione all'ipotesi, più astratta che empirica, dello sconfinamento nella sfera del legislatore, si è ritenuto opportuno rimetterne i relativi contorni, altamente speculativi, alla ben più autorevole Dottrina contemporanea.

Orbene, stante l'estrema delicatezza e complessità del tema, si è inteso circoscrivere l'indagine alle fattispecie maggiormente controverse, muovendo

dai profili storici, normativi e dogmatici che ne hanno connotato la matrice e a cui è dedicato il capitolo primo, per concentrare lo sviluppo della ricerca sulla ricostruzione dello sconfinamento nella sfera amministrativa e del diniego di giustizia.

Ciò in quanto la fattispecie del difetto assoluto strettamente inteso, così come il vizio di irregolare composizione del collegio giudicante, hanno avuto limitata evidenza empirica, così come quella del difetto relativo si presta ad una mera indagine casistica per settore di competenza del Giudice Amministrativo, di poco interesse sul piano dogmatico.

Sul piano epistemologico, ci si propone di impostare l'indagine alla luce del metodo scientifico falsificazionista di matrice popperiana o, altrimenti detto, metodo ipotetico-deduttivo o, come lo definisce Popper, «metodo deduttivo dei controlli».

In particolare, si intende sottoporre l'ipotesi della alterità dello sconfinamento e del diniego rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione a severi tentativi di falsificazione ovvero a dettagliati e severi controlli ad alto tasso di falsificabilità e, quindi, ad alto tasso di corroborazione.

Dalla disamina critica delle declaratorie cassatorie più significative assunte a falsificatori potenziali in grado di corroborare un'ipotesi falsificante alternativa si intende concludere nei termini dell'accettabilità scientifica provvisoria della ipotesi ivi prospettata.

Il modo di inferenza falsificante adottato è il *modus tollendo tollens* della logica classica ovvero il modo in cui la falsificazione di una conclusione implica la falsificazione della asserzione singolare assunta a ipotesi dalla quale la conclusione è dedotta e, di conseguenza, la falsificazione dell'asserzione universale derivata da assiomi e assunta a sua volta a ipotesi dalla quale l'asserzione singolare è dedotta.

Nel capitolo primo, muovendo dalla tradizione pretoria italo-francese della Giustizia Amministrativa, dai principi costitutivi del diritto pubblico e dalla normativa vigente storicamente contestualizzata, assunti con valenza assiomatica nella ipotesi scientifica avanzata, si è concluso nei termini dell'esclusività dell'assoluto difetto di giurisdizione, quale unico vizio deducibile in sede cassatoria, in quanto compatibile con la tradizione, i principi e la normativa della Giustizia Amministrativa.

In particolare, il legislatore costituente e il legislatore codicistico hanno ammesso il sindacato cassatorio limitatamente ai soli motivi inerenti alla giurisdizione e, dunque, lo hanno escluso in ordine al vizio di violazione di legge (sostanziale e processuale).

Inoltre, l'assoluto difetto di giurisdizione, di cui all'art. 48 Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, inerisce alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, così come storicamente interpretati, e non alla violazione dei limiti interni.

Orbene, sia lo sconfinamento nella sfera amministrativa in senso ampio sia il diniego di giurisdizione evolutivamente reinterpretato da una parte della dottrina amministrativistica, nonché qualunque altra fattispecie che ne condivida i tratti caratterizzanti individuati all'esito della indagine, ineriscono alla violazione di limiti interni e, dunque, non integrano l'assoluto difetto di giurisdizione e meritano di essere estromessi in sede cassatoria.

Quanto alla ricostruzione della matrice dell'istituto, si è optato per un inquadramento storico, normativo e dogmatico con riferimenti comparatistici, che, in un'ottica ragionevolmente contenuta, desse contezza dei caratteri costitutivamente compromissori del sistema di Giustizia Amministrativa, così da evidenziarne le originarie aporie, sulle quali si è sedimentato l'attuale attrito tra le supreme magistrature.

Giova premettere che storicamente la matrice degli attriti tra i plessi giurisdizionali affonda nelle alterne vicende normative occorse nel XIX secolo, a cui è seguito un periodo di relativa pacificazione inaugurata dal Concordato.

Tuttavia, negli anni '90 a seguito dell'incremento delle materie rientranti nella giurisdizione amministrativa esclusiva e alla generalizzazione della tutela risarcitoria sono riaffiorati reciproci irrigidimenti, acuitesi dalla sopravvenienza del cosiddetto "dinego di giustizia".

La prima fattispecie, oggetto del capitolo secondo, interessa il rapporto, da sempre controverso, tra amministrazione e giurisdizione, acuitosi sin dalla giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato.

Premesso che sul piano giusprocessualistico l'angolazione, dalla quale si dirama la presente ricerca, è, inevitabilmente, il sindacato sulla giurisdizione, non si è inteso addentrarsi *funditus* nelle tematiche di diritto amministrativo sostanziale, che richiederebbero ben altra disamina, quanto di selezionarne e vagliarne criticamente i profili processuali maggiormente controversi in sede cassatoria, per misurarne l'alterità rispetto alla categoria generale e sommessamente offrire ipotesi rimediali, giurisdizionali e istituzionali.

Preliminarmente, ci si permetta di anticipare che, nonostante i puntellamenti delle Sezioni Unite, l'antico equilibrio tra amministrazione e giurisdizione raggiunto per il tramite della elasticità equitativa e della creatività pretoria del contenzioso amministrativo è ancora attualmente perseguito, seppur carsicamente, dalla magistratura amministrativa.

Tra le fattispecie, oggetto dell'esame indiretto delle Sezioni Unite, sono state selezionate quelle maggiormente dibattute, dacché passibili di un sindacato sostitutivo del Giudice Amministrativo: in particolare, vengono in rilievo le valutazioni tecnico-discrezionali di tipo sanzionatorio, nonché quelle di tipo abilitativo e concorsuale.

Come è emerso all'esito dell'indagine, di cui si è dato conto nelle conclusioni della presente opera, lo scrutinio delle Sezioni Unite non si è attenuto al mero riscontro del difetto assoluto di giurisdizione, che non sussisteva affatto, ma a sindacare il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione sull'attività

amministrativa, penetrando nell'attività interpretativa del Giudice Amministrativo.

Parimenti dicasi nelle fattispecie relative al cosiddetto diniego di giustizia, di cui la concettualizzazione dell'interesse legittimo o, *rectius*, la giuridificazione dell'interesse occasionalmente protetto – tema nutrito di implicazioni di tipo logico, epistemologico, gnoseologico – rappresenta nell'economia della presente opera elemento del tutto contestuale.

Infatti, a prescindere dalla giuridificazione dell'interesse occasionalmente protetto, il profilo di maggior interesse ai fini della presente trattazione è l'interazione tra l'interesse legittimo e il diniego di giurisdizione ovvero la questione della delibazione dell'interesse legittimo o, meglio, la questione della qualificazione della natura giuspubblicistica del rapporto dedotto in giudizio in funzione della delibazione del diniego di giurisdizione.

Alla problematicità storica del diniego di giurisdizione e alla implicata distinzione tra delibazione in astratto e delibazione in concreto della proponibilità della domanda si assomma l'altrettanta controversa fattispecie, recentemente coniata, del diniego di giustizia ivi ricondotta.

Una fattispecie, la cui riconducibilità alla categoria del diniego di giurisdizione, è particolarmente discussa in dottrina e giurisprudenza, dacché trattasi dell'ultima metamorfosi evolutiva del cosiddetto «eccesso di potere in concreto» in negativo di matrice calamandreiana.

Il tentativo esperito e tuttora coltivato in via interpretativa dalle Sezioni Unite mira ad intestarsi la disamina di un asserito critto-tipo del diniego di giurisdizione: non solo l'accertamento della titolarità della potestà giurisdizionale come potere, ma anche la verifica della sua erogazione come servizio in relazione ai principi di effettività e giusto processo.

Ebbene, una compiuta indagine critica sul diniego di giustizia, quale asserito critto-tipo del diniego di giurisdizione, non può prescindere dalle matrici giurisprudenziali, che hanno delineato i contorni della fattispecie, senza addentrarsi nelle singole problematiche giusprocessualistiche.

Il nucleo della questione - ma analoghe considerazioni possono essere formulate con riguardo agli *errores in procedendo* - rimane quello dell'indagine sul discrimine tra *error in iudicando*, che consiste in una mera violazione di legge integrata da un errore interpretativo o applicativo, e l'errore che trasmodi in diniego di giurisdizione.

Da tempo in dottrina e giurisprudenza si assiste al tentativo di dilatare il diniego di giurisdizione inteso come diniego di giustizia a *errores in procedendo* particolarmente qualificati, quali la violazione dei principi costitutivi del giusto processo.

Sul piano sistematico, ci si chiede se l'attuazione della giurisdizione sia problema distinto da quello della giurisdizione stessa e se una giurisdizione parzialmente attuata sia motivo di violazione del giusto processo o anche di violazione di limiti esterni della giurisdizione medesima.

Talora, perfino l'esercizio concreto della funzione giurisdizionale appare assurgere a elemento essenziale della giurisdizione stessa in significativa tensione con le garanzie costituzionali poste a presidio della giurisdizione amministrativa: il *quomodo* della giurisdizione diviene *an* della giurisdizione.

A prescindere dalla configurabilità di un eccesso di potere giurisdizionale in negativo nei confronti del legislatore, il punto critico risiede nell'accezione di diniego di tutela, perché, come più volte predicato dalle stesse Sezioni Unite, il vizio è censurabile solo se aprioristico e scevro da "contaminazioni" ermeneutiche.

Orbene, al di là di formule tratlative e digressioni pleonastiche, si intende dimostrare che, nei casi in cui le Sezioni Unite hanno cassato adducendo il diniego di giustizia, sia ravvisabile una matrice ermeneutica nelle violazioni della legge processuale integrate dal Giudice Amministrativo, ben lontana dalla mera affermata estraneità della domanda o della materia alle attribuzioni giurisdizionali.

Ne consegue che l'assunto secondo cui la questione di giurisdizione sia questione pregiudiziale di rito non pare affatto condivisibile, in quanto «l'eccesso di potere» a fronte del merito amministrativo o il «diniego di giustizia» a fronte di un interesse legittimo celano, in realtà, una questione di merito e, quindi, rientrano a pieno titolo nei limiti interni.

Sul punto, le soluzioni sinora proposte in dottrina non sembrano idonee a risolvere i problemi correlati all'intrinseca evoluzione del ruolo della Giustizia Amministrativa, che imporrebbe di organizzare l'attuale dibattito muovendo dalle ragioni della specialità del Giudice Amministrativo e dalle sue implicazioni istituzionali, anche in rapporto alle caratteristiche delle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

Il *punctum dolens* del sistema di Giustizia Amministrativa, così come si è andato costituendo, appare, infatti, di natura marcatamente strutturale: l'assenza di un sindacato cassatorio interno alla giurisdizione amministrativa, comprensivo sia di un controllo di competenza ampiamente inteso così come coniato nel sistema francese sia di un controllo sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto da parte del Giudice Amministrativo di prime cure.

Dunque, oltre ad una riforma del sistema delle impugnazioni all'interno di ciascuna giurisdizione, che consenta di offrire un rimedio ripristinatorio e non solo risarcitorio alle violazioni del diritto dell'Unione europea, si ritiene opportuno, altresì, avanzare ipotesi di rimedi strutturali mutuati dal modello cassatorio della Giustizia Amministrativa francese.

La combinazione simultanea di rimedi giurisdizionali e di rimedi istituzionali dovrebbe condurre ad un duraturo assestamento delle giurisdizioni su posizioni meno "belligeranti", come viceversa occorso negli ultimi venti anni, e ad uno strutturale diradamento delle occasioni di attrito a beneficio della tutela dei diritti del cittadino.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO STORICO, FONTI DI DISCIPLINA E QUESTIONI DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1.1. Il monismo e il dualismo giurisdizionale nel XIX secolo. - 1.2. *L'excès de pouvoir du juge* nell'ordinamento giuridico francese. - 1.3. La tradizione graziosa pretoria garantista della Giustizia Amministrativa. - 1.4. La legislazione precostituzionale. La Legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E. La Legge 31 marzo 1877 n. 3761: la Suprema Corte quale giudice regolatore della giurisdizione. La giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato. - 1.5. La posizione "oscillante" della giurisprudenza precostituzionale. La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione romana del 21 marzo 1893: l'incompetenza coincide con il difetto di giurisdizione in senso statico, mentre l'eccesso di potere con il difetto di giurisdizione in senso funzionale (o dinamico). - 1.6. La dottrina. La distinzione tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella dottrina francese e italiana. I due orientamenti: da un lato, Henrion de Pansey e Mantellini assertori di un eccesso di potere quale difetto assoluto di giurisdizione; dall'altro, Demurtas Zichina assertore di un eccesso di potere quale difetto relativo e assoluto di giurisdizione. L'acuirsi del dibattito dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. I confini tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella riflessione di Carnelutti. - 1.6.1. La consolidazione dell'eccesso di potere giurisdizionale come "straripamento" rispetto alla evoluzione della nozione di eccesso di potere amministrativo quale vizio della funzione. Il sostrato ontologico comune delle due categorie. Il caso eccezionale di Benvenuti e Lavagna. - 1.7. Il Concordato. - 1.8. L'art. 111, comma ottavo della Costituzione e l'esegesi. - 1.9. Il difetto assoluto di giurisdizione e il diniego di giurisdizione. - 1.10. Il *revirement* delle Sezioni Unite.

1.1. *Il monismo e il dualismo giurisdizionale nel XIX secolo.*

Sin dall'Unità d'Italia nella letteratura giuridica si contrappongono teorizzazioni moniste e impostazioni dualiste¹.

¹ Per un'autorevole trattazione di entrambe le posizioni, cfr. O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1934, p. 284 ss. A favore della giurisdizione unica, cfr. A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubb.*, 1998, pp. 385-386 e S. LARICCIA, *La ricerca del criterio discrezionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi: un assillo che continuerà a tormentare anche i futuri studiosi del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. I, Padova, 2007, p. 209. Sul dibattito, a titolo meramente esemplificativo e per nulla esaustivo, ci si permetta di richiamare: E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 3, 383 ss.; P. MADDALENA, *Unità della giurisdizione: una proposta di efficienza*, in *Cons. Stato*, 1980, 11, 1309 ss.; I.F. CARAMAZZA, *Giurisdizione amministrativa e unità della giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1993, 12, 1368 ss.; A. D'ATENA, *Unità e pluralità nella disciplina costituzionale della*

Incontrovertibilmente, il sistema italiano di Giustizia Amministrativa si annovera nei sistemi continentali dualistici, dacché contempla due plessi giurisdizionali autonomi e separati sul piano strutturale e funzionale: uno, il giudice ordinario, investito della tutela dei rapporti giusprivatistici, cui vi provvede erogando tutela risarcitoria; l'altro, il giudice amministrativo, preposto in via inderogabile ed esclusiva alla tutela dei rapporti giuspubblicistici, cui vi provvede erogando, in via principale, tutela costitutiva².

Non tanto in ossequio al principio della separazione dei poteri, quanto in virtù della specialità della materia, che è tale da esigere un giudice "ordinariamente" speciale³.

Orbene, il monismo, attingendo all'esperienza inglese, predica l'affermazione della giurisdizione unica su ogni controversia; per converso, il

giurisdizione: il tribunale superiore delle acque e la nomofilachia della Corte di Cassazione, in *Giur. cost.*, 1995, 3, 1799 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 4, 919 ss.; R. CARANTA, *Tutela dei diritti nei confronti della p.a. e interesse legittimo. Prospettive di una unità della giurisdizione*, in *Dem. e diritto*, 1997, 1, 133 ss.; R. GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 121 ss.; L.R. PERFETTI, *L'unità della giurisdizione nel progetto della commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Jus*, 1998, 2, 585 ss.; P. CIRIELLO, *Le questioni aperte in fine secolo. Unità o pluralità della giurisdizione*, in *Nuova rass. di legisl., dottr. e giur.*, 2000, 3-4, 273 ss.; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 343 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; M.V. FERRONI, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 419 ss.; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, 4, 93 ss.; E. FABIANI - A. TARTAGLIA POLCINI, *Sull'unità della giurisdizione. In ricordo di Franco Cipriani*, E.S.I., 2011; A. TRAVI, *L'unità della giurisdizione*, in *Jus*, 2011, 3, 363 ss.; F.S. MARINI, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2014; R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consulta online*, 2015, 3; P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, ESI, 2017. Per profili comparatistici, cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, 27 ss.; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Milano, Giuffrè 2007, 283 ss. Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, cfr. M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 250 ss. Si afferma che la specificità degli apparati amministrativi abbia legittimato la specializzazione dell'amministrazione e la specializzazione del suo giudice, il quale circolarmente avrebbe plasmato un'autonoma disciplina sostanziale dell'azione amministrativa. Cfr. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. CASSESE, I, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo 2*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 279 ss. Decisivo il rinvio a M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (1974)*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1053 ss., cui si aggiunga A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss. In giurisprudenza, l'opzione dualista ha ottenuto l'autorevole ratifica della Corte costituzionale, che, nella sentenza 24 gennaio 2018 n. 6, muovendo dalle matrici storico-sistematiche della Giustizia Amministrativa, ha espunto le "devianti" prassi interpretative delle Sezioni Unite.

² Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, *passim*.

³ "Speciale" rispetto alla autorità giudiziaria (ordinaria), in quanto si è perfettamente edotti che il plesso giurisdizionale, costituito da Consiglio di Stato, C.G.A., T.A.R. e T.R.G.A., integri la giurisdizione amministrativa ordinaria, cui è devoluta in via generale la cognizione delle controversie sui rapporti giuspubblicistici. V. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.

dualismo, radicatosi nel continente europeo e trasfusi anche nell'ordinamento inglese per il tramite di apposite sezioni specializzate⁴, postula l'esclusività della giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico.

Antesignano del dualismo giurisdizionale è stato il contenzioso amministrativo, originatosi dai ricorsi gerarchici e dai ricorsi straordinari spettanti alla amministrazione contenziosa del Consiglio di Stato⁵.

Nel 1865 all'abolizione del contenzioso amministrativo ordinario è seguita l'apparente affermazione del monismo⁶, aggravata dopo pochi anni dalla devoluzione alle Sezioni Unite del sindacato sulla giurisdizione originariamente intestato al Consiglio di Stato⁷.

⁴ Nel 1977 è stata istituita la *Divisional Court* della *Queen's Bench Division*, che dal 2000 è stata denominata *Administrative Court*.

⁵ A prescindere dalla sede (contenziosa, gerarchica o graziosa) e a prescindere dal tipo di pronuncia (parere, decisione etc.), il Consiglio di Stato ha sempre operato in un quadro di unità del sistema giuspubblicistico. Come emerge dai repertori e conferma V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, pt. II, Torino, 1897-1902, 907 e 916, con riguardo sia ai ricorsi gerarchici, sia ai ricorsi al Re. Parimenti in Francia, D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, 1842, 90: "In fatto, è il consiglio di stato che giudica il contenzioso; in diritto, è il re solo che emana la decisione. In fatto, il consiglio di stato fa tutto; in diritto, non fa che altro che dare una consulenza, un avviso, che il re è libero di seguire o di non seguire"; ancora T. DUCROQ, *Cours de droit administratif*, Paris, 1868, 17 e 130: "gli atti della giustizia ritenuta sono sempre preparati dal consiglio di Stato deliberante in contenzioso e sotto alcun regime il potere esecutivo ha mai usato il suo diritto di rendere una decisione contraria al progetto preparato dal consiglio"; "Il consiglio di Stato deliberante in contenzioso non rende da sé stesso i giudizi; li prepara, e questi non hanno forza se non per volontà dell'Imperatore"; ma "bisogna riconoscere che, nella pratica, questa regola si è ridotta a pura teoria", sicché "è esatto dire che questo grande corpo è giudice del contenzioso e che è realmente un tribunale amministrativo". Lo stesso T. DUCROQ, *Le Conseil d'état et son histoire*, Paris, 1867, 32, relativizza l'alternativa tra giustizia delegata e giustizia ritenuta: "importa dunque meno (...) che il Consiglio di Stato abbia un potere proprio nel contenzioso, poiché in fatto sotto questo aspetto, le cose passavano sempre come se ne avesse uno".

⁶ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Per un richiamo alla gloriosa tradizione del contenzioso amministrativo*, in *Annuario 2012: principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Napoli, 265-268.

⁷ Cfr. F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1876, 247, secondo cui "non è pienamente esatto il dire che nel Belgio e in Italia, mediante la legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, allegato E, sonosi aboliti i tribunali amministrativi. Se s'intende dire che i Consigli di prefettura già dichiarati tribunali di prima istanza del contenzioso amministrativo, e il Consiglio di Stato, tribunale di appello di esso, cessarono dal conoscere di parecchie controversie che o furono rimesse ai giudici ordinari, o all'amministrazione pura, o a particolari giurisdizioni amministrative, ciò è vero e il primo articolo della legge lo attesta; ma sarebbe errore il credere che oltre l'autorità amministrativa o l'autorità giudiziaria non ci sieno altri veri giudici e proprie giurisdizioni di materie amministrative". Di fatto è stata abolita l'attribuzione esclusiva, nella formale veste giurisdizionale e in deroga alla giurisdizione dei Tribunali, dell'elenco di materie del 1859, con l'eccezione dei casi di giurisdizione "propria" e di altri "residui" di contenzioso. Quindi, i Tribunali ordinari non sono mai stati giudici del "provvedimento", grazie alla persistente dicotomia tra atti d'impero e atti di gestione, adottata anche dalla giurisprudenza dei conflitti, prima avanti al Consiglio di Stato e poi avanti alla Cassazione, sinché, con l'avvento della IV Sezione e del riemergere del criterio di riparto tra posizioni soggettive (diritti e interessi), quella dicotomia si è trasfusa nel principio della degradazione dei diritti soggettivi, con ciò perpetuando a riservare al giudice amministrativo il sindacato sul provvedimento. In conclusione, a parte i casi di giurisdizione "propria", come i conflitti tra giurisdizione e amministrazione o la materia del debito pubblico spettanti rispettivamente al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, si è abolita l'attribuzione esclusiva

In effetti, nonostante la legge abolitrice e i tentativi dottrinari volti a comporre monismo e dualismo in una prospettiva di completamento della tutela per aggiunzione, la tradizione pretoria, massimamente garantista del contenzioso amministrativo, si è perpetuata sino alla giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato, successivamente consacrata dal Concordato⁸.

A scopo meramente ricostruttivo merita accennare al dibattito sorto in dottrina sulla natura amministrativa o giurisdizionale della Quarta sezione, dacché in esso si preconizzano le ragioni del plurisecolare attrito tra il Consiglio di Stato e le Sezioni Unite⁹.

Ci si riferisce al vano tentativo esperito dalla Scuola palermitana di sostenerne la natura amministrativa¹⁰, al fine di evitare sia la concorrenza delle giurisdizioni e così risolvere il contrasto di giudicati sia la soggezione alla Cassazione delle decisioni della sezione e, in tal modo, conservare il tradizionale profondo sindacato del Consiglio di Stato sulla cosiddetta discrezionalità amministrativa¹¹.

Vano perché, nonostante la natura giurisdizionale (speciale) predicata dalla dottrina amministrativistica prevalente e dalla giurisprudenza cassatoria¹², il rapporto tra la Quarta sezione e il giudice ordinario è andato informandosi al criterio della concorrenza, in luogo del più corretto criterio della separazione delle giurisdizioni, di cui una speciale e, dunque, titolare di una sfera di attribuzioni esclusiva.

Già Santi Romano suggeriva alla Cassazione di non sovrapporre un proprio scrutinio sui limiti del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità

delle altre “materie” del contenzioso, o meglio quella componente non riconducibile alla sfera “puramente” amministrativa secondo i criteri generali di riparto, ma è rimasto intatto il nucleo della Giustizia Amministrativa, ovvero i ricorsi gerarchici e i ricorsi al Re, sino alla IV Sezione del 1889.

⁸ Cfr. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 463-510.

⁹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara* in www.giustizia-amministrativa.it, 2019. V. L. MORTARA, *Per la istituzione di un Tribunale Supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella Università di Napoli letta il 15 dicembre 1898*, in *Il Filangieri*, 1899, 1, 1 ss.

¹⁰ V. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative* in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. III, Milano, 1901, 530. L'Autore riporta che a favore di una natura giurisdizionale speciale militavano Meucci, Armani, Codacci-Pisanelli, Scialoja, Leporini, Quarta, Saredo, Mortara; a favore di una giurisdizione generale parteggiava Lo Monaco; a favore di un organo amministrativo tendeva Orlando; a favore di una giurisdizione imperfetta propendeva Vacchelli.

¹¹ In effetti, nei pareri del Consiglio di Stato si delibavano anche questioni di merito, che trascendevano quelle di competenza. Ad es. Real Decreto 22 gennaio 1853, previo parere del Consiglio di Stato, in *Rivista amministrativa del regno*, 1854, 49, ove il Consiglio di Stato rigetta un ricorso ai sensi dell'art. 273 della legge 7 ottobre 1848 contro decreti dell'Intendente in materia di nomina dei consiglieri delegati, ed, entrando nel merito, dichiara “fondati” tali decreti, per poi aggiungere che “ad ogni modo non vi sarebbe violazione di attribuzioni del Consiglio comunale in senso dell'art. 273”.

¹² A decorrere da Cass. civ., Sez. Un., 24 giugno 1891, n. 460, in *Foro It.*, 1891, I, 1118, con nota di V. SCIALOJA, *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*.

amministrativa in senso restrittivo rispetto a quello svolto dalla giurisdizione amministrativa¹³.

Anche Federico Cammeo riconosceva non solo l'inadeguatezza dei tribunali ordinari, ma soprattutto l'inidoneità della Corte di Cassazione a risolvere questioni di diritto pubblico, in particolare impingendo nella selezione degli interessi meritevoli di una protezione giusamministrativistica, dacché trattasi di questione ontologicamente di merito, o ingerendosi nel controllo giurisdizionale sulla discrezionalità¹⁴.

Queste compromissioni, che mai sono state del tutto eradicte, vengono edulcorate con il Concordato Romano - D'Amelio, alla cui osservanza si sono conformate le giurisdizioni coinvolte sino agli anni '90 del XX secolo¹⁵.

Oltre a comporre l'attrito tra le due giurisdizioni in ordine al riparto della giurisdizione, ai fini del consolidamento della Giustizia Amministrativa è convenuto nel Concordato, con intenti deterrenti nei confronti delle Sezioni Unite, che il controllo di legittimità intestato al Consiglio di Stato investe anche l'eccesso di potere e che esso non è in alcun modo sindacabile in sede cassatoria¹⁶.

¹³ Cfr. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1224.

¹⁴ Cfr. F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, s.d., Giuffrè, Milano, 1910, 369.

¹⁵ Sul punto, M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929, I, 182 ss, secondo cui «le decisioni del Consiglio di Stato sono [...] suscettibili di ricorso alle Sezioni Unite, in base all'articolo 3 della legge 31 marzo 1877, per assoluto difetto di giurisdizione (art. 48 testo unico 26 giugno 1924, n. 1054). La Cassazione ha ritenuto che sussiste l'assoluto difetto di giurisdizione non soltanto quando la materia non rientri affatto nella giurisdizione dell'organo, ma altresì quando questo, nell'indagine sulla legittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo, sia andato oltre i limiti consentiti alla sua potestà giurisdizionale». Sul Concordato, oltre ad aver stabilito, quale *discrimen* tra le giurisdizioni, il criterio del *petitum* sostanziale, consistente nella fusione della *causa petendi* (ossia la sussistenza di un diritto soggettivo o un interesse legittimo) e del *petitum* (domanda di annullamento o di risarcimento) v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del Concordato Romano - D'Amelio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 14 ss.; di maggiore pertinenza appare invece il richiamo a M. D'AMELIO, *Il caso Laurens dopo quarant'anni di giurisprudenza*, in *Studi per Cammeo*, Padova, 1933, I, 319; nonché a S. ROMANO (Pres.), *Relazione al capo del Governo sull'attività del Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31, 100. Da ultimo, v. M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008, 219 ss. Sul punto, D'Amelio e Romano attenzionavano che, se è escluso che le Sezioni Unite possano «direttamente» sindacare il provvedimento amministrativo *sub specie* dell'eccesso di potere, possono svolgere tale sindacato «indirettamente», in sede di impugnativa delle decisioni del Consiglio di Stato. Successivamente v. F. MODUGNO, *Eccesso di potere. Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1987, 7, secondo cui «nel verificare se il giudice amministrativo si sia mantenuto nell'ambito della competenza di legittimità o non abbia piuttosto sconfinato nel merito, la Cassazione può finire per sostituirsi, in pratica, ad esso nella cognizione diretta dei vizi del provvedimento amministrativo, pur avendo riconosciuto in astratto la sussistenza della potestà amministrativa. La sua indagine rischia, in tal modo, di spostarsi dalla cognizione dell'eccesso di potere giurisdizionale all'esame, ad esempio, dello stesso eccesso di potere amministrativo».

¹⁶ Cfr. L. MORTARA, *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, I, 1, 495. Nel 1934, l'Autore è stato costretto, a commento di una pronuncia delle Sezioni Unite, a «spiegare la nostra insistenza nel desiderio di un migliore indirizzo della giurisprudenza delle sezioni unite sulla materia dell'eccesso di potere e sulla giurisdizione che esercita intono ad essa il consiglio di

La Costituzione ha conservato l'assetto preesistente con le sue equivocità: da un lato, all'art. 103, comma 1 Cost. ha sancito la natura di giudice speciale del giudice amministrativo investito in via generale delle controversie di diritto pubblico¹⁷; dall'altro, all'art. 113, comma 3 Cost. ha facoltizzato il legislatore a riconoscere al giudice ordinario in materie specifiche una potestà costitutiva del tutto eccezionale.

Negli ultimi venti anni le prese di posizione, che direttamente hanno interessato la suprema magistratura ordinaria di legittimità, hanno concorso alla reviviscenza del tema del difetto assoluto di giurisdizione meritevole, dal punto di vista della unanime dottrina e della giurisprudenza, di una disamina critica in funzione di una auspicabile soluzione strutturale.

1.2. *L'excès de pouvoir du juge nell'ordinamento giuridico francese.*

In prospettiva diacronica, occorre dare conto, seppur brevemente, della matrice “conflittuale” dell'*excès de pouvoir du juge*¹⁸, quale archetipo del difetto assoluto di giurisdizione nelle declinazioni dello sconfinamento nel merito e del diniego di giustizia¹⁹.

Giova premettere che, in una prima fase collocabile nell'*Ancien Régime*, l'eccesso di potere giurisdizionale coincideva con l'incompetenza²⁰.

Stato in sede di legittimità. Non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla corte di cassazione in sezioni unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziate da assoluto difetto di giurisdizione. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia dentro i limiti della propria giurisdizione, ma pronuncia con un potere giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa”.

¹⁷ Cfr. Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, che definisce il giudice amministrativo come “giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica”.

¹⁸ In Francia, cfr. C. CHARRUAULT, *L'excès de pouvoir du juge civil*, in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, 2006, 857; M. SANTA-CROCE, *De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir*, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, 1999, 467; N. FRICERO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, cit., 17; F. KERNALEGUEN, *L'excès de pouvoir du juge*, in *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1996, 151; L. CADIEU, J. NORMAND ET S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2010, 203; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2ème éd., Paris, 2012, 387; M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs. I. L'excès de pouvoir du juge*, thèse de doctorat, Paris, 1926; J.M. WOEHRLING, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?* in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, 1996, 777 ss. In Italia, cfr. V.E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, cit., 896, osserva che l'origine del sistema dei conflitti si fonda su una ragione storica e politica, ovvero evitare le ingerenze del potere giudiziario a danno dell'Amministrazione, e una di ordine giuridico, ovvero «dettare l'ordine e i limiti delle due giurisdizioni».

¹⁹ Cfr. G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1963, 60 e P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 124. V. P. CARTAULT, *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation*, Paris, 1911, 14, secondo cui nel combinato disposto degli artt. 10 e 13 della legge 16-24 agosto 1790 va ravvisata «l'origine, la base, le fondament de la conception législative de l'excès de pouvoir du juge».

²⁰ In sostanza, si trattava di locuzioni fungibili. Cfr. M.A. RODIER, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'Avril du 1667*, Toulouse, Duplex, Laporte et Compagnie, 1769, 68, ove si ravvisa, dal punto di vista temporale, il primo accostamento tra *incompétence* ed *excès de pouvoir*: integra eccesso di potere il giudice che giudica nonostante l'incompetenza.

Entrambe le locuzioni erano atte ad identificare l'esercizio della funzione giurisdizionale, delegata dal Re ai Parlamenti, al di là del proprio ambito competenziale.

Più circoscritto il significato, che la locuzione è venuta ad assumere in epoca rivoluzionaria, quale strumento di contenimento della onnipotenza dei Parlamenti a garanzia della separazione dei poteri²¹.

Di fatto, la nozione di eccesso di potere giurisdizionale si è emancipata dall'incompetenza, per affermarsi quale vizio proteiforme denunciabile avanti al Tribunale della Cassazione²².

Qualunque usurpazione integrata dal potere giudiziario a detrimento del potere legislativo e del potere esecutivo costituiva eccesso di potere²³: al potere giudiziario era inibita tanto l'attività nomopoietica, in positivo e in negativo, quanto l'attività amministrativa²⁴.

²¹ Recita l'art. 27, tit. III, Capitolo V della Costituzione del 1791, che «il Ministro della Giustizia denuncerà al tribunale di Cassazione, per il tramite del Commissario del Re e senza pregiudizio dei diritti delle parti interessate, gli atti per i quali i giudici avranno ecceduto i limiti del loro potere. - Il tribunale li annullerà; e se essi danno luogo a violazione dei doveri pubblici, il fatto sarà denunziato al Corpo legislativo, che emetterà il decreto d'accusa, se è il caso, e rinvierà gli imputati davanti all'Alta Corte nazionale»: ebbene qui compare per la prima volta la locuzione *excès de pouvoir* nell'accezione predetta. Occorre menzionare, altresì, l'art. 203 della Costituzione dell'anno III (1795), il quale stabiliva che «*des juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*». In generale, sulla Costituzione dell'anno III, v. R. DUPUY - M. MORABITO (a cura di), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes, 1996. Con riguardo al potere giudiziario, R. GUASTINI, *La funzione giurisdizionale nella Costituzione dell'Anno III*, in *Diritto pubblico*, 1995, 543 ss.; M. TROPER, *La question du pouvoir judiciaire en l'an III*, in O. CAYLA - M.F. RENOUX - ZAGAMÉ, *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Paris, 2001, 117 ss., il quale evidenzia che la Costituzione dell'anno III, con riguardo al potere giudiziario, «*n'innove guère*» rispetto alle precedenti (119), in quanto tutte le Costituzioni «*en ont fait un pouvoir soumis*» (120).

²² Con decreto del 27 novembre 1790 i Rivoluzionari hanno istituito il *Tribunal de Cassation*, che, in origine, non partecipava della natura del potere giudiziario, ma era un organo legislativo volto ad assicurare l'esatta osservanza della legge da parte dei giudici e a risolvere le questioni in tema di *excès de pouvoir du juge*.

²³ Cfr. P.P.N. HENRION DE PENSEY, *De la compétence des juges de paix*, Paris, 1827, 59, «*Le juge excède ses pouvoirs lorsque franchissant les limites de l'autorité judiciaire, il se porte dans le domaine d'un autre pouvoir*». Id., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, III, 1827, 432 ss. Si denunciavano vizi tanto gravi da far dire che «*lorsque le juge a franchi les bornes de l'autorité judiciaire [...], lorsque il a commis ce que l'on appelle un excès de pouvoir, dans ce cas, la loi ne voit et ne peut voir en lui qu'un homme sans caractère public, et dans ses décisions [...] que des actes privés qu'elle frappe d'un nullité radicale*», dovendosi addirittura escludere che tali atti costituiscono «*des jugements, puisqu'ils n'ont aucune existence légale*». Per la particolare influenza sul dibattito italiano, l'Autore affermava che il giudice commette eccesso di potere con il «*choquer la loi séparative des différents pouvoirs*», ossia quando egli «*franchit les bornes de l'autorité judiciaire, et porte atteinte à l'ordre public, toutes le fois qu'il trouble la puissance législative et le pouvoir exécutif dans leur opérations, toutes les fois qu'il s'immisce dans l'exercice des fonctions qui leur appartiennent, ou lorsque, méconnaissant les limites de la juridiction dans laquelle il est circonscrit, il en sort pour entrer dans le domaine d'un autre tribunal*». V. E. GLASSON - A. TISSIER, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1908, I, 188 e, II, 179. In precedenza, P.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, voce *excès de pouvoir*, tomo IV, Paris, 1808, 804, definito come l'atto «*dala part d'un juge ou d'un tribunal, [...] par lequel il sort du cercle de ses attributions et fait ce que la loi lui défend ou lui ne permet pas*».

²⁴ Cfr. P. CARTAULT, *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation*, cit., 58. L'eccesso di potere è «*la violation du principe de la séparation des pouvoirs par usurpation du juge sur le domaine des pouvoirs*

Più in generale, diversamente dall'autorità giudiziaria ordinaria, il giudice-pretore, quando lo suggerivano ragioni di giustizia, seppur indirettamente, si è sempre imposto sull'Amministrazione come un superiore gerarchico, come è occorso col *détournement du pouvoir*²⁵.

Ciò che, però, preme evidenziare è il fatto che la conformazione del ricorso per eccesso di potere si è determinata in relazione non alla separazione dei poteri, ma ad un potere di annullamento che si è intrecciato con la competenza cassatoria del *Conseil d'État* in materia di conflitti.

In quella sede non si è provveduto meramente ad annullare invasioni giudiziarie nella sfera dell'amministrazione o viceversa.

Il ricorso per eccesso di potere è assunto a strumento generale di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, purché affetti da incompetenza, da violazioni di legge e di regolamento, nonché da *détournement du pouvoir*.

Di particolare interesse è una risalente pronuncia del *Conseil d'État* del 1811, nella quale la soppressione di un *vannage* è stata annullata perché assunta non nell'interesse generale, ma per tranciare una contestazione di competenza dei Tribunali²⁶.

Nel corso dell'Ottocento all'eccesso di potere giurisdizionale si sono ascritti ulteriori contenuti riconducibili alla funzione di garanzia dei diritti fondamentali delle parti²⁷: non solo a presidio della violazione dei principi processuali fondamentali quali il principio del doppio grado di giudizio, il principio del diritto alla difesa e il principio del contraddittorio, ma pure altri vizi

législatif ou exécutif». Al riguardo, v. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1926, 52. Con riferimento all'invasione della sfera riservata al legislatore risultano tre fattispecie: il giudice crea regole generali e astratte, procedendo per *arrêts de règlements*; attribuisce valore legale a testi di legge abrogati o nega valore a un testo di legge in vigore; critica il legislatore o fa pressione su di lui. In relazione all'usurpazione del potere esecutivo, esso si manifesta in due casi: usurpazione delle funzioni governative o delle funzioni amministrative, allorquando il giudice, ad esempio, ingiunge un ordine all'Amministrazione o ostacoli l'attività dell'Amministrazione, annullando o «*méconnaissant*» atti o regolamenti amministrativi.

²⁵ Cfr. E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, II, p. 522: «Il *détournement de pouvoir* è, dunque, una vera illegalità che può intaccare un atto discrezionale, malgrado la piena libertà di decisione che parrebbe inerente agli atti di questa natura».

²⁶ Cfr. *Conseil d'État*, 25 maggio 1811, (*Outin*). Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 1888, 407, che così commenta: questa pronuncia «è notevole in ciò che applica di già la teoria del *détournement de pouvoir* collegandola all'invasione della funzione giudiziaria».

²⁷ Cfr. P. CARTAULT, *op. loc. cit.* Sulla duplicità della nozione di *excès de pouvoir*, v. A. CODACCI - PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., secondo il quale in Francia si sono affermate due accezioni: per la prima, tradizionale e prevalente in dottrina e giurisprudenza, si tratta dell'invasione del giudice a danno del legislatore o del potere esecutivo; per la seconda, l'eccesso di potere è riferibile alla facoltà di ogni organo, per cui qualunque sconfinamento è eccesso di potere, qualunque forma di illegittimità integra eccesso di potere.

più controversi, quali l'omessa pronuncia, l'ultra-petizione, i motivi di ricasazione del giudice o i motivi di astensione del giudice²⁸.

Come si avrà modo di dare conto nel corso della trattazione, quest'ultimi vizi non sono affatto compresi nella categoria del difetto assoluto di giurisdizione, dacché ineriscono all'esercizio della giurisdizione e non all'essenza della medesima e, dunque, nel sistema giusprocessualistico italiano non sono affatto censurabili in sede cassatoria.

Per converso, nel sistema francese questi vizi risultano ricondotti alla categoria della regolarità esterna della sentenza della corte amministrativa d'appello impugnata in sede cassatoria avanti al *Conseil d'État*.

Orbene, la soggettivizzazione dell'eccesso di potere giurisdizionale, che da strumento mutuato dall'antico regime a garanzia della legalità oggettiva del diritto positivo rivoluzionario si è evoluto in rimedio impugnatorio a tutela delle parti contro le violazioni più gravi integrate dalla magistratura²⁹, si è trasfusa nel sistema di giustizia amministrativa italiana con gli opportuni adattamenti.

Mai del tutto sopita rimane la diatriba sulla distinzione tra ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale e ipotesi di violazione di legge, sulla quale si è edificata la concettualizzazione del cosiddetto "diniego di giustizia".

Dottrina e giurisprudenza convergono sulla macroscopicità dell'eccesso di potere rispetto alla violazione di legge³⁰, ma in entrambe difetta una compiuta

²⁸ Cfr. P. CARTAULT, *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation*, cit., 118, il quale osserva che alla formula originaria se ne sostituisce un'altra, per così dire onnicomprensiva, per cui eccesso di potere è «*la transgression, de la part du juge, des limites dans lesquelles la loi a circonscrit son autorité*». V. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, cit., 160 ss. Al riguardo, l'A. afferma che non è sufficiente che il giudice resti entro i limiti dei suoi poteri, rispettando il principio della separazione dei poteri; «*il faut encore [...] qu'il obéisse à quelques règles fondamentales qui président aux débats judiciaires. Sans doute, ne commettra-t-il pas un excès de pouvoirs chaque fois qu'il violera une règle de procédure; et l'on doit bien se garder de confondre l'excès de pouvoirs judiciaires avec tout vice de forme. C'est même là une des principales différences qui séparent la notion judiciaire et la notion administrative de l'excès de pouvoirs. Mais, parmi les principes de la procédure, on peut en distinguer quelques-uns qui sont vraiment fondamentaux et dont la Cour de cassation a sanctionné la violation par l'annulation pour excès de pouvoirs*». Con tale ultima formula, si ricomprendono anche quelle ipotesi di violazione di legge e di vizio di forma che siano tali da «*entraver la bonne administration de la justice*»: l'eccesso di potere diviene il mezzo che permette di censurare «*les atteintes portées par le juge aux principes qui sont de l'essence même de l'organisation judiciaire, et sans le respect desquels on peut dire qu'il n'y a plus de justice*».

²⁹ Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit., 369, il quale affermava che l'eccesso di potere può riferirsi «*à des violations très diverses des règles essentielles qui régissent l'office du juge, sa compétence, les formes substantielles de ses décisions [...]. L'excès de pouvoir peut comprendre des manquements au devoir du juge, tels que le refus d'accomplir un acte de sa fonction, refus qui prend sa forme la plus accentuée dans le cas de déni de justice [...]; l'infraction aux règles substantielles des jugements, telle que celle qui résulte de la composition irrégulière du tribunal, de l'absence de publicité, de l'inobservation des règles sur les délibérations*».

³⁰ Cfr. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, cit., 118. In sintesi, si ha eccesso di potere del giudice nel caso di: violazione del principio della separazione dei poteri; violazione grave dell'ordine delle giurisdizioni; violazione delle regole fondamentali della procedura; diniego di giustizia. Il caso più grave si ha quando i giudici si riuniscono in un'«*assemblée illégale, à raison de la composition irrégulière du tribunal où de l'inobservation de règles fondamentales*». In particolare, quei casi in cui il giudice ha commesso irregolarità così *grossières* che non possono essere ricondotte alla semplice violazione di legge, ossia quando egli «*se livra à des actes ou bien use de procédés, ou enfin poursuit des buts tel qu'on est en présence d'un juge. La voie de fait consist moins dans la transgression d'un texte de loi précis que dans la violation d'un de ces devoirs professionnels généraux qui doivent gouverner d'une*

perimetrazione del vizio, nel quale, a fasi alterne, si annoverano violazioni della legge processuale e, persino, a volte violazioni della legge sostanziale³¹.

Un contributo utile all'individuazione dei confini della categoria si può trarre dalla posizione istituzionale dell'organo preposto al suo sindacato.

Nel caso in cui trattasi della Corte di Cassazione, come previsto nell'ordinamento italiano, l'eccesso di potere giurisdizionale non può connotarsi in termini di eccesso di potere amministrativo quale vizio della funzione, perché ciò lederebbe la specialità del giudice amministrativo e l'autonomia nomofilattica della giurisdizione amministrativa³².

Per converso, nell'ordinamento francese sotto la categoria della regolarità esterna sindacabile in sede cassatoria dal *Conseil d'État*, l'eccesso di potere giurisdizionale può contestarsi anche sotto il profilo della ultra-petizione o dei motivi di ricusazione o astensione del giudice, perché non ne risulterebbero pregiudicati né la specialità del diritto amministrativo né la specialità del giudice amministrativo³³.

façon permanente la conduite d'un juge. C'est l'incompatibilité de l'acte avec l'exercice de la fonction juridictionnelle qui constitue la voie de fait.

³¹ Cfr. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, cit., 230 e P. CARTAULT, *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation*, cit., 105. In particolare, consisterebbero in 'semplice' violazione di legge, e mai in eccesso di potere, gli *errores in iudicando*: sebbene si diano alcuni isolati precedenti in senso contrario, tuttavia «une jurisprudence constante déclare au contraire que l'excès de pouvoirs ne peut résulter simplement d'une fausse interprétation [...] ou de la fausse application d'une loi [...] ou plus généralement d'une erreur de droit [...] ou d'une fausse appréciation des faits de la cause et des droits des parties». Del pari, non integrano eccesso di potere l'omissione di una formalità non sostanziale, così come la semplice incompetenza *ratione loci*. L'elemento discrezionale risiede nella particolare gravità della violazione di legge, tale da esitare in eccesso di potere: se falsa interpretazione o applicazione della legge costituiscono ipotesi di violazione di legge, esse divengono eccesso di potere quando il giudice alteri del tutto il senso di una disposizione di legge, quando la violazione è talmente netta e flagrante che, in realtà, il giudice ha 'corretto' il testo della legge, invadendo il potere legislativo.

³² Infatti, il *juge judiciaire* che si fosse ingerito nel contenzioso amministrativo avrebbe violato il principio della separazione dei poteri e commesso *excès de pouvoir*: v., sul punto, M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs. L'excès de pouvoirs du juge*, Paris, 1927, 231. In argomento, P. DELVOLVÉ, *Le Conseil d'Etat, cour suprême de l'ordre administratif*, in *Pouvoirs*, 2007, 51 ss., part. 54, secondo cui «à la tête de chaque ordre juridictionnel, il existe une juridiction supérieure qui contrôle les autres - le Conseil d'État pour l'ordre administratif, la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire». Del resto, in Italia, in assenza della legge n. 3761/1877, giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa sarebbero rimaste del tutto separate, in virtù dell'art. 4, l.n. 2248/1865, all. E. V. B. LOMONACO, *Se le decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato si possono impugnare per Cassazione*, cit., 20, secondo cui, premesso che la decisione della IV Sezione esita o con la conferma o con l'annullamento, «ammettendosi per ipotesi un ricorso alla Cassazione contro siffatte decisioni, ne deriverebbe inevitabilmente che coll'accoglimento d'un ricorso contro decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato, l'atto amministrativo potrebbe venire indirettamente annullato o richiamato in vita dalla Corte di Cassazione, secondo che annulli o rigetti, malgrado che il suddetto art. 4 proibisca all'autorità giudiziaria di revocare od annullare atti amministrativi».

³³ Sul punto, v. S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat*, Paris, 2002, 15, secondo cui «à la différence du pourvoi en cassation en matière civile, la loi ne définit aucune ouverture pour le recours administratif de cassation». Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 5° ed., Paris, 1903, 821 s., ove l'Autore sottolinea come prima il *Conseil d'Etat* quale *juge de cassation* escludesse, tra i motivi di ricorso, salvo casi particolari, la *violation de la loi*, ritenendo che le decisioni dei giudici inferiori fossero ricorribili per *incompétence*, *violation des formes*, in certe ipotesi, *détournement de pouvoir*, essendo questi tre motivi ricondotti al *genus excès de pouvoir du juge*. Sul *Conseil d'Etat* come giudice di cassazione, v., oltre al classico D. JACQUEMART, *Le Conseil d'Etat juge de*

In entrambi i sistemi di Giustizia Amministrativa costituisce motivo di censura il diniego di giurisdizione³⁴.

Anticamente implicato nella nozione di eccesso di potere giurisdizionale³⁵ e perpetuatosi sino alle recenti vicende nostrane, il diniego di giurisdizione si articola in molteplici fattispecie, non tutte compatibili con la tradizione storico sistematica dei due ordinamenti: in particolare, dalle più tradizionali quali l'improprietà in astratto della domanda al più recente diniego di tutela³⁶.

1.3. *La tradizione graziosa pretoria garantista della Giustizia Amministrativa.*

In prospettiva sincronica, il diritto pubblico rispetto al diritto privato non differisce sul piano ontologico, bensì sul piano positivo o, più propriamente, disciplinare.

cassation, Paris, 1957, J. MASSOT - O. FOUQUET - J.H. STAHL, *Conseil d'État, juge de cassation*, 5^o ed., Paris, 2001; per la letteratura italiana, M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro Amm.*, 1996, 2117. Secondo E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, 2^o ed., Milano, 2009, 41 s., negli Stati europei con una Cassazione Amministrativa la violazione dei principi del giusto processo costituisce motivo di ricorso. Infatti, il rapporto tra il *juge judiciaire* e il *juge administratif* è declinato in termini di netta separazione, mentre le questioni di *compétence* in senso stretto sono risolte dal *Tribunal des Conflits*, a composizione mista (consiglieri della Cassazione e del Consiglio di Stato). Ne consegue che il controllo sul rispetto dei limiti del *juge administratif* è esercitato dal *Conseil d'État* similmente a quello che la *Cour de Cassation* esercita sul *juge judiciaire*, con la differenza che, non essendo previste ipotesi di limitazione dei mezzi di ricorso avverso le sentenze dei giudici amministrativi inferiori, non si danno le ragioni per enucleare un autonomo concetto di *excès de pouvoir du juge* da parte del *Conseil d'État*.

³⁴ Cfr. art. 1, Tit. XXV, dell'*Ordonnance 1667*, ove il *déni de justice* si verificava quando il giudice ometteva di decidere «*causes, instances, et procès qui seront en état d'être jugés*». Sul punto, M. A. RODIER, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'Avril du 1667*, cit., 406 ss. Sul *déni de justice* e la sua evoluzione storica, v. L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1964, il quale evidenzia come al concetto classico dell'istituto, ricollegato all'atteggiamento del giudice («*ne rendre la justice quand elle est due, c'est de la part du juge trahir ses devoirs, manquer à ses concitoyens et tromper le souverain qui se repose sur lui de l'aposition la plus noble de son autorité*»: *Encyclopédie méthodique (Jurisprudence)*, Paris, t. III, 621, voce *Déni de justice*), se ne affianca, un altro, caratterizzato dalla circostanza che il *déni de justice* è connesso ad una sorta di fallimento dello Stato nel garantire la giustizia (535 ss.). Cfr. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, cit., 184 s., che sottolinea come il principio secondo cui il diniego di giustizia costituisce eccesso di potere giurisdizionale è stato affermato da una decisione del 26 aprile 1810 e da una decisione del 30 gennaio 1889. Le ipotesi più frequenti sono la sospensione ingiustificata del giudizio; l'erronea dichiarazione di incompetenza; il rifiuto di ammissione di una prova; il rifiuto di ricevere un appello ricevibile. Altra ipotesi è il rifiuto di esercitare le proprie attribuzioni, al di fuori dei casi in cui il giudice si astiene dal decidere su un affare determinato.

³⁵ Si tratta, in sostanza, del *déni de justice*, che, al pari dell'incompetenza, comportava, a mente dell'*Ordonnance* del 1667 di Luigi XIV, la *prise à partie* del giudice, ossia la sua responsabilità civile nei confronti della parte pregiudicata.

³⁶ Su cui v. H. MOHNHAUPT, *Il divieto del diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice, in Giornale di storia costituzionale*, 2007, 101 ss., part. 102. Nell'ordinamento germanico ottocentesco si annoveravano «i casi del rifiuto del giudice di dare ascolto; l'impedimento dell'esecuzione della sentenza; il rifiuto del giudice di accogliere un'azione; una dichiarazione di incompetenza da parte del tribunale che fosse contraria alla legge; l'intromissione nella tutela del diritto attraverso ordini amministrativi atti a frenare od opprimere l'esecuzione della sentenza; l'annullamento delle sentenze; l'abuso del potere legislativo», se interviene retroattivamente tramite leggi o disposizioni nelle situazioni giuridiche esistenti ostacolando o annullando».

Il diritto pubblico integra un sistema retto da principi costitutivi propri, maggiormente garantistici rispetto al diritto privato, le cui ingerenze, seppur ammesse, soggiacciono comunque ai principi del sistema³⁷.

Non fosse altro per il principio di legalità, la generalità della tutela in forma specifica, l'ampiezza degli interessi meritevoli di tutela, il profondo sindacato sulla discrezionalità reso possibile dall'interpretazione di secondo grado dello scopo della legge³⁸.

³⁷ Così M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di) *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. II, Maggioli, Rimini, 1987, p. 434. L'Autore sottolinea che in Francia la specialità del diritto amministrativo si risolve in autonomia dei principi: il diritto comune può applicarsi alle amministrazioni solo se il giudice amministrativo lo ritiene compatibile con i principi giuspubblicistici. Cfr. F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge* in AIPDA, *Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, 2003 p. 45 e B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam Padova, 2000. Entrambi gli Autori, muovendo dal carattere funzionale dell'attività amministrativa, ne affermano l'ancoraggio ai principi pubblicistici, anche in presenza di strumenti tipicamente privatistici come il contratto. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni del diritto amministrativo italiano e il "Corso" di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, p. 358, secondo cui per la dottrina da Orlando ai suoi successori i sistemi di diritto pubblico e di diritto privato hanno principi diversi. V. anche A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Utet, Torino, 1904. L'Autore sostiene un parallelismo tra la specialità del diritto amministrativo e la specialità del giudice.

³⁸ Sovviene il particolare controllo sulla discrezionalità amministrativa e una concezione ampia della legalità, che investe profili di merito su un piano di giustizia equitativa. Non si tratta di una novità della giurisprudenza della IV Sezione, risalendo ai consolidati orientamenti del Consiglio di Stato in sede di ricorso al Re. Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 697 ss. L'Autore ha sottolineato come "la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in sede di parere sui ricorsi straordinari, abbia mostrato una tendenza largamente liberale nell'interpretazione dei limiti di quella competenza": il "supremo rimedio" opera in caso di violazione "non solo dell'*ius*, ma anche dell'*aequitas*", tanto che la legge "non dice già legalità, ma legittimità" e "la violazione della legge (...) viene presa in senso più lato; si da comprendere quei casi nei quali, pur mancando la violazione di un testo formale di legge, l'arbitrio dell'atto fosse così enorme da potersi dire violato lo spirito generale della legislazione amministrativa", sicché, a fare una "analogia" con la sopravvenuta competenza della IV Sezione, tale "illegittimità" comprende "non solo l'incompetenza e la violazione di legge, ma anche l'eccesso di potere". A riguardo, v. Cons. Stato, parere 5 dicembre 1879, redatto da Silvio Spaventa, riportato da G. DE NAVA, *Consiglio di Stato*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-1898, 310, ove si afferma che la legittimità va "intesa alquanto largamente" e "non esclude, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che attengono alla vera giustizia dei provvedimenti". Ancora, Cons. Stato, parere 16 luglio 1870, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1874, 619: "la questione della legittimità di provvedimenti amministrativi non si può esaminarla sempre ed in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e quindi dal merito dei provvedimenti stessi". Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, 1892, in *Foro amm.*, 1989, 2933. L'Autore, ancorando il sindacato sulla discrezionalità allo scopo e allo spirito della legge, osservava l'inidoneità del tribunale ordinario rispetto alle giurisdizioni amministrative e ricordava che "una tendenza analoga a quella francese, cui è dovuto il concetto di sviamento di potere, non era completamente estranea alla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano anche prima della recente riforma". Infine, L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La legge*, 1906, 2071, secondo cui "lo scopo della giustizia amministrativa non si esaurisce soltanto col garantire la legalità formale del provvedimento; occorre anche che si raggiunga la giustizia, l'equità nell'amministrazione, perché molto spesso si può rispettare la prima e violare la seconda".

Già Santi Romano osservava che nel diritto pubblico, diversamente dal diritto privato, l'interpretazione non si arresta al significato letterale della legge, ma indaga sullo spirito della legge e sul fine perseguito dal legislatore.

Mentre la prima compete ad una semplice giurisdizione, la seconda spetta ad una "supergiurisdizione", quale è il giudice amministrativo³⁹.

Elasticità rimessa all'equità creativa del giudice-pretore e creatività pretoria sono i due tratti garantistici della Giustizia Amministrativa⁴⁰.

Il diritto pubblico è, in realtà, indissolubilmente legato al suo giudice naturale, cioè al giudice amministrativo, non solo per la ragione storica della sua creazione pretoria, ma anche per la ragione logica della peculiarità dei principi che lo caratterizzano e della loro tendenziale incompatibilità con quelli del sistema civilistico⁴¹.

Si tratta della eredità graziosa del contenzioso amministrativo, ove la selezione degli interessi sempre è stata effettuata in via equitativa dal giudice-pretore⁴².

³⁹ Cfr. S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, in *Scritti giuridici minori*, I, Milano, 1950, 96 e S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1901, 539.

⁴⁰ Già J.G. LOCRÉ, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère des ses actes*, 1810, 166-168. Antesignano è stato Jean Guillaume Locré, che è stato segretario generale del *Conseil d'État* e che ha partecipato alla redazione del *Code civil*. Egli individuava la *ratio* del contenzioso amministrativo nell'esigenza di conciliare interesse pubblico e interesse privato, precisando che a tal fine risultava inadatta "l'essenza del diritto privato", fatto di "regole invariabili", di regole di "stretto diritto". In seguito, P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, 307-308, afferma "La conciliazione dell'ordine pubblico e dell'ordine privato, tale è la ragione profonda di questo diritto amministrativo (...). L'essenza generale del diritto amministrativo è di costituire un diritto d'equità". Cfr. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Trattato Orlando*, III, 1901, 539, nonché ID., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 93 ss. Emblematica la ricostruzione offerta da F. CAMMEO, *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 325: "L'esperienza Italiana e Belga dimostrano all'evidenza la esattezza di queste osservazioni. La giurisdizione ordinaria è un cattivo giudice delle questioni amministrative. Essa non ha il difetto tanto paventato dagli amministrativisti francesi di proteggere all'eccesso i diritti individuali; ma, regolata dai criteri di diritto privato, oscilla fra la inclinazione a sacrificare senza limite l'interesse pubblico al privato, e quella ad immolare senza freno e compenso l'interesse privato al pubblico". Anche oggi, R. VILLATA, *La prima riforma*, 2012, ora in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 7, osserva che il giudice ordinario è "oscillante nei confronti della P.A. tra timori ingiustificati e oltranzismi del pari criticabili". Ciò è dovuto alla dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico: il primo luogo di un rapporto meccanicistico con la legge, il secondo luogo di quella "supergiurisdizione", l'organo del contenzioso amministrativo, duttile interprete dello "spirito" della legge e infungibile controllore della discrezionalità amministrativa.

⁴¹ Cfr. L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, 245. L'Autore osserva l'inadeguatezza delle giurisdizioni comuni a svolgere il controllo sull'eccesso di potere.

⁴² Cfr. V.E. ORLANDO, *Un caso di conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato*, 1936, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, cit., 355 ss. Assertore della specialità della tradizione amministrativistica, dalla concezione larga della legalità che consentiva il controllo sulla discrezionalità all'ampiezza del *locus standi*, il Maestro osservava che "appunto per ciò è più penosa l'impressione quando si deve rilevare (e non solo a proposito del caso attuale) una minore sensibilità dimostrata dal Collegio Supremo dell'ordine giudiziario in materia di difesa del cittadino verso gli atti della pubblica amministrazione, in confronto di altro Collegio, anch'esso

Il criterio che presiede al riparto tra le due giurisdizioni è stato oggetto di ampia letteratura: tradizionalmente, lo si individuava nella posizione giuridica soggettiva, ma, secondo autorevole dottrina, sulla base della distinzione tra controversie di diritto pubblico e controversie di diritto privato, più correttamente è opportuno collocarlo nel provvedimento o, meglio, nella esistenza o carenza del potere, il cui ambito di cognizione spetta in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa⁴³.

Sin dall'inizio la Giustizia Amministrativa si è accreditata quale strumento di tutela delle posizioni soggettive sostanziali nei rapporti di diritto pubblico.

Legalità in senso sostanziale come giuridificazione della discrezionalità, rilevanza giuridica esterna della sfera interna della amministrazione e generale carattere invalidante della violazione di legge sono i caratteri tipici della tutela offerta dal diritto amministrativo e dal suo giudice⁴⁴.

Emblematica della diversa sensibilità delle due tradizioni è stata la nota vicenda della tutela giusamministrativistica degli interessi diffusi in materia ambientale, che negli anni Settanta del secolo scorso ha visto una contrapposizione tra l'apertura del giudice amministrativo e l'approccio restrittivo delle Sezioni Unite⁴⁵.

Supremo”, cioè il Consiglio di Stato, confermando la sua contrarietà, già espressa nel Trattato, alla ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato in materia di annullamento: “Sono ora più che mai convinto che avevo ragione”. Cfr. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, cit., 1256. Santi Romano ha colto il pericolo di una ingerenza della Cassazione, informata, sotto questi aspetti, ad una più ristretta mentalità civilistica: “quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi”. Pericolo che si è concretizzato verso la fine degli anni Venti del XX secolo, quando la Cassazione ha censurato per eccesso di potere giurisdizionale pronunce del Consiglio di Stato che annullavano provvedimenti affetti da vizi della discrezionalità, e che è stato fugato in occasione del Concordato Romano - D'Amelio.

⁴³ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 63. Quanto all'art. 113 Cost., l'Autore osserva che, in ossequio ad una lettura sistematica dell'ordito costituzionale, si dovrebbe attribuire una valenza strettamente eccezionale a detta disposizione costituzionale, riconoscendo in casi limitatissimi, individuati dal legislatore, una potestà caducatoria meramente residuale al giudice ordinario, così da preservare la riserva relativa della giurisdizione amministrativa attribuita dall'art. 103 Cost.

⁴⁴ Diversamente dalla irrilevanza esterna della sfera interna nei rapporti privati, dove impera l'autonomia e la libertà di autodeterminazione, la rilevanza giuridica esterna della sfera interna della amministrazione fornita di un potere d'imperio sui cittadini si esprime sia sul terreno dell'organizzazione interna all'autorità amministrativa sanzionata con il vizio dell'incompetenza, sia sul terreno dell'attività, ove ha trovato il suo pieno sviluppo con la costruzione giurisprudenziale della parte generale del diritto amministrativo attraverso l'eccesso di potere. Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, Padova, 1960, 597: nel diritto pubblico “vi è una tendenza a estendere enormemente il campo delle invalidità virtuali fino a considerare che, tranne rare eccezioni, ogni violazione di legge induce invalidità”.

⁴⁵ A prescindere dalla questione generale della tutela degli interessi diffusi, originariamente riconosciuta dai giudici penali, nell'ambito delle azioni civili nei processi penali.

Diversamente dal tribunale ordinario, poi, il giudice-pretore ha sempre acceduto al fatto, al di là delle rappresentazioni dell'amministrazione, nella misura di volta in volta necessaria alle ragioni di giustizia, come dimostra, sin dal XIX secolo, sia la giurisprudenza francese sull'errore di fatto⁴⁶, come vizio di legittimità, sia la giurisprudenza italiana, sempre con l'errore di fatto o con l'eccesso di potere per travisamento dei fatti⁴⁷.

Dunque, l'attuazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo non ha dato mai luogo ad un effettivo incardinamento sistematico della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico, ostato prima dalla distinzione tra atti di impero e atti di gestione coltivata dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione, e poi dalla degradazione dei diritti soggettivi, al fine di perpetuare la dicotomia, apparentemente abbandonata.

Più semplicemente, le controversie di diritto pubblico, durante la prima vigenza della legge del 1865, sono state rimesse ai rimedi amministrativi, dove il Consiglio di Stato esprimeva i suoi pareri, di fatto vincolanti, sia in sede di ricorso straordinario, sia in sede di ricorsi gerarchici, per poi, dopo la riforma crispina, convogliare verso la giurisdizione della IV Sezione⁴⁸.

Dai rimedi amministrativi si è addivenuti alla "giurisdizionalizzazione" dello stesso organo della Giustizia Amministrativa, così come, similamente, era già avvenuto in Francia col passaggio dalla giustizia ritenuta a quella delegata⁴⁹.

Ne consegue che la legge del 1865, pur avendo espunto le materie di competenza del contenzioso amministrativo, non ha intaccato in alcun modo la Giustizia Amministrativa, che ha potuto proseguire nel segno della continuità istituzionale e di una giurisprudenza consolidata⁵⁰, informata ai principi costitutivi maggiormente garantistici del diritto pubblico.

1.4. *La legislazione precostituzionale. La Legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato E. La Legge 31 marzo 1877 n. 3761: la Suprema Corte quale giudice regolatore della giurisdizione. La giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato.*

Alla luce dell'inquadramento storico-sistematico, di cui si è dato succintamente conto nei paragrafi precedenti, si può assumere che la matrice dell'odierno assetto ordinamentale delle giurisdizioni è da ravvisarsi nel radicato

⁴⁶ Cfr. S. BOUSSARD, *La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excess de pouvoir*, in G. BIGOT, M. BOUVET, *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, 2006, 306.

⁴⁷ Sul carattere risalente del controllo sul travisamento dei fatti, v. G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 771-772; sulla giurisprudenza tra la LAC e la riforma crispina, cfr. A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990, 77 ss.

⁴⁸ Cfr. M. MAZZAMUTO, *L'Allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione* in *Dir. proc. amm.*, 2017, 740-748.

⁴⁹ Con la differenza che in Italia la giustizia delegata, quella della IV Sezione, si è affiancata a quella ritenuta.

⁵⁰ *Ibidem*.

timore nutrito dal potere esecutivo sin dalla Rivoluzione francese che in ordine al contenzioso tra Pubblica Amministrazione e cittadini avente ad oggetto i propri atti amministrativi fosse investito un altro potere dello Stato ovvero la magistratura (ordinaria)⁵¹.

Al fine di ovviare a potenziali ingerenze lesive del principio di separazione dei poteri, il potere legislativo (prima francese e poi sabauda) ha organizzato un sistema di Giustizia Amministrativa strutturato su due organi collegiali interni all'amministrazione e separati dai tribunali ordinari: in primo grado, il consiglio di prefettura e, in grado d'appello, il Consiglio di Stato⁵².

Entrambi erano emanazione del potere esecutivo: per di più, il Consiglio di Stato assommava funzioni consulenziali amministrative a favore del potere esecutivo e funzioni para-giurisdizionali apicali con un proprio apparato burocratico autonomo dalla Corte di Cassazione.

Quest'ultima è stata istituita quale organo di vigilanza, a servizio del potere legislativo, sull'applicazione della legge da parte del potere giudiziario.

La funzione cassatoria, affidata ad un organo all'uopo istituito ed estraneo al potere esecutivo, mirava a salvaguardare l'integrità della legge, quale espressione della volontà popolare divenuta assembleare, dalle intemperanze dei Parlamenti settecenteschi.

Dunque, il potere politico, al fine di tutelarsi dall'arbitrio del potere giudiziario, da un lato ha istituito tribunali interni all'amministrazione cui affidare il contenzioso amministrativo così da sottrarlo alla magistratura; dall'altro ha assegnato ad un nuovo organo funzioni cassatorie volte a presidiare la fedele esecuzione delle proprie determinazioni da parte del potere giudiziario.

Corollario della separazione dei poteri, così intesa e declinata, è stato il sistema dei conflitti, fondato sulla insindacabilità del merito amministrativo da parte del potere giudiziario ordinario e sull'autodichia del potere esecutivo, intesa come giurisdizione domestica sui propri atti amministrativi da parte di una amministrazione contenziosa incardinata nel medesimo potere⁵³.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 13 della legge 16-24 agosto 1790, «*les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront [...] troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction*»; ai sensi dell'art. 10, «*les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif*». V. P. CARTAULT, *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et de rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, cit., 113, secondo cui l'excès de pouvoir si verifica «*lorsque le juge dépassant le cercle de ses attributions judiciaires, entreprend sur celles du pouvoir législatif ou des pouvoirs exécutif ou administratif*». In terminis, v. S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, Torino, 1925, 44.

⁵² Legge francese 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800).

⁵³ Per una rassegna delle tipologie di conflitti cfr. F. BENVENUTI, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1037 ss., 1039-1040, che illustra la distinzione tra conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzione, muovendo dal principio della divisione dei poteri e delle funzioni: «[...] le varie funzioni statuali che si esplicano nelle attività legislativa, giurisdizionale e amministrativa, pur essendo coordinate fra loro, attraverso la subordinazione, attuata secondo un preciso rapporto di valore formale, tra i loro atti [...], sono esercitate però ciascuna in linea di principio separatamente ed esclusivamente da un complesso omogeneo di organi (potere),

In senso tecnico, il conflitto interessava propriamente la Pubblica Amministrazione e il potere giudiziario, dacché la giurisdizione tra tribunali del contenzioso amministrativo e giudici ordinari si riduceva ad una questione di mera competenza⁵⁴.

Alla funzione cassatoria attribuita alla Corte di Cassazione si è aggiunta anche la competenza a dirimere i conflitti, che, mentre nell'ordinamento francese spettava prima al Consiglio di Stato e dal 1848 ad un organo terzo (il Tribunale dei Conflitti), nell'ordinamento italiano è stata devoluta nel 1865 al Consiglio di Stato e nel 1877 alle Sezioni Unite.

denominato dalla funzione che è chiamato ad esercitare in via principale, il quale è in un rapporto di separazione nei confronti di ciascuno degli altri, mentre solo in via di eccezione ogni funzione può essere esercitata anche da organi appartenenti ad un potere diverso da quello cui essa spetta in linea generale [...]»; R. LUCIFREDI, v. *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, secondo cui i conflitti di attribuzione emergono tra organi appartenenti a poteri diversi nell'esercizio di funzioni diverse, mentre quelli di giurisdizione si originano tra organi appartenenti ad ordini diversi ma nell'esercizio di funzioni giurisdizionali; G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 507 ss., il quale, con riguardo alla legge sabauda 20 novembre 1859, n. 3780, distingue il conflitto di attribuzione, operante «[Q]uando erano in discussione davanti ad un giudice ordinario o del contenzioso amministrativo questioni riservate alla cognizione dell'amministrazione oppure quando sia l'autorità giudiziaria sia l'autorità amministrativa si dichiaravano incompetenti a conoscere il ricorso», dal conflitto di giurisdizione, operante «[Q]uando il giudice ordinario si occupava di una materia riservata al tribunale del contenzioso amministrativo oppure quando l'uno e l'altro si dichiaravano sforniti di competenza a conoscere la causa». Cfr. altresì M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2003, 167-168, che distingue tra i conflitti di giurisdizione «che si aprono fra due organi giurisdizionali, e nei quali si disputa o si dubita se la controversia spetti alla giurisdizione dell'uno o dell'altro [...]», e i conflitti di attribuzione, che «si aprono fra un organo giurisdizionale e un organo amministrativo e nei quali si disputa o si dubita se vi sia materia di giurisdizione o si tratti di materia rimessa ai poteri insindacabili dell'amministrazione». L'Autore osserva, inoltre, che «[L]a disciplina dei conflitti non lascia dubbi sul fatto che si trattasse di uno strumento ordinato, soprattutto, non a verificare la giurisdizione o le attribuzioni ma ad impedire alla autorità giudiziaria di giudicare nelle materie sulle quali l'amministrazione intendeva esercitare un insindacabile potere». Infine, L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, Milano, I, 1923, 166 ss.; E. CANNADA-BARTOLI, *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963, 343 ss.; Id., *Giurisdizione*, cit., secondo cui «palese era l'influsso della concezione francese sulla separazione dei poteri, intesa à sens unique, contro l'autorità giudiziaria».

⁵⁴ La regolamentazione dei conflitti di giurisdizione, contenuta nella legge 20 novembre 1859 n. 3780, riguardava, in termini generali, sia conflitti di giurisdizione (positivi e virtuali) fra l'autorità giudiziaria e un tribunale del contenzioso amministrativo, sia ancora conflitti di giurisdizione (negativi e reali) fra l'autorità giudiziaria e un tribunale del contenzioso amministrativo, sia conflitti di attribuzioni (positivi e virtuali; negativi e reali) fra l'autorità giudiziaria o un tribunale del contenzioso amministrativo e l'autorità amministrativa. Secondo la dottrina, la disciplina dei conflitti si afferma più come strumento per sottrarre all'autorità giudiziaria ordinaria le materie sulle quali l'amministrazione intendeva mantenere il proprio potere, piuttosto che quale strumento di verifica della giurisdizione. Cfr. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 21; R. LUCIFREDI, voce *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 285, nota come l'istituto dei conflitti di attribuzione «fu concepito come mezzo idoneo a impedire che da altri (e particolarmente da parte dell'autorità giudiziaria) venissero lese le prerogative dell'amministrazione, invadendo le sfere ad essa riservate; e perché la garanzia fosse completa, e non potesse temersi in alcun modo che si indulgesse alle indebite intrusioni nei campi d'azione ritenuti esclusivi degli organi amministrativi, ad un organo dell'amministrazione stessa veniva affidato il compito di decidere, quando il conflitto fosse insorto». Donde il ruolo del Consiglio di Stato, nella qualità di organo dell'amministrazione, per tutelare la sfera di attribuzione amministrativa.

Già da questi brevi cenni di carattere storico emerge l'ontologica problematicità dell'istituto del difetto assoluto di giurisdizione, che sin dalla Rivoluzione francese ha connotato in termini conflittuali il rapporto tra l'amministrazione e la giurisdizione⁵⁵.

La graduale affermazione di una giurisdizione amministrativa separata dalla giurisdizione ordinaria, a partire dai tribunali del contenzioso amministrativo sino alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato e alle recenti riforme del processo amministrativo, non solo ha consolidato il dualismo giurisdizionale, ma ha legittimato la stessa giurisdizione amministrativa, quale giurisdizione speciale erede del giudice-pretore, ad addentrarsi nel merito amministrativo da sempre precluso alla giurisdizione ordinaria, con ciò sollecitando la *potestas iudicandi* sulla giurisdizione delle Sezioni Unite⁵⁶.

L'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo disposta con la legge 20 marzo 1865, n. 2248 non ha alterato affatto il dualismo giurisdizionale di cui la Corte dei conti e il Consiglio di Stato ne costituivano i tradizionali "pilastri", né ha intaccato i ricorsi amministrativi⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 2564: «[...] l'idea di eccesso di potere apparve nelle leggi costituzionali del 1791, dell'anno III e dell'anno VIII [...] come sconfinamento o invasione (*empiètement*) dell'autorità giudiziaria a danno della legislativa o dell'esecutiva. Il concetto originario d'eccesso di potere fu quindi, nel diritto moderno, quello di straripamento di uno dei poteri, che le teorie e le leggi del tempo volevano distinti e separati, nel campo dell'altro». Cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 124 ss., ove l'Autore precisa come la giurisprudenza francese avesse modulato la locuzione *excès de pouvoir*: dapprima annoverando «tutti gli sconfinamenti da parte degli organi amministrativi dalla propria sfera di attribuzione, anche quando ciò avveniva a spese di un altro organo amministrativo; poi tutte le violazioni delle norme regolanti la forma e la procedura delle operazioni amministrative, cioè le garanzie esteriori di giustizia e di opportunità delle scelte affidate agli organi; ed infine [...] certi difetti che, pur inerendo a scelte discrezionali, come tali insindacabili, e pur non essendo configurabili come difetti di competenza, di forma e di procedura, intaccavano tuttavia dette scelte nella loro legittimità». In questo modo, evidenzia l'Autore si venne coagulando l'accezione di *détournement de pouvoir*. Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Paris-Nancy, 1896, 548 ss., che qualifica il *détournement de pouvoir* come uso del potere discrezionale per un fine diverso da quello cui è destinato: «[L]'expression «de détournement de pouvoir» s'est introduite, à une époque relativement récente, dans la langue du contentieux administratif. Le vice qu'elle désigne consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné».

⁵⁶ Cfr. L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Il Filangieri*, 1899, 6, puntualizza che l'unità può intendersi soltanto dal punto di vista funzionale, non organico, in considerazione del fatto che la pluralità dei plessi giurisdizionali fu necessaria per la varia natura delle materie assoggettate alla tutela giurisdizionale, con la «opportunità di attribuirne la rispettiva cognizione ad organi specialmente adatti a soddisfare le esigenze d'una retta amministrazione di giustizia». Sicché «giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, dopo la legge del 1865, non vanno più distinte per diversità di attribuzioni, cioè per diversa natura di potere esercitato, ma per diversità di materie sulle quali un potere d'identità e unica natura viene da esse spiegato».

⁵⁷ Mentre si disponeva l'attribuzione all'autorità giudiziaria, oltre che delle cause per contravvenzioni, di "tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico", ossia di un diritto soggettivo perfetto, ai sensi dell'art. 3, gli "affari non compresi nell'articolo precedente", quelli cioè nei quali non si faceva questione di un diritto soggettivo, erano attribuiti alle autorità amministrative. Cfr. F. LONGO, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il*

In forza del convincimento di una maggiore imparzialità e terzietà del giudice ordinario, il legislatore ha deciso di riservare al medesimo la cognizione delle controversie relative ai «diritti civili e politici» insorte tra l'Amministrazione e il cittadino e di rimettere ai rimedi interni alla stessa Amministrazione la cognizione degli «altri affari» e, per ovviare all'incompiuta unificazione territoriale delle supreme corti preunitarie, ha optato per l'attribuzione al Consiglio di Stato del compito di risolvere i conflitti di attribuzione tra giudice ordinario e Amministrazione e i conflitti di giurisdizione tra giudici speciali⁵⁸.

Purtroppo, la riforma, piuttosto che estendere le tutele del cittadino avanti alla Pubblica Amministrazione, a cagione della pavidità del giudice ordinario sprovvisto di adeguata specializzazione, ne ha edulcorato le garanzie dilatando oltre modo l'insindacabilità del merito amministrativo⁵⁹.

centocinquantesimo del Consiglio di Stato, Roma, 1981, III, 1317, l'Autore, all'esito della riforma, tratteggia il variegato quadro dei mezzi risolutivi dei conflitti: la facoltà per la pubblica amministrazione di sollevare in qualunque stato del giudizio la "incompetenza dell'autorità giudiziaria" oppure una questione concernente la giurisdizione quali sia conflitti di giurisdizione (in caso di contestazione della giurisdizione del giudice ordinario in favore di quella del giudice speciale) sia conflitti di attribuzione (nel caso di contestazione della giurisdizione del giudice speciale) sia conflitti di attribuzione (nel caso di contestazione della giurisdizione del giudice ordinario in favore della competenza dell'autorità amministrativa); la possibilità di ricorrere alle Sezioni Unite per regolare i conflitti negativi reali di attribuzione tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa; il ricorso alle Sezioni Unite per regolare i conflitti positivi o negativi di giurisdizione fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali; il ricorso alle Sezioni Unite per regolare i conflitti di giurisdizione fra le giurisdizioni speciali e i tribunali ordinari o altre giurisdizioni speciali e le competenze dell'autorità amministrativa; infine, il rimedio straordinario del conflitto di attribuzione a favore dell'amministrazione mediante decreto del prefetto, con sospensione di ogni pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria per aver invaso materia riservata all'esclusiva competenza dell'autorità amministrativa.

⁵⁸ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 169: «[L]'incoerenza era tanto più vistosa, in quanto, con la soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo, era venuta meno la possibilità di conflitti di giurisdizione (o, per meglio dire, essi si riducevano ai casi, assolutamente marginali, di conflitti fra il giudice ordinario e i pochi residui giudici speciali del contenzioso amministrativo) e i soli, o quasi, conflitti possibili erano quelli fra il giudice ordinario e l'amministrazione (cosiddetti conflitti di attribuzione)». La disamina è approfondita da L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, ove l'Autore osserva che: «[L]a contraddizione era tanto più grave se vista in relazione al fatto, originato anche dall'abolizione dei tribunali del contenzioso, che il Consiglio di Stato, in quel tempo organo puramente amministrativo, diveniva effettivo giudice dell'unico vero caso di conflitto di giurisdizione, quello intercorrente tra giudice ordinario e pubblica amministrazione». Dopo aver premesso che «[L]'istituto del conflitto sopravvisse alla abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo ed alla istituzione della giurisdizione unica [...]», conclude che «i conflitti di giurisdizione e di attribuzione divennero allora soltanto conflitti di attribuzione fra i giudici ordinari e la pubblica amministrazione». V. G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, cit., rimarca che «il combinato disposto degli artt. 13 all. E e 10 all. D impediva di attribuire una qualsiasi efficacia all'art. 2, All. E, che legittimava i giudici ordinari ad intervenire, in tema di diritti soggettivi, anche nei riguardi della pubblica amministrazione»; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 10.

⁵⁹ Cfr. F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 8-9 osserva che la «presa di coscienza della sua inadeguatezza, o meglio incompletezza, derivò da ragioni pratiche: il mondo politico, sia della Destra sia della Sinistra storiche, si rese presto conto di non aver prestato sufficiente attenzione alla tutela dei "diritti minori", o "diritti meno perfetti", o "diritti che sono subordinati alle considerazioni della utilità pubblica", ossia ai "diritti" nascenti dalle "leggi amministrative", dei quali pure si era fatto largo discorso nel dibattito parlamentare». Cfr. S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo*

Purtroppo, a ciò si è aggiunto il trasferimento della competenza sui conflitti alle Sezioni Unite, non quale supremo magistrato della giurisdizione ordinaria, ma quale organo della Cassazione delegato a custodire l'uniforme interpretazione ed applicazione delle leggi nel territorio dello Stato in posizione di indipendenza dall'esecutivo⁶⁰.

Nel 1889 il legislatore, al fine di rimediare alle sopravvenute criticità, ha istituito la IV Sezione del Consiglio di Stato⁶¹, alla quale ha affidato in via esclusiva la cognizione di legittimità sugli atti amministrativi⁶², e ha confermato,

il 7 maggio 1880, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli, 1993, ove l'Autore riconosce come sia «evidente, [...]», che l'opera da noi fatta è tanto imperfetta che solo i ciechi possono prenderla per la soluzione del problema della giustizia amministrativa in un governo parlamentare o di partito, come quello che abbiamo oggi in Italia. Essa non fu fatta con la coscienza chiara e piena dello scopo a cui doveva principalmente servire. Ma non perciò io sono per proporvi riforme, che sconvolgano gli ordinamenti presenti della nostra amministrazione; basta completare l'opera del 1865 con una nozione più chiara di questo scopo e delle condizioni ed esigenze proprie della giustizia e dell'amministrazione insieme».

⁶⁰ La legge 31 marzo 1877, n. 3761 (recante "Norme sui conflitti di attribuzioni"), rappresentava la reazione ad una gestione dei conflitti da parte del Consiglio di Stato a favore delle amministrazioni. Si poneva il problema di affidare la competenza ad altro organo, pur non mancando idee tese ad abrogare la normativa sui conflitti: si è optato per le Sezioni Unite, cui competeva anche il primordiale regolamento preventivo di giurisdizione. In tal senso, la previsione dell'art. 1 della legge 31 marzo 1877, n. 3761, che stabiliva «la pubblica amministrazione, oltre la facoltà ordinaria di opporre, in qualunque stato di causa, la incompetenza dell'autorità giudiziaria, quando sia parte nel giudizio od abbia diritto d'intervenirvi, può anche in tutti i casi usare del mezzo straordinario di promuovere direttamente sopra tale incompetenza la decisione della corte di cassazione, nel modo e cogli effetti determinati negli articoli seguenti». V. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 57 sottolinea che dal 1877 al 1907 si fissano i tratti qualificanti il sistema di Giustizia Amministrativa in Italia. Con la locuzione «dualismo a trazione monista» viene colto il fenomeno che «da prospettiva di una estensione della giurisdizione ordinaria alle controversie di diritto pubblico agisce come fattore di sviluppo del sistema nel suo complesso e innesca una dinamica che si traduce, al tempo stesso, nella affermazione di un giudice amministrativo e nell'innalzamento complessivo del livello di tutela giurisdizionale assicurato ai cittadini mediante quel giudice».

⁶¹ Per una disamina delle questioni dogmatiche sottese alla legge 31 marzo 1889 n. 5992 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891 (II), IV, 1 ss. Sul tema della natura della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1167 ss., il quale propende per quella 'amministrativa'. Cfr. la posizione di Santi Romano sul punto delineata da A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* [Atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003], Torino, 2004, 9 ss., spec. 15 ss. Per una analisi del pensiero della scuola palermitana sulla natura dell'allora appena istituita IV Sezione, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 30 ss. Per una analisi di alcune posizioni dottrinali sul ruolo della Cassazione come giudice dei conflitti a seguito dell'istituzione della IV Sezione, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, spec. 1681 ss.

⁶² Per una disamina dei profili problematici relativi all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, si rinvia ai contributi di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. III, 758 ss.; S. ROMANO, op. cit., 1254 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 4 ediz., I, 63 ss.; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 407 ss.; P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 120 ss. Cfr. V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte*

altresi, l'impugnabilità avanti alla Suprema Corte delle sentenze dei giudici speciali viziati da nullità per incompetenza o eccesso di potere⁶³.

Quest'ultima attribuzione, prescritta nel 1877, si è posta a chiusura del sistema dei conflitti, quale procedimento volto ad accertare una specifica incompetenza per materia del giudice dopo la sentenza, giacché già era previsto l'apposito rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione⁶⁴.

1.5. *La posizione "oscillante" della giurisprudenza precostituzionale. La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione romana del 21 marzo 1893: l'incompetenza coincide con il difetto di giurisdizione in senso statico, mentre l'eccesso di potere con il difetto di giurisdizione in senso funzionale (o dinamico).*

A seguito delle novelle legislative, similmente alla giurisprudenza francese, anche nella giurisprudenza preunitaria, borbonica e sabauda, è maturata una concezione più lata di eccesso di potere giurisdizionale, volta a contestare violazioni di principi essenziali della giurisdizione, quali il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio del contraddittorio, il principio del diritto alla difesa e il principio della pubblicità delle udienze.

Nel Regno di Sardegna l'eccesso di potere costituiva «mezzo di guarentigia contro le usurpazioni ed invasioni del Potere giudiziario nella sfera della pubblica

all'autorità giudiziaria (legge 2 giugno 1889, art. 24), in Foro it., 1891, I, 1118; F. BENVENUTI, Giustizia amministrativa, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970; F. LONGO, op. cit., in part. 1323 ss.; N. PAOLANTONIO, L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari, Quaderno n. 1 della rivista Dir. proc. amm., Milano, 1991; G. BERTI, Linee di svolgimento della giustizia amministrativa (anche a proposito di una recente ricerca sulle riforme crispine), in Studi in memoria di Franco Piga, vol. I, Milano, 1992, 43 ss.; A. ROMANO, I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, in Dir. proc. amm., 1994, 635 ss.

⁶³ Storicamente, il Regio Editto sabauda 30 ottobre 1847, n. 638, che ha istituito la Corte di Cassazione, stabiliva, agli artt. 14, 16 e 17 altrettante ipotesi di ricorso per cassazione per incompetenza ed eccesso di potere: in particolare, l'art. 14 prevedeva che avverso le sentenze dei Consigli di guerra di terra e di mare era possibile l'impugnativa per i soli casi di incompetenza ed eccesso di potere; l'art. 16 disponeva che avverso le sentenze emanate in ultima istanza era ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge, e tra i casi di violazione di legge erano ricompresi l'incompetenza e l'eccesso di potere; l'art. 17 concedeva alle parti il ricorso per cassazione avverso le sentenze di ultima istanza dei giudici di mandamento o dei giudici di settimana presso i Tribunali di commercio per il solo motivo di eccesso di potere o nell'interesse della legge.

⁶⁴ Cfr. F. LONGO, op. cit., 1325. A consolidamento del nuovo assetto, la legge 1 maggio 1890, n. 6837 ha individuato la giurisdizione delle giunte provinciali amministrative sui ricorsi non di competenza dell'autorità giudiziaria né appartenenti alla giurisdizione di corpi o collegi speciali. Non si parla di organi giurisdizionali né di ricorso giurisdizionale, bensì di ricorso «in sede contenziosa», al fine di evitare di attribuire natura giurisdizionale «ciò sia per superare le obiezioni di coloro che temevano che fosse rimessa in giuoco la peculiare posizione dell'autorità giudiziaria ordinaria nella difesa dei diritti; sia per giustificare e rendere accettabili, nei confronti dell'amministrazione, i nuovi ampi poteri di annullamento, di modifica e sostituzione, di sospensione dell'esecutorietà degli atti amministrativi che a tali organi furono commessi; sia infine per giustificare il vasto e incisivo sindacato che ai medesimi veniva consentito sull'azione amministrativa».

Amministrazione»⁶⁵ e fondava il conflitto di attribuzione tra giudice ordinario e amministrazione, attiva o contenziosa⁶⁶.

Secondo la giurisprudenza post-unitaria, però, mentre l'incompetenza poteva essere rilevata tramite regolamento preventivo prima che si verificasse un'effettiva menomazione delle attribuzioni del giudice o dell'Amministrazione, l'eccesso di potere presupponeva, a prescindere dall'eccezione processuale o dal regolamento preventivo, l'emanazione di un provvedimento con il quale si fosse andati oltre il limite di legge⁶⁷.

Ne consegue che l'eccesso di potere è venuto ad affrancarsi dal sistema dei conflitti per assurgere specificamente quale vizio di impugnazione delle sentenze dei giudici speciali avanti alle Sezioni Unite.

A riguardo, nonostante il trasferimento della competenza sulla giurisdizione dal Consiglio di Stato alle Sezioni Unite, l'impostazione della giurisprudenza sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione non ha subito alcuno mutamento significativo⁶⁸.

⁶⁵ L'Editto di riforma del contenzioso amministrativo (istituito nel 1842), promulgato da Carlo Alberto il 29 ottobre 1847, disciplinava, al titolo IV, la risoluzione dei conflitti positivi e negativi di competenza tra l'autorità giudiziaria e quella amministrativo-contenziosa, affidandone la competenza al Sovrano, interpellato il Consiglio di Stato (istituito con l'Editto di Racconigi del 18 agosto 1831, il cui parere doveva essere richiesto, tra l'altro, nei casi di conflitto tra giurisdizione giudiziaria ed amministrazione). La dottrina dell'epoca evidenziava che «il maggior pericolo parve derivare dall'Autorità giudiziaria», stabilendosi che «venendo a conoscenza dell'Intendente generale, che verta innanzi ad un Tribunale giudiziario una causa da lui creduta di cognizione dei Tribunali amministrativi, debba richiederne la remissione ai medesimi; ed ove non si faccia luogo alla di lui istanza, eccitare il conflitto, informandone il Dicastero dell'Interno»: così A. LIONE, *Elementi di diritto amministrativo esposti nella R. Università di Torino*, 2° ed., Torino, 1850, 507, su cui v. F. FRACCHIA, *Lione, Antonio in Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI - E. CORTESE - A. MATTONE - M.N. MILETTI, Bologna 2013, I, 1186. In ordine alla competenza sulla soluzione del conflitto sorto dopo l'emanazione dell'Editto istitutivo della Cassazione nel Regno di Sardegna del 30 ottobre 1847, cfr. F. ARRÒ, *Del magistrato di cassazione*, cit., 10, sulla base dell'ordinamento francese e sul rilievo che «se l'autorità amministrativa dovesse attendere la decisione del Magistrato, ben sovente ne avverrebbe danno alla pubblica causa», concludeva nel senso che i 'conflitti di giurisdizione' erano di competenza del Consiglio di Stato. Del resto, il coevo editto istitutivo del contenzioso amministrativo prevedeva, all'art. 111, che la competenza spettasse al Sovrano udito il Consiglio di Stato. Con la successiva legge 20 novembre 1859, n. 3780 il legislatore sabauda disciplinava il conflitto di attribuzioni: sconfinamento da parte dell'Autorità giudiziaria nell'ambito riservato all'Amministrazione; sconfinamento da parte del giudice ordinario in materia riservata alla cognizione dei tribunali del contenzioso; sconfinamento da parte del tribunale del contenzioso nell'ambito riservato alla competenza dell'amministrazione attiva; dichiarazione di incompetenza su una controversia da parte e del tribunale ordinario e del tribunale del contenzioso; dichiarazione di incompetenza a decidere su un ricorso da parte del tribunale ordinario e dell'autorità amministrativa.

⁶⁶ Cfr. G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Dei conflitti di attribuzione. Trattato teorico-pratico*, Firenze, 1873. Nel tempo il conflitto di attribuzioni si è evoluto nell'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione.

⁶⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 marzo 1893.

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 1924, in *Giur. It.*, 1924, I, 1, 614. In generale, le Sezioni Unite accoglievano il concetto tradizionale di eccesso di potere, affermando, ad esempio, che «l'eccesso di potere è in relazione alla continenza della giurisdizione del giudice: quindi è l'indebita estensione dell'ufficio giurisdizionale a materia che non vi sia soggetta. Il che è ben diverso dalla cattiva applicazione delle disposizioni regolatrici del rapporto indotto

Benché astrattamente l'eccesso di potere venisse ravvisato nell'arbitrario esercizio di facoltà non consentite o nell'usurpazione di funzioni spettanti ad altro organo giurisdizionale o non appartenenti ad alcuna giurisdizione, nella casistica abbondavano fattispecie difficilmente sussumibili nell'accezione tradizionale⁶⁹.

Talora le Sezioni Unite cassavano una decisione del giudice speciale non a cagione del superamento dei limiti o dei presupposti delle attribuzioni giurisdizionali, ma in quanto emessa in violazione del principio del contraddittorio fra le parti⁷⁰ o dopo precedente giudicato⁷¹.

Quando si trattava delle decisioni dei giudici speciali, infatti, la Corte prediligeva un'accezione che includesse ogni violazione di un diritto processuale essenziale.

Limitatamente alle decisioni del Consiglio di Stato il sindacato delle Sezioni Unite si conteneva entro la censura dello sconfinamento nel potere legislativo o nel merito amministrativo.

La ragione di una disparità siffatta risiedeva nella collocazione istituzionale del Consiglio di Stato: dal punto di vista dell'autorevolezza e dell'importanza delle questioni soggette alla sua cognizione, il Consiglio di Stato, pur condividendo la natura di 'giurisdizione speciale', non era equiparabile sul piano ordinamentale agli altri giudici speciali e, quindi, non era assoggettabile ad una cassazione piena.

dalla contestazione e contenuto nella sfera di attività dell'organo giurisdizionale competente. Se questi ha il dovere di applicare la legge, è pur vero che per applicarla, ne fa l'interpretazione [...]. L'interpretazione della legge, adunque, attiene all'esercizio del potere del giudice». Ancora, Cass. 10 gennaio 1927, in *Foro Amm.*, 1927, II, 74. Similmente, quanto al problema della distinzione tra eccesso di potere e violazione di legge, la giurisprudenza di gran lunga maggioritaria riteneva che «se nella legittima esplicazione della potestà giurisdizionale attribuitale, l'autorità giurisdizionale interpreta, sia pure in modo errato, le disposizioni di legge che dovevano essere applicate o la cui interpretazione rientrava puntualmente nei limiti delle sue facoltà giurisdizionali, si avrà bensì una violazione di legge, ma questa non potrà manifestamente risolversi in un eccesso di potere, dappoiché non costituisce né arbitrario esercizio di facoltà non consentite, né usurpazione di funzioni spettanti ad altro organo giurisdizionale o non appartenenti ad alcuna giurisdizione».

⁶⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 ottobre 1928, in *Giur. It.*, 1928, I, 1, 958. Si vedano anche Id., 28 aprile 1928, *ibid.*, I, 1, 972, in tema di provvedimento di diniego di avanzamento per gli ufficiali dell'esercito. Il Consiglio di Stato aveva accolto il ricorso per contraddittorietà rispetto a precedente giudizio positivo; le Sezioni Unite, premessa l'astratta sindacabilità di detti provvedimenti, affermano che la IV Sezione non avrebbe potuto esercitare un siffatto sindacato sul rilievo che l'atto impugnato era privo di motivazione, di talché il giudice amministrativo, per arrivare a ritenere la contraddittorietà, aveva dovuto, necessariamente, ripetere l'*iter* valutativo: infatti, «solo nei motivi espressi è dato cogliere la ragione di un provvedimento, e nella specie non si ebbe che un giudizio segreto non chiarito da alcuna motivazione. Il che rende impossibile ricostruire la causa o rappresentarsi tutti gli stati di fatto, che costituiscono il presupposto del giudizio segreto [...]. Dato che non è lecito rifare il giudizio di merito, riesce impossibile riconoscere nella specie l'eccesso di potere senza la supposizione arbitraria nella commissione di moventi inconciliabili con l'interesse pubblico».

⁷⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 1924, in *Giur. It.*, 1924, I.

⁷¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 27 maggio 1924, in *Giur. It.*, 1924, I, 1, 615.

L'omologazione con le altre giurisdizioni speciali è stata codificata dalla legge 7 marzo 1907 n. 62, che ha recepito l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte⁷²: stante la natura di giurisdizione speciale della IV Sezione, anche le relative decisioni avrebbero dovuto ritenersi impugnabili non "pienamente" ma limitatamente al difetto assoluto di giurisdizione⁷³.

La medesima disposizione è stata, poi, trasfusa nell'art. 48 del Regio Decreto 26 giugno 1924 n. 1054, ove il legislatore ha confermato la specificità del vizio sindacabile dalla Suprema Corte⁷⁴.

1.6. *La dottrina. La distinzione tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella dottrina francese e italiana. I due orientamenti: da un lato, Henrion de Pansey e Mantellini assertori di un eccesso di potere quale difetto assoluto di giurisdizione; dall'altro, Demurtas Zichina assertore di un eccesso di potere quale difetto relativo e assoluto di giurisdizione. L'acuirsi del dibattito dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. I confini tra incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge nella riflessione di Carnelutti.*

In dottrina la prima concettualizzazione dei vizi dell'incompetenza e dell'eccesso di potere in senso lato risale alle *Istituzioni di diritto amministrativo* (e alla prima edizione dei *Principi fondamentali del diritto amministrativo*) di Gian Domenico Romagnosi⁷⁵.

⁷² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 marzo 1893, in *La giustizia amministrativa*, 1893, III, 1, con nota di B. LOMONACO, il cui rilievo è evidenziato da F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 13, nt. 16. La Cassazione, muovendo dal presupposto che il ricorso ai sensi dell'art. 3, n. 3, l. n. 3761/1877, «è l'unico mezzo e l'unica arma di difesa che la legge riconosca e consenta all'autorità giudiziaria per impedire qualunque usurpazione delle attribuzioni a lei esclusivamente affidate» (a fronte degli artt. 1, 2 e 5, i quali attribuiscono all'Amministrazione uno strumento di tutela al fine di contrastare le invasioni del potere giudiziario nel campo amministrativo), rilevava, ai fini della dimostrazione della natura di giurisdizione speciale della IV Sezione, che, in più punti, la l. 1° maggio 1890, n. 6837 usa l'espressione «giurisdizione»; che il Consiglio di Stato già prima dell'istituzione della IV Sezione, aveva attribuzioni giurisdizionali; che le materie attribuite alla giurisdizione della IV Sezione sono affini a quelle su cui decide il giudice ordinario; che il fine della IV Sezione è l'applicazione della legge e la difesa degli interessi del privato.

⁷³ L'art. 6 della legge 7 marzo 1907 n. 62, confluito nel Testo Unico 17 agosto 1907 n. 638 (art. 40), e poi rinnovato all'art. 48 del Testo Unico Consiglio di Stato (Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054), ha stabilito che le decisioni pronunziate dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale «possono, agli effetti della legge 31 marzo 1877, n. 3761, essere impuginate con ricorso in cassazione. Tale ricorso, tuttavia, è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato». La problematica verteva sul fatto che, se non si fosse ammesso il ricorso cassatorio, si sarebbe violato l'art. 2 della legge n. 2248/1865 sulla abolizione del contenzioso amministrativo, che attribuisce la cognizione della lesione dei diritti soggettivi all'autorità giudiziaria: ove, infatti, il Consiglio di Stato avesse deciso una controversia involgente un diritto soggettivo, in assenza del rimedio di cui all'art. 3, n. 3, l. n. 3761/1877, la lesione del diritto soggettivo sarebbe stata sottratta alla cognizione del giudice ordinario.

⁷⁴ Sul punto v. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, Milano, 1900, 79, il quale affermava che la competenza delle Sezioni Unite, con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali (o tra questi ultimi), dovesse intendersi come ristretta alla garanzia della "osservanza da parte di ciascuna giurisdizione dei suoi confini".

⁷⁵ Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, 9, che si

Premesso che la competenza presuppone un'attribuzione dalla legge, Romagnosi ha coniato tre tipi di incompetenza del magistrato e del funzionario: nei confronti dei superiori (usurpazione del potere legislativo mediante l'emanazione di regolamenti o rifiuto di dare esecuzione alla legge), nei confronti degli altri funzionari o magistrati (eccesso di potere definito come usurpazione di un potere riservato ad altro funzionario) e nei confronti degli inferiori, ossia nei confronti degli amministrati (diniego di potere)⁷⁶.

Sulla locuzione "eccesso di potere giurisdizionale", sino all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, in dottrina si confrontavano due orientamenti: il primo, assertore di un'accezione tradizionale di eccesso di potere (giurisdizionale) modulata sull'attuale difetto assoluto di giurisdizione⁷⁷, e il secondo, promotore di un'accezione aggiornata, che comprendesse sia il difetto relativo di giurisdizione sia il diniego di giurisdizione, escluso l'*error in iudicando*⁷⁸.

Dopo l'istituzione della IV Sezione e sino al Concordato Romano - D'Amelio si sono delineate posizioni più variegate.

Per Lodovico Mortara i vizi dell'incompetenza e dell'eccesso di potere erano, pressoché, equivalenti⁷⁹.

Vittorio Emanuele Orlando aderiva alla tripartizione proposta da Laferrière: l'usurpazione di un potere interdetto all'autorità giudiziaria; l'usurpazione di un potere appartenente ad una autorità giudiziaria di natura

ripropongono in E. ROTELLI, *Romagnosi 1814. «Istituzioni di diritto amministrativo»*, Bologna, 2014; G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1814, 9. Sull'opera di Romagnosi, v. F. MERUSI, *Il diritto amministrativo di G.D. Romagnosi (1814) letto da F. Benvenuti (1969)*, in *Amministrare*, 2015, 19 ss.; Id., *Gian Domenico Romagnosi fradiritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1222 ss.

⁷⁶ Nella prima parte dei *Principj* (ed. 1832) la definizione di incompetenza ed eccesso di potere ricalcava quella del 1814; tuttavia, più avanti, l'Autore ipotizzava un'altra forma di incompetenza, ossia «esercitare bensì la propria autorità nelle materie proprie, ma eccedendo la misura o i limiti imposti all'esercizio stesso della legge». In particolare, Romagnosi riconduceva l'incompetenza dei funzionari e dei magistrati a «tre modi principali»: l'usurpazione di un potere riservato ad un altro funzionario o gerarchia, «[...] lochè appellasi eccesso di potere [...]»; l'aver denegato l'esercizio del potere commesso nei casi in cui la legge obbliga il magistrato a prestarlo, per il pubblico o per il privato interesse; l'esercizio della «[...] propria autorità nelle materie proprie, ma eccedendo la misura o i limiti imposti all'esercizio stesso dalla legge». Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837, 140, ove l'Autore definiva l'eccesso di potere tra funzionari una forma di incompetenza, a sua volta qualificata come di attribuzione, a differenza della incompetenza di giurisdizione, che si verificava «[...] entro i gradi della stessa gerarchia, come sarebbe fra un giudice ed un tribunale, fra un tribunale ed una corte: pariment[e] fra un funzionario o un corpo amministrativo, ed un altro funzionario od altro corpo amministrativo, come fra un prefetto ed un consiglio di prefettura, fra questi e il consiglio di stato».

⁷⁷ Cfr. G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, 225, nt. 3, evoca espressamente Henrion de Pensey, il quale sosteneva l'accezione tradizionale della locuzione *excès de pouvoir du juge*, ossia l'invasione da parte del giudice del potere legislativo o del potere esecutivo.

⁷⁸ Cfr. P. DEMURTAS ZICHINA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883, 178.

⁷⁹ Cfr. L. MORTARA, *Manuale*, cit., 217. L'Autore affermava che «la legge nel suo silenzio suscita il desiderio di una definizione dei due concetti della incompetenza e dell'eccesso di potere; ma questo desiderio è condannato a rimanere tale per la incertezza che tuttavia regna nella dottrina intorno alla nozione differenziale fra i due motivi di annullamento».

diversa o di ordine più elevato; la violazione delle regole sostanziali che assicurano la validità dei giudizi.

L'Autore, coerentemente con le premesse, precisava che «la portata limitativa di questa funzione di annullamento, dove non si fa neppure cenno della violazione di legge, indica chiaramente che si sia voluto accennare proprio a quel difetto assoluto di giurisdizione o di forme essenziali che abbiamo visto storicamente fissarsi nella espressione “eccesso di potere”»⁸⁰.

Santi Romano, muovendo dalla necessità di garantire l'osservanza da parte di ciascuna giurisdizione dei suoi confini, riteneva trattarsi di un controllo relativo alla competenza: dunque, avanti alle Sezioni Unite non potevano impugnarsi sentenze che avessero violato norme sostanziali relative alla validità del giudizio o le forme essenziali⁸¹.

In generale, la dottrina della prima metà del secolo scorso ha circoscritto l'incompetenza al difetto relativo di giurisdizione e l'eccesso di potere (o abuso di potere) al difetto assoluto di giurisdizione⁸².

⁸⁰ V. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 801 s. Peraltro, di diverso avviso Id., voce *Contenzioso amministrativo*, cit., 901, 920, che, rievocando la definizione offerta dall'Auriti nel Discorso inaugurale del 3 gennaio 1893, 24, afferma che «se nell'atto di autorità eccesso di potere è qualunque arbitrio, qualunque abuso di autorità con violazione di legge, nell'atto di giurisdizione eccesso di potere non è l'aver giudicato male, ma l'aver giudicato incompetentemente, quando ciò non sia in materia deferita ad altra autorità giurisdizionale dello stesso ordine (incompetenza in senso proprio), ma sia in materia deferita ad autorità di ordine diverso, o sottratta a qualunque giurisdizione (eccesso di potere)».

⁸¹ Cfr. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, cit., 1247ss. Del medesimo Autore, v. *Principi di diritto amministrativo italiano*, 2° ed. riveduta e ampliata, Milano, 1906, 223, secondo cui nella nozione di eccesso di potere «esclusa la violazione di forme essenziali, vi si ricomprende lo straripamento a danno di una funzione non giurisdizionale da qualunque autorità esercitata». Più precisamente, «per incompetenza deve intendersi lo straripamento di una giurisdizione amministrativa a danno di un'altra giurisdizione pure amministrativa o dell'amministrazione attiva, e per eccesso di potere lo straripamento a danno dell'autorità giudiziaria ordinaria o della legislazione». Cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.: «[...] all'*excès de pouvoir*, nella sua configurazione originaria di invasione da parte di un apparato costituzionale del campo di azione riservato ad un altro apparato costituzionale, veniva riservata la denominazione di *débordement* o *empiètement de pouvoir*, che la dottrina italiana ha poi tradotto con «straripamento di potere».

⁸² Cfr. S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, cit., 3, secondo cui l'incompetenza era la violazione dei limiti delle attribuzioni dell'organo di giurisdizione con sconfinamento nell'ambito di altro organo giurisdizionale, laddove l'eccesso di potere si sostanziava nella violazione dei limiti di quanto attribuito al potere giurisdizionale con usurpazione delle funzioni riservate al potere legislativo o amministrativo. Cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 488-489, secondo cui «[I]ncompetenza è lo sconfinamento di una giurisdizione nella materia attribuita ad altra giurisdizione, sia ordinaria, sia speciale, cioè ad altro organo dello stesso ordine (giurisdizionale). Eccesso di potere è lo sconfinamento di una giurisdizione nella materia attribuita ad organi di altro ordine (cioè potere: amministrativo o legislativo)». Cfr. sul punto M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 169, che riconduce i concetti di incompetenza ed eccesso di potere alle figure dell'incompetenza relativa e dell'incompetenza assoluta. Di diverso avviso, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, 76, secondo cui: «[...] la mancanza di legittimità relativamente alla persona che non aveva il potere di compiere un atto dicesi incompetenza; la mancanza di legittimità relativamente alle condizioni, limiti e forme dicesi più propriamente eccesso di potere». Sul piano normativo, si segnala l'art. 544, comma 3, n. 1 del Codice Pisanelli, che

Secondo Ragnisco, l'eccesso di potere del giudice si verificava nel caso di invasione del potere legislativo o esecutivo, mentre l'incompetenza consisteva nel conflitto fra organi o funzioni dello stesso potere⁸³.

Parimenti Vitta⁸⁴, secondo il quale l'incompetenza era una patologia interna al potere giudiziario in quanto inerente ai rapporti tra le giurisdizioni (ordinaria e speciali).

Laconicamente Lessona affermava: «l'incompetenza che si traduce in atto è eccesso di potere»⁸⁵.

Minoritaria era la dottrina amministrativistica, che raccordava l'eccesso di potere ad un uso del potere in difetto dei requisiti essenziali di forma o di sostanza⁸⁶.

A Carnelutti si deve la prima sistematizzazione dei tre vizi: incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

In definitiva, l'eccesso di potere era un vizio occulto, non apparente: in particolare, «l'esercizio del potere processuale rivolto a un fine non processuale (cioè a costituire, anziché ad accertare, il diritto obbiettivo o ad esercitare il diritto subbiettivo) rivelato dalla particolare gravità dell'errore del giudice»⁸⁷.

Se si «costruisce il primo proprio come uno svolgimento del potere giudiziario verso un fine non giudiziario», si può «utilmente ricongiungersi alla dottrina amministrativa e trarre delle feconde applicazioni del concetto dello sviamento stimolo e modo di chiarire la sostanziale unità del fenomeno»⁸⁸: in

disponeva l'annullamento senza rinvio per il caso in cui la sentenza fosse stata cassata «per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare», ossia quando, tra le altre ipotesi, avesse usurpato il dominio del legislativo o dell'esecutivo.

⁸³ Cfr. L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere*, cit., 6 ss. Questi, sulla base della nozione di separazione dei poteri di matrice orlandiana, secondo la quale «ciascun potere dello Stato è delimitato, da una parte, dagli organi ad esso assegnati [...], e, dall'altro, dalla natura speciale dell'atto che da essi promana», ha concluso che il superamento di uno dei due limiti (un organo di un potere partecipa ad un diverso potere al di fuori delle ipotesi previste dalla legge; un potere manifesta la propria volontà nella forma propria di un altro potere) integra l'eccesso di potere, definito come conflitto fra organi o funzioni di diversi poteri.

⁸⁴ Cfr. C. VITTA, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 46 ss.

⁸⁵ Cfr. S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, cit., 41.

⁸⁶ Cfr. L. RAGGI, *A proposito dell'articolo 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, cit., 500. Nettamente distinto dall'incompetenza, l'eccesso di potere è cattivo uso del potere: per l'Autore, esso si verificerebbe quando «l'uso del potere sia un uso soltanto apparente del potere stesso. Questo uso, secondo i casi e le circostanze, manca di qualche requisito essenziale, sia di forma che di sostanza. Quando il potere è completamente esercitato, ma con tali deficienze da far luogo ad una esistenza soltanto apparente dell'atto in cui il potere si concreta, ad una inesistenza o nullità radicale dell'atto, saremmo di fronte ad un eccesso di potere [...]. E questa inesistenza o nullità possono derivare: o da inosservanza dei presupposti di fatto o di diritto che la legge stabilisce per l'esercizio di quella data funzione, o da vizi di forma, o perché si sono avuti di mira scopi differenti da quelli che la legge assegna alla funzione. Così (ad esempio) per le giurisdizioni speciali si ha nullità assoluta della decisione (e quindi eccesso), quando fossero violate le norme processuali che si ritengono garanzia sostanziale per la giustizia della decisione o perché la decisione è emanata da magistrato in tutto o in parte incapace».

⁸⁷ Cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 33.

⁸⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 53 s. *Contra* V. ANDRIOLI, *Intorno alla frode alla legge nel processo*, cit., 627 ss., secondo cui «indarno, si andrebbe, in tema di atti giurisdizionali alla ricerca

conclusione, eccesso di potere giurisdizionale ed eccesso di potere amministrativo non erano concetti distanti⁸⁹.

Alla luce delle riflessioni di Carnelutti, lo stesso Lessona ha rielaborato una nozione di eccesso di potere mutuandola dall'eccesso di potere amministrativo, includendovi anche ipotesi di grave degenerazione o deviazione della funzione giurisdizionale⁹⁰.

In realtà, incompetenza ed eccesso di potere costituiscono ipotesi di violazione di legge, che solo per ragioni contingenti vengono separate dalle altre e assoggettate ad una disciplina diversa.

Per Chiovenda, con riferimento alla definizione dell'eccesso di potere come vizio di attività e non come vizio di giudizio, si risolveva nella «violazione dei limiti posti all'attività del giudice diversi dal limite che chiamiamo 'competenza'», ossia «della gran parte dei vizi *in procedendo*»: a differenza dell'errore di giudizio, l'errore di attività è assimilabile all'errore che può compiere «ogni uomo per determinarsi ad agire».

Se l'eccesso di potere non può predicarsi in relazione al giudizio, non possono, però, essere escluse «le censure dirette contro l'attività del giudice, solo perché anche questa è preceduta da un giudizio»⁹¹.

di situazioni non diciamo simili ma aventi qualche punto di contatto con quelle, che rappresentano la vitale e vivace sostanza dell'attività dello Stato e degli enti pubblici, e la ragione se ne coglie agevolmente, ove si consideri che, ove si escludano pochi casi, in cui non sono attribuiti poteri discrezionali, la sua è un'attività vincolata nell'esercizio (*quomodo*) non meno che nell'oggetto (*quid*). Diverso è lo scopo (o l'interesse tutelato): il primo è garanzia minima del rispetto, da parte del giudice (qualunque giudice) degli *essentialia iurisdictionis*; il secondo è garanzia che il provvedimento amministrativo rispetti non solo la forma, ma anche lo spirito della legge.

⁸⁹ Cfr. L. CRISTOFANETTI, *op. cit.*, 46. Si osserva che nell'eccesso di potere ciò che rileva è la «direzione del giudizio». In tal senso, il giudice non tende tanto ad un accertamento, ma alla costituzione del diritto obiettivo. In tal modo, si assiste alla degenerazione del concetto nell'esercizio della funzione.

⁹⁰ Cfr. S. LESSONA, *Nota a Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 1926*, in *Foro Amm.*, 1926, II. Osserva l'Autore: «ma poiché attività giurisdizionale ed attività amministrativa sono due diverse maniere della attività dello Stato per il raggiungimento dei fini che gli sono proprii può, in un certo senso almeno riconoscersi ad esse un comune elemento. E l'elemento comune mi sembra possa riscontrarsi in questo: che cioè tanto l'amministrazione quanto la giurisdizione si esplicano mediante atti i quali sono le manifestazioni di poteri - doveri dello Stato [...]. Se questo è esatto ogni qualvolta l'esercizio del potere si dimostri in contrasto con l'attuazione del dovere, l'attività sarà profondamente sviata dal suo fine, perché negherà la sua stessa origine. Se l'atto giurisdizionale anziché procurare la osservanza del diritto ne sanziona o ne attua palesemente la violazione; se l'atto amministrativo anziché raggiungere gli scopi in vista dei quali il potere è conferito o non ne raggiunge alcuno o ne raggiunge altri di natura diversa, nell'un caso e nell'altro avremo un fenomeno degenerativo della funzione. E come l'eccesso di potere è vizio di tale natura nell'atto amministrativo, così se lo stesso vizio si riscontra nell'atto giurisdizionale nulla ripugna a comprenderlo, con la stessa espressione nello stesso concetto».

⁹¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1033. Questi definisce l'eccesso di potere come «una forma speciale di difetto nell'attività giudiziaria che rientra anzitutto accanto alla incompetenza nel concetto generale di violazione od omissione di forme», per poi precisare che esso «è esemplificato nei nn. 4, 5, 8 dell'art. 517 [ai sensi del n. 4, è ricorribile per cassazione le sentenza «se abbia pronunciato su cosa non domandata»; ai sensi del n. 5, «se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato»; ai sensi del n. 8, «se sia contraria ad altra sentenza precedentemente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata] e trova infine la sua

Concludeva Chiovenda che non sempre la cassazione della decisione viziata da eccesso di potere implicava l'annullamento senza rinvio, perché l'eccesso di potere atteneva anche al modo di esercizio del potere giurisdizionale, che, talora, doveva essere nuovamente esercitato.

Nella categoria degli *errores in procedendo* Calamandrei classificava l'incompetenza fra i «difetti attinenti alla costituzione del rapporto processuale» e l'eccesso di potere giurisdizionale fra quelli attinenti all'«inesecuzione di precetti processuali che stabiliscono i limiti entro i quali l'attività di decisione deve svolgersi» e ne definiva la natura, nel senso che esso si verificava «tutte le volte in cui 'nessuna autorità giudiziaria poteva pronunciare'»⁹².

In Betti si rievocavano le tesi della dottrina minoritaria: il vizio si verifica ove il giudice eserciti i poteri conferitigli «senza il concorso dei presupposti richiesti ed oltre i limiti posti al loro attuale esercizio, e per un fine contraddittorio, o, comunque, non coerente con la funzione giurisdizionale», compresa la violazione del principio del doppio grado di giurisdizione, senza alcuna possibilità della cassazione con rinvio⁹³.

In conclusione, Raggi, Carnelutti e Chiovenda hanno contribuito ad un processo di superamento dell'accezione tradizionale dell'eccesso di potere giurisdizionale inteso come difetto assoluto di giurisdizione, innestando nella struttura dell'istituto elementi mutuati dalla categoria dogmatica dell'eccesso di potere amministrativo, in fase di assestamento nell'ordinamento italiano.

Sin da allora la violazione di *essentialia iurisdictionis* non affatto definiti e, addirittura, l'uso del potere processuale per un fine non processuale hanno precarizzato l'accezione classica di eccesso di potere giurisdizionale, con grave detrimento alla certezza del diritto e alla tutela della giurisdizione amministrativa.

1.6.1. *La consolidazione dell'eccesso di potere giurisdizionale come "straripamento" rispetto alla evoluzione della nozione di eccesso di potere amministrativo quale vizio della funzione. Il sostrato ontologico comune delle due categorie. Il caso eccezionale di Benvenuti e Lavagna.*

Sul piano storico - dogmatico, nonostante la dottrina e la giurisprudenza del tempo avessero convenuto a favore dell'equivalenza dell'«eccesso di potere»

precisa definizione nell'art. 544 n. 1: «quando si cassi la sentenza per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare. L'autorità giudiziaria non può pronunciare quando né il giudice adito né alcun altro può pronunciare; quindi, nell'atto stesso in cui la Cassazione accerta questo, si trova nell'impossibilità di rinviare a un altro giudice, e cassa senza rinvio».

⁹² Cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, cit., 250 ss. L'eccesso di potere può essere totale (il giudice è del tutto sfornito del potere di pronunciare sull'oggetto della controversia) o parziale, che si manifesta nella pronunzia (il giudice non può pronunciare al di fuori dei limiti del *thema decidendum*); a sua volta, l'eccesso di potere totale può essere iniziale, allorchando si verifichi sin dall'inizio del processo, o sopravvenuto, quando riguardi solamente la fase dell'appello (ad esempio, appello avverso sentenza non appellabile). In tutte tali fattispecie si deve escludere il rinvio, in quanto è esclusa «ogni possibilità di ulteriore trattazione in merito».

⁹³ Cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 698 s.

di cui alla legge del 1877 e del «difetto assoluto di giurisdizione» di cui alla legge del 1907⁹⁴, ad un'attenta disamina dei lavori preparatori della legge del 1907 emerge, in realtà, che il legislatore si è premurato di mutare la qualificazione del vizio allo specifico scopo di evitare l'assimilazione con la categoria dogmatica dell'eccesso di potere amministrativo, così circoscrivendo il sindacato della Suprema Corte⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 173. Sull'equivalenza tra le locuzioni del difetto assoluto di giurisdizione, da un lato, e di incompetenza ed eccesso di potere, dall'altro, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 360. Cfr. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 453-454, affermava: «vi è una vera differenza sostanziale? Non lo credo; e per quanto non approvi del tutto la mutazione della forma riesco a spiegarmela, meglio che non risulti dai lavori parlamentari. Essendo il Consiglio di Stato investito della giurisdizione di legittimità anche per sindacare l'eccesso di potere negli atti e provvedimenti dell'amministrazione, ed essendo nel terzo comma dell'art. 3 della legge del 1877 investita la Corte di Cassazione dell'ufficio censorio e regolatore, anche per sindacare l'eccesso di potere nelle decisioni delle giurisdizioni speciali, l'ipotesi che si equivocasse e si battesse una via perigliosa con l'uniforme interpretazione dell'eccesso di potere, non doveva essere trascurata dalla prudenza dei compilatori della legge». Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 243-244, che concordava sul fatto che il difetto assoluto di giurisdizione comprendesse tanto la incompetenza quanto l'eccesso di potere. L'Autore evidenziava come «[...] l'aver cambiata la formula della legge del 1877 sui conflitti, a cui la legge di riforma del Consiglio di Stato del 1889 aveva fatto tassativo richiamo (art. 40 T.U. 2 giugno 1889) e l'aver detto a proposito della giurisdizione della IV e V Sezione, quest'ultima allora istituita, che il ricorso alla Sezioni Unite della Corte di Cassazione è dato solamente per assoluto difetto di giurisdizione, tendesse a impedire invasioni ed eventuali esorbitanze o, con espressione più moderata, penetrazioni eccessive della Corte in un campo che leggi speciali ed organiche, non a torto dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e in sede consultiva qualificate come leggi costituzionali [...] hanno voluto riservare esclusivamente ai collegi giudicanti della giustizia amministrativa». Cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 332-333, il quale, dato atto che il difetto assoluto di giurisdizione corrispondeva allo straripamento di potere, puntualizzava che la ragione per cui il legislatore del 1907 lo ha preferito era che l'eccesso di potere si stava avviando a divenire una forma di incompetenza assoluta. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 1910, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 544 ss., con nota di L. RAGGI, *A proposito dell'articolo 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, con cui la Cassazione ha confermato come la formula dell'assoluto difetto di giurisdizione avesse la medesima portata della precedente.

⁹⁵ L'art. 40 T.U. n. 638 del 1907 prescriveva che «Le decisioni pronunziate in sede giurisdizionale possono, agli effetti della legge 31 marzo 1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso per Cassazione. Tale ricorso, tuttavia, è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato». Così, F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 15. 74: «La legge del 1907 (coordinata nel t.u. 17 agosto 1907, n. 638), e il regolamento di procedura, approvato con r.d. 17 agosto 1907, n. 642, non fecero altro che sanzionare definitivamente, non solo il carattere effettivamente giurisdizionale della Quarta Sezione, ma anche il carattere soggettivo del processo che dinanzi ad essa si svolgeva». Nel difetto assoluto di giurisdizione coesistevano l'incompetenza e l'eccesso di potere: l'incompetenza del Consiglio di Stato nei confronti dell'autorità giudiziaria ordinaria, o di una giurisdizione speciale e l'eccesso di potere giurisdizionale, inteso come usurpazione del potere legislativo o del potere esecutivo o amministrativo. Nella locuzione adottata dal legislatore nel 1907 si coglieva l'esigenza di impedire ingerenze della Corte di Cassazione in settori riservati alla Giustizia Amministrativa. Ne conseguiva che limitare il sindacato cassatorio al difetto assoluto di giurisdizione significava limitare la censura alle sole decisioni del Supremo Collegio, che avessero causato un'usurpazione della competenza e delle attribuzioni di altri organi giurisdizionali o poteri dello Stato. Cfr. L. CRISTOFANETTI, op. cit., 31-32 e 54-55.

La locuzione «difetto assoluto di giurisdizione»⁹⁶ in alcun modo era equivalente alla locuzione «eccesso di potere»⁹⁷.

Mentre la concettualizzazione del secondo inevitabilmente avrebbe risentito della evoluzione dogmatica della categoria dell'eccesso di potere amministrativo di matrice francese mutuandone la struttura⁹⁸, il difetto assoluto di giurisdizione, così come strettamente interpretato da attenta dottrina e dalla Suprema Corte⁹⁹, per converso mirava a connotare meramente la violazione dei

⁹⁶ Cfr. M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 183, che danno atto di quanto in tal senso recepito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Per L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 300, con la formula 'difetto assoluto di giurisdizione' «[S]i intese impedire che il Consiglio di Stato usurpasse la sfera di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, delle giurisdizioni speciali (esempio: Corte dei conti) o che giudicasse su atti del Governo esplicitamente sottratti, a qualsiasi controllo giurisdizionale amministrativo[,] (es.; atti politici in sè o determinati da alte ragioni politiche), o che sotto forma di decisione emettesse un nuovo provvedimento (giudizio di merito) in luogo di un semplice annullamento del provvedimento impugnato (giudizio di illegittimità)».

⁹⁷ Cfr. L. CRISTOFANETTI, op. cit., 35-36, secondo cui «Nella seduta del 1° febbraio 1907 l'Arcoleo, dopo aver detto che non era bene modificare in modo collaterale una delle leggi organiche fondamentali, la legge del 1877, con una legge che modestamente si chiama d'urgenza per provvedere al cumulo dei lavori che vi sono nella IV Sezione, aggiungeva testualmente: "... Oppongo una breve osservazione a quello che con tanta autorità ha detto l'on. Quarta, ma che non finisce di persuadermi. Egli ha dichiarato che dal punto di vista della Corte di Cassazione l'eccesso di potere non si è inteso che nei rapporti dell'autorità giudiziaria. Ed in questo si confonde con il rimedio dell'incompetenza. Va bene, ma noi siamo qui in un altro campo, e precisamente in quello della giurisdizione amministrativa. L'eccesso di potere che fu dapprima una frase di gergo o che significava qualunque abuso di potere commesso dal dispotismo politico, finì con l'innestarsi a poco a poco, nella pratica della giurisprudenza, ad un criterio speciale e ad un rimedio procedurale ben diverso dalla incompetenza". [...] Non si accorgeva l'Arcoleo che il potere più largo di penetrare nell'essenza e nei fini del provvedimento amministrativo per scorgervi e censurarvi l'eventuale sviamento di potere era dato alla IV Sezione del Consiglio di Stato per una espressa dichiarazione della legge del 1889, nell'intendimento di portare la giustizia nell'amministrazione, e che a questo fine contraddirebbe l'ammettere che altro organo giurisdizionale (qui la Corte di Cassazione) non più come Corte regolatrice delle competenze, a ben guardare, venisse a restringere, a controllare, a rivedere quell'esercizio di potestà speciale».

⁹⁸ L'eccesso di potere nell'atto amministrativo si è emancipato dalla figura generale, di matrice processuale per opera del Consiglio di Stato francese, come rileva la dottrina, E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative*, cit., 521 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 255 ss.; L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere*, in *La Legge*, 1906, 1747; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere* in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933; F. MODUGNO - M. MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 1 ss.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, cit., 1986, 70; F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove auton.*, 2021, 583 ss.

⁹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 luglio 1900, in *Foro it.*, 1900, I, 1063 ss., che si esprimeva nei seguenti termini: «[E]saminando il significato e la portata di tutte le disposizioni di legge, questo Supremo Collegio osservò in una serie numerosa di sentenze che, se nell'atto di autorità eccesso di potere è qualunque arbitrio, qualunque abuso di autorità con violazione di legge, nell'atto di giurisdizione invece eccesso di potere non è l'aver giudicato male, ma bensì lo avere giudicato incompetentemente, quando ciò sia non in materia deferita ad altra autorità giurisdizionale dello stesso ordine (incompetenza in senso proprio), ma in materia deferita ad autorità di ordine diverso o sottratta a qualsiasi giurisdizione (eccesso di potere). Donde deriva che l'eccesso di potere secondo il detto articolo [i.e. art. 3 n. 3 della legge del 1877, ndr], in materia giurisdizionale, ha un significato diverso dall'eccesso di potere secondo l'art. 24 della legge 2 giugno 1889 n. 6166 [...] in materia di atti e di provvedimenti di amministrazione, non

limiti esterni della giurisdizione amministrativa (intesa come giurisdizione speciale) ovvero, in positivo, l'invasione della sfera riservata agli organi legislativi o amministrativi e, in negativo, il diniego di giurisdizione¹⁰⁰.

Elemento caratterizzante la nozione di eccesso di potere è il collegamento con la funzione¹⁰¹, dacché esso consiste nell'utilizzo di poteri correlati ad una funzione non rispettandone i relativi limiti o in assenza dei presupposti per il suo esercizio o ancora nel caso in cui l'utilizzo sia incoerente e contraddittorio con la funzione.

Ebbene, nonostante lo stesso *nomen* e la comune matrice dogmatica, l'eccesso di potere giurisdizionale e l'eccesso di potere come vizio del provvedimento amministrativo non sono equivalenti e non lo debbono

di giurisdizione. Od in altre parole, l'eccesso di potere previsto dalla legge prima indicata è più radicale perché rappresenta la forma più grave e più assoluta della stessa incompetenza, ossia la mancanza d'ogni giurisdizione. L'altro eccesso di potere invece comprende in sé qualunque fuorviamento ed abuso della giurisdizione di cui si è investiti».

¹⁰⁰ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 178-179. Disgiungendo l'eccesso di potere giurisdizionale dall'eccesso di potere amministrativo quale deviazione della funzione dalla causa tipica, l'Autore classifica le questioni di giurisdizione, a prescindere dalla discussa ipotesi della improponibilità assoluta della domanda per difetto di potere giurisdizionale: rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (giudice ordinario o giudice speciale); (nonché, appunto) c.d. eccesso di potere giurisdizionale o difetto assoluto di giurisdizione, che si sostanzia nello «[...] sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali».

¹⁰¹ Sull'eccesso di potere, cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, ripubblicato in *Foro amm.*, 1989, 2927 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1932; S. SPAVENTA, op. cit.; S. LESSONA, *Il concetto giuridico dell'eccesso di potere amministrativo in Italia*, in S. LESSONA, *Scritti minori*, a cura di L. PRAGA, Milano, 1958, vol. II, 913 ss.; G. PALMA, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, 81 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 65 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 ss.; G. DE CESARE, *Problematiche dell'eccesso di potere amministrativo*, Padova, 1973; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. digesto it.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 219 ss.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere, origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.; F. MODUGNO - M. MANETTI, *Eccesso di potere II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1 ss.; E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (Atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 341 ss.; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990; F.G. COCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, 1990, 171 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Torino, 1992, 267 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano, 1993; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; E. SCHINAIA, *Il controllo del g.a. sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1101 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 2000, 629 ss.; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Articoli e altri scritti (1948-1959), Milano, 2006, 991 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, ivi, vol. II, Articoli e altri scritti (1948-1959), 1117 ss.

diventare¹⁰²: sebbene non siano mancati tentativi atti a ricostruire in termini unitari i due concetti¹⁰³, la nozione di eccesso di potere di cui all'art. 3, n. 3, della legge del 1877, anche nella sua accezione in senso ampio, non può mai declinarsi, nel senso di sviamento del provvedimento giurisdizionale dalla sua causa tipica, al punto tale da legittimare il sindacato delle Sezioni Unite in ordine alla irrazionalità o contrarietà allo spirito della legge della decisione del giudice speciale sul provvedimento amministrativo¹⁰⁴.

Dunque, dal punto di vista storico, il difetto assoluto di giurisdizione non è una declinazione dell'eccesso di potere quale vizio di legittimità del provvedimento giurisdizionale, né tale può intendersi in senso evolutivo a pena di ascrivere funzioni cassatorie piene alle Sezioni Unite¹⁰⁵.

¹⁰² Cfr. L. CRISTOFANETTI, op. cit., 32-33, secondo cui «se non si vuole toccare alla legge sui conflitti del 1877, che contempla la incompetenza e l'eccesso di potere, perché a queste due espressioni, che hanno nella giurisprudenza della Corte di Cassazione un significato ben definito, sostituire l'altra nuova che, dicevano l'Arcoleo ed altri oratori al Senato ed alla Camera, è molto pericolosa e avrebbe presentato dubbi e alimentato discussioni sul significato e sulla portata della formula stessa?». Di diverso avviso il senatore Quarta, Procuratore generale della Cassazione Romana, il quale così si esprimeva: «A me per verità sembra che convenga meglio parlare unicamente di assoluta deficienza di giurisdizione. L'eccesso di potere ha nel campo e nel procedimento giurisdizionale amministrativo un significato diverso da quello nel campo e nel procedimento giudiziario comune; nell'uno è qualunque *détournement de pouvoir*, qualunque deviato, qualunque illegittima esplicazione delle attribuzioni amministrative; nell'altro eccesso di potere significa una delle forme più gravi della incompetenza; la usurpazione di una giurisdizione che non appartiene né al magistrato che giudica, né al Corpo al quale egli appartiene e colle parole difetto assoluto di giurisdizione si comprendono tutte le diverse forme d'incompetenza, quella non esclusa che nella precitata legge del 1877 era designata eccesso di potere».

¹⁰³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, spec. 53-54; N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 434-435; F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 346.

¹⁰⁴ Cfr. S. ROMANO, op. cit., 1247. L'Autore affermava «che l'art. 3 n. 3 della legge sui conflitti ammette il ricorso alla Cassazione romana contro le sentenze delle giurisdizioni speciali, che siano viziate da incompetenza, nel senso che abbiano oltrepassato i limiti di fronte ad altra giurisdizione speciale o alla giurisdizione ordinaria, o di eccesso di potere, nel senso che siffatto straripamento sia avvenuto a danno di una funzione non giurisdizionale, da qualunque autorità esercitata», esclusi tanto la violazione di forme essenziali che lo sviamento. Nell'accertare tale vizio, si deve procedere «con prudenti criteri», perché può avvenire, «specialmente nelle pronunce delle giurisdizioni miste, che agli elementi giurisdizionali si uniscano elementi non giurisdizionali, ma rientranti nell'amministrazione attiva, e ciò non per un eccesso di potere, ma per la natura stessa della giurisdizione. Come si vede, il controllo su queste decisioni è di una estrema delicatezza, tanto più che non è possibile determinare principii generali che valgano per tutti i casi. Più delicato ancora esso si rende nell'ipotesi che una giurisdizione amministrativa sia stata essa stessa giudice di un eccesso di potere da parte o di un'altra giurisdizione di grado inferiore o di una semplice autorità amministrativa, e che siffatto giudizio si sia correttamente compiuto con i criteri con cui la nozione dell'eccesso si delinea nel campo amministrativo, più larga e penetrante che non nel campo giudiziario. Di tale differenza la Cassazione dovrà tener conto, altrimenti rischia di considerare come eccesso ciò che da parte della giurisdizione speciale fu esercizio di una competenza legittima».

¹⁰⁵ Cfr. L. CRISTOFANETTI, op. cit., 36, secondo cui il Presidente del Consiglio on. Giolitti osservava: «se si trattasse di cedere il potere governativo, sarei largo, ma qui si tratta di cedere il potere di una giurisdizione, che abbiamo interesse di tenere più alto che si può, la giurisdizione contenziosa del Consiglio di Stato. La formula "eccesso di potere" l'on. Arcoleo sa che si confonde facilmente e molto con quella di abuso di potere. Il concetto della legge fu che la Corte

Parimenti valga per l'espressione «motivi attinenti alla giurisdizione» di cui all'art. 362 del vigente Codice di procedura civile o «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8 della Costituzione.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, entrambe le locuzioni compendierebbero sia il difetto relativo di giurisdizione sia il difetto assoluto di giurisdizione: in realtà, fermo restando la funzione regolatoria della giurisdizione spettante alle Sezioni Unite, l'Assemblea Costituente ha convenuto, in termini di ratifica, sul difetto assoluto di giurisdizione¹⁰⁶.

Orbene, il difetto relativo di giurisdizione presuppone l'individuazione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio quale diritto soggettivo o interesse legittimo o, *rectius*, rapporto di diritto privato o rapporto di diritto pubblico e postula il riparto giurisdizionale, le questioni di giurisdizione in senso tecnico concernono esclusivamente i limiti esterni della giurisdizione¹⁰⁷.

Più volte la dottrina tradizionale ha chiarito che oggetto del ricorso per cassazione sono quei casi in cui si controverte sulla titolarità o sull'esistenza stessa della giurisdizione, mentre eludono detto sindacato i casi di errore nel procedere e nel giudicare, che riguardano il modo di esercizio della funzione giurisdizionale (i limiti interni) e non il travalicamento della giurisdizione (i limiti esterni).

di Cassazione dovesse essere chiamata esclusivamente quando la Sezione del Consiglio di Stato giudicasse fuori della sua giurisdizione. Io credo che sia essenziale limitare più che si può i casi di ricorso alla Corte di Cassazione, perché non deve essere concesso subordinare una giurisdizione suprema come quella del Consiglio di Stato, che in casi di assoluta necessità. La parola "eccesso di potere" applicata alla giurisdizione secondaria, cioè a giurisdizioni che hanno sopra di sé la IV Sezione, può ancora accettarsi ed è bene che una certa larghezza vi sia nel tenere nei loro confini le giurisdizioni locali; ma di fronte alle Sezioni contenziose del Consiglio di Stato è da escludere quella giurisdizione troppo ampia riparatrice della Corte di Cassazione, ed è opportuno tenerla nei limiti più ristretti; perciò si è adottata la formula che si possa ricorrere in Cassazione soltanto per assoluto difetto giurisdizionale del Consiglio di Stato».

¹⁰⁶ Sul relativo dibattito si dà ampia contezza nel paragrafo successivo.

¹⁰⁷ Cfr. S. SATTÀ, *voce Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, 1 ss. In Assemblea Costituente sovviene il problema di definire «l'essenza della giurisdizione nel che si incarna il potere giudiziario». Si chiarisce che una «Carta statutaria» non deve definire in maniera integrale il concetto di giurisdizione, essendo sufficiente indicare quanto corrisponde alla funzione giurisdizionale come intesa nel popolo. In tal maniera, si ritiene che: «utilizzando anche le conclusioni a cui è pervenuta la dottrina processuale, può identificarsi la giurisdizione nella interpretazione e nella applicazione del diritto. In questa definizione, peraltro sufficientemente semplice ed elementare restano compresi gli aspetti vari della giurisdizione, e cioè a) la facoltà di decisione (*notio*); b) la facoltà di coercizione (*imperium*); c) la facoltà di documentazione; e si colloca perfino la cosiddetta giurisdizione volontaria di così discussa natura». Per una accezione evolutiva v. G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013, 43, la quale evidenzia che il giusto processo è stato inteso come principio di sistema, ancor prima della legge costituzionale n. 2 del 1999 e come il giudice costituzionale abbia potuto osservare che con il giusto processo «si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» e che esso «comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio» (cfr. Corte Cost., 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, 1139).

Ne consegue che il sindacato cassatorio è limitato all'accertamento dello sconfinamento del Giudice amministrativo dai limiti esterni della giurisdizione¹⁰⁸.

I limiti esterni sono propriamente quelli che segnano il confine della giurisdizione italiana ovvero della giurisdizione in generale rispetto agli altri poteri dello Stato; per converso, i limiti interni sono quelli che delimitano il confine tra le diverse giurisdizioni¹⁰⁹.

I limiti esterni costituiscono ostacoli all'esercizio della funzione giurisdizionale, mentre i limiti interni concernono i rapporti e le ripartizioni del potere giurisdizionale tra più giudici tutti appartenenti all'ordine giudiziario, che delimitano l'ambito oggettivo della giurisdizione, i confini, cioè, entro i quali i giudici possono esercitare la funzione giurisdizionale¹¹⁰.

Quindi, con le locuzioni «motivi inerenti alla giurisdizione» o «motivi attinenti alla giurisdizione», a prescindere dalle innumerevoli classificazioni dottrinarie o giurisprudenziali¹¹¹, si dovrebbe intendere esclusivamente lo

¹⁰⁸ Secondo una parte della dottrina, il difetto della *potestas iudicandi* in sede di regolamento di giurisdizione coinciderebbe con il difetto assoluto di giurisdizione sollevato con ricorso avverso la decisione del Consiglio di Stato, sulla base del *petitum* sostanziale, in quanto non solo successivamente, ma anche preventivamente, alla luce della consistenza della situazione giuridica dedotta e della domanda della parte, sarebbe possibile verificare se la decisione abbia invaso il campo spettante ad altro potere o l'istanza della parte implichi tale invasione. Così G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 129. Nello stesso senso, S. OGGIANU, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 83, secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione «si pone come alternativo al regolamento di giurisdizione», costituendo «ragioni di inammissibilità del ricorso sia la circostanza che la Suprema Corte abbia già deciso sulla questione di giurisdizione in sede di regolamento preventivo, sia quella che la questione sia stata già decisa dai giudici di merito con sentenza passata in giudicato»; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 246, secondo cui «la verifica in ordine alla politicità o meno di un atto e l'indagine diretta ad individuare la sfera insindacabile del merito amministrativo attengono alla giurisdizione; pertanto, possono essere compiute dalla Corte di cassazione in sede di regolamento preventivo». La coincidenza tra regolamento e ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. risulta anche dalla circostanza che, in tale ultima sede, le Sezioni Unite possono dichiarare che la pretesa non è tutelabile; che è stato impugnato un atto insindacabile; che le censure dedotte in sede di giurisdizione generale di legittimità concernono profili inerenti al merito amministrativo.

¹⁰⁹ Così P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, 53 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1952, 131 ss.

¹¹⁰ V. L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I, *Principi generali. Rito ordinario di cognizione*, tomo I, Padova, 2001, 54.

¹¹¹ Così, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., 23 settembre 2022, n. 27904, secondo cui il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., e dell'art. 362 c.p.c. e art. 110 c.p.a., è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ed è, quindi, esperibile solo nel caso in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale, ovvero qualora abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione; Cass. civ., Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25503, con cui la Suprema Corte ha affermato che: «Non vi è spazio, nel presente giudizio, per valutare l'eccesso di potere giurisdizionale in termini nuovi e diversi da quelli posti a fondamento del rinvio pregiudiziale secondo le direttrici della giurisprudenza di legittimità successiva all'arresto costituzionale del 2018, senza possibilità di riproporre, come vorrebbe la ricorrente (anche nella seconda memoria), una nozione di eccesso di potere come denegata giustizia conseguente al radicale stravolgimento delle norme di riferimento, nazionali o unionali?»; Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2022, n. 11544, per la quale il

sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione amministrativa ovvero il difetto assoluto di giurisdizione, giacché anche il difetto relativo dovrebbe rientrare nei limiti interni.

Il difetto assoluto di giurisdizione presuppone il difetto di azione¹¹² ed implica l'inesistenza del diritto¹¹³.

Ne risultano esclusi gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando*¹¹⁴, che presuppongono l'azione, nonché la delibazione della posizione giuridica

ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 362 c.p.c. e art. 110 cod. proc. amm., si riferisce alle sole ipotesi di: (a) difetto assoluto di giurisdizione, che ricorre quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); (b) difetto relativo di giurisdizione, che ricorre quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (violazione dei limiti esterni della giurisdizione); Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2022, n. 11456 e 18 gennaio 2022, n. 1454, con nota di F. LORENZETTI, *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Il processo*, 2022, 155 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2022, n. 1230, nella quale si osserva che l'eccesso di potere denunciabile con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (che si verifica quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale) o di difetto relativo di giurisdizione (riscontrabile quando detto giudice abbia violato i limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici); e poiché la nozione di eccesso di potere giurisdizionale non ammette letture estensive, neanche limitatamente ai casi di sentenze abnormi, anomale ovvero caratterizzate da uno stravolgimento radicale delle norme di riferimento, il relativo vizio non è configurabile in relazione a denunciate violazioni di legge sostanziale o processuale riguardanti il modo di esercizio della giurisdizione speciale.

¹¹² V. F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 361, il quale osservava che siccome «l'interesse semplice altro non è che la negazione del diritto subiettivo, in quanto difetta del riconoscimento per parte del diritto obbiettivo e della protezione mediante azione dinanzi ad un giudice, così la giurisdizione non si esplica su di esso, non per difetto di competenza, ma per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da far valere». Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, vol. I, 164, il quale aggiunge che «l'esperienza dimostra come nella pratica l'indissolubile collegamento tra giurisdizione e ordinamento giuridico venga sentito attraverso la denuncia del difetto di giurisdizione, così che questo viene a identificarsi col difetto di azione».

¹¹³ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, 169, con riguardo ai conflitti di attribuzione tra giudice ordinario e amministrazione, secondo l'esimio Studioso «[...] parlare di conflitti a proposito di questi contrasti era giustificato solo se si lasciava prevalere la visione ideologico-politica di un'amministrazione «separata» dall'apparato giudiziario e pari ordinata nella sua complessa organizzazione rispetto a questo. Giuridicamente, il conflitto era un assurdo, perché, come in ogni altra controversia, nelle controversie contro la pubblica amministrazione spetta al giudice (in quel caso, al giudice ordinario) stabilire se vi è pretesa tutelabile oppure no, e nei casi in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché «competente» sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere».

¹¹⁴ La distinzione tra i due tipi di errori si deve a P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1919, 285 ss.; Id., *La Cassazione civile*, II, cit., 245, 278. In senso critico, E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Napoli, 1960, 56, secondo cui «il culto di quelle categorie e della problematica che le concerne dev'essere svalutato». Così, sin dagli anni '60, v. Cass. civ., Sez. Un., 17 novembre 1966, n. 2774,

soggettiva fatta valere in giudizio (se trattasi di interesse legittimo o interesse semplice), che non è questione di giurisdizione in senso tecnico, ma questione di merito rimessa alla giurisdizione amministrativa, dacché implica la conformazione dell'interesse legittimo nel caso concreto, come si avrà modo di approfondire nel capitolo terzo.

In linea di massima, se il Consiglio di Stato nell'ambito del sindacato di legittimità annulla un provvedimento incorrendo in un errore *in procedendo* o *in iudicando*, è inammissibile il ricorso per cassazione per difetto assoluto di giurisdizione, giacché legittimamente il Supremo Collegio ha esercitato la propria giurisdizione seppur errando; per converso, se il Consiglio di Stato trascende i limiti del sindacato disponendo al di fuori della propria giurisdizione a prescindere da questioni ermeneutiche o applicative, è ammissibile il ricorso per cassazione.

Di fatto, quindi, spetta alle Sezioni Unite in ultima istanza precisare che cosa sia o che cosa non sia "eccesso di potere giurisdizionale" e, da questo punto di vista, la perimetrazione dell'eccesso di potere giurisdizionale, come patologia della sentenza, può condizionare in senso restrittivo o estensivo il sindacato dell'eccesso di potere amministrativo, quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo.

1.7. *Il Concordato.*

Già i Presidenti Mariano D'Amelio e Santi Romano attenzionavano che, muovendo dall'assunto secondo cui le Sezioni Unite non potessero sindacare «direttamente» il provvedimento amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere, a maggior ragione avrebbe dovuto inferirsi che le medesime non potessero svolgere siffatto sindacato neppure «indirettamente» ovvero in sede di impugnativa delle decisioni del Consiglio di Stato.

Il timore che il controllo cassatorio sul discrimine tra la legittimità e il merito divenisse un controllo di legittimità di secondo grado ha indotto ad

in *Foro It.*, 1967, I, 1736. Sono considerati inammissibili, per contro, i ricorsi tendenti a censurare «de violazioni dipendenti da erronea e falsa applicazione di norme giuridiche, da vizio del processo logico della decisione, da manchevole valutazione delle prove e da inosservanza delle norme che regolano lo svolgimento del processo». Sul punto, Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2022, n. 37608, secondo cui: «Ciò premesso, osserva il Collegio, richiamando il proprio costante e più recente orientamento, che il sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ex art. 111 Cost., comma 8, ed art. 362 c.p.c., comma 1, concerne le sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per "invasione" o "sconfinamento" nella sfera riservata ad altro potere dello Stato ovvero per "arretramento" rispetto ad una materia che può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale, nonchè le ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando la Corte dei Conti o il Consiglio di Stato affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghino sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione. Il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non comprende, dunque, anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando, il cui accertamento rientra nell'ambito del sindacato afferente ai limiti interni della giurisdizione (tra le tante, v. Sez. Un., Ordinanza n. 11549 del 2022; Sez. Un., Ordinanza n. 14301 del 2022)».

accogliere nel celebre Concordato un'interpretazione "prudente" di difetto assoluto di giurisdizione.

Si conveniva, infatti, che «sussiste il difetto assoluto di giurisdizione non soltanto quando la materia non rientri affatto nella giurisdizione dell'organo, ma altresì quando questo, nell'indagine sulla legittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo, sia andato oltre i limiti consentiti alla sua potestà giurisdizionale», ossia, abbia valutato il merito e non la sola legittimità del provvedimento impugnato¹¹⁵.

Si aggiungeva che «le Sezioni Unite hanno avuto spesso occasione di decidere circa i limiti del controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato e particolarmente circa i limiti dell'indagine da questo compiuta nei singoli casi ai fini di dichiarare la nullità di un atto o di un provvedimento amministrativo per eccesso di potere» e che può «talvolta presentarsi dubbio se l'indagine compiuta a proposito di un determinato atto sia rimasta nell'ambito del giudizio di legittimità o sia entrata in quello del giudizio di merito», nonostante non sussista alcun «dubbio che tale giudizio di legittimità è fondamentalmente diverso da quello di merito e non può trasformarsi in tale, perché, per definizione stessa, il giudizio di merito rimane escluso da quello di legittimità».

Il confine è, dunque, di difficile individuazione, ma errerebbe chi ritenesse di «ravvisare nelle Sezioni Unite un qualsiasi accenno a tendenza limitatrice del vasto campo del controllo di legittimità del Consiglio di Stato», dovendosi affermare con chiarezza «la vastità di tale controllo e la necessità di questo in relazione all'aumento sempre crescente dei poteri discrezionali dell'amministrazione, che esige un correlativo funzionamento dei freni e dei limiti di tali poteri, nell'interesse medesimo degli enti pubblici»¹¹⁶.

Adesiva è stata la giurisprudenza, secondo la quale si ha eccesso di potere «quando il giudice abbia fatto uso di potestà riservata ad organi legislativi o amministrativi, o non consentita ad alcun pubblico potere»¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929, I, 181. In argomento, v. A. JANNARELLI, *Della impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato davanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro Amm.*, 1937, II, 25, secondo cui la «parola decisiva è stata pronunciata dai Presidenti dei due Supremi Collegi nel celebre articolo». In seguito, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, 242 ss., osserva come il Concordato abbia conservato le Sezioni Unite non solo come arbitro delle questioni di giurisdizione, ma anche come arbitro dell'estensione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo in ordine al sindacato sulla discrezionalità amministrativa. Per il rilievo del Concordato, v. anche E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it.

¹¹⁶ V. U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, cit., 341 s., per il quale «data la prossimità di certi aspetti del vizio d'eccesso di potere al vizio di merito e la delicatezza della distinzione fra quelli e questo, si è temuto che venisse delineandosi un controllo dell'autorità giudiziaria sul modo d'esercizio del sindacato di legittimità, ma a calmare l'allarme [è intervenuto, n.d.r.] il già ricordato scritto dei Presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato». Nello stesso senso, M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1686 ss.

¹¹⁷ Così, Cass. civ., Sez. Un., 15 dicembre 1935, *ivi*, 1935, I, 1, 140; Cass. civ., Sez. Un., 15 maggio 1934, in *Giur. It.*, 1934, I, 1, 1297; Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 1931, in *Giur. It.*,

Per converso, perplessa è rimasta una parte della dottrina amministrativistica, che ha insistito nel coltivare un'accezione ampia di eccesso di potere¹¹⁸.

1.8. *L'art. 111, comma ottavo della Costituzione e l'esegesi.*

La codificazione costituzionale dell'art. 111, comma terzo (poi divenuto comma ottavo) della Costituzione ha chiarito, sul piano istituzionale, il rapporto tra le supreme magistrature speciali e le Sezioni Unite, confermando l'assetto prevalente¹¹⁹.

1932, I, 1, 10, con nota di L. MORTARA, *Un contrasto tra il consiglio di Stato e la corte di cassazione felicemente eliminato*.

¹¹⁸ Particolarmente critiche le posizioni di F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. Dir.*, 1961, IX, 320 s., secondo cui il Consiglio di Stato che «eserciti poteri processuali non consentiti dalla giurisdizione attribuitagli (ad es., che ammetta prove testimoniali in sede di giurisdizione di legittimità) non commette esclusivamente un vizio di violazione di legge, ma eccede dai poteri giurisdizionali conferitigli»; pertanto, «l'uso non consentito dei poteri processuali attinenti alla giurisdizione» costituirebbe motivo di sindacato *ex art. 111 Cost.*; e di C. LAVAGNA, *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.*, 1951, II, 1, 142, secondo cui la decisione del Consiglio di Stato che ritenesse ammissibile ed accogliesse un'istanza di revocazione al di fuori dei casi stabiliti, «non integra una semplice violazione di legge, ma costituisce un vero e proprio eccesso di giurisdizione: un esercizio del potere giurisdizionale speciale, anzi specialissimo (revocatorio), del Consiglio di Stato in casi non contemplati dall'ordinamento».

¹¹⁹ V. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2004, 3032, secondo cui «Tuttavia il testo costituzionale contempla anche alcuni principi innovativi dell'antico sistema; segnatamente su due punti. Anzitutto, quello che possiamo denominare il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, principio che emerge dall'art. 24, laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento; e nell'art. 113, comma 2, laddove si stabilisce che questa tutela non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, secondo quanto, viceversa, veniva praticato nell'antecedente legislazione. Il secondo punto di innovazione è dato dall'affermazione del principio di cui all'art. 113, ult. comma, che il legislatore possa determinare quali organi di giurisdizione abbiano il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, superando in ciò l'antico divieto di cui all'art. 4 della legge del 1865». Sul punto, v. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 495 s., a giudizio del quale, seppure la Costituzione abbia edulcorato la rigidità del principio di separazione dei poteri; tuttavia, essa non ha introdotto «novità sostanziali in materia di conflitti. Infatti, per i conflitti di giurisdizione, la Costituzione ha confermato espressamente le regole che ne attribuiscono la soluzione alla Cassazione»; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 60, secondo cui la Costituzione non fa che confermare la Corte di Cassazione come giudice dei conflitti di giurisdizione; A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. Giur.*, 2006, 1041 ss., secondo cui «la nozione di 'motivi inerenti alla giurisdizione', su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali»; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss., secondo cui «l'idea dei Costituenti era che la Corte di cassazione fosse il giudice regolatore dei conflitti tra giudici di diverso ordine ed il

In generale, in ordine alla valorizzazione delle innovazioni introdotte dalla Costituzione si può affermare che «vi è un'unica magistratura; essa è composta di magistrati che esercitano forme differenziate di attività giurisdizionale; tutti i magistrati esercitano la funzione giurisdizionale nelle medesime condizioni di indipendenza, tranne quelli delle giurisdizioni speciali vere proprie, diversi dai giudici citati nell'art. 103, collocati in posizione marginale nel sistema, esercitanti funzioni giurisdizionali "atipiche", ancorché comparabili a quelle dei giudici ordinari, e pertanto assistiti da garanzie di indipendenza assimilabili, ma non necessariamente identiche, a quelle di questi ultimi»¹²⁰.

Ne consegue che «sono "ordinari" tutti i giudici civili e penali, nonché quelli menzionati nell'art. 103 Cost., mentre restano nella categoria dei giudici "speciali" quegli organi esercitanti funzioni della stessa natura, ma non integrati nel sistema giurisdizionale in senso stretto e per i quali l'art. 108, 2° comma, prescrive la predisposizione di apposite garanzie di indipendenza»¹²¹.

Ciò che accomuna i giudici, seppur non tutti qualificabili formalmente come ordinari, è la funzione giurisdizionale, che è unitaria.

Orbene, mentre le sentenze dei giudici speciali quali il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense sono impugnabili in sede cassatoria per violazione di legge sostanziale e processuale, le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono ricorribili in punto di giurisdizione.

Alle Sezioni Unite risulta confermata la cognizione dei vizi delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in materia di giurisdizione, oltre che per ragioni di continuità con la tradizione, in quanto, dalla prospettiva della Corte di Cassazione, «il giudizio sui limiti della giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa è giudizio sui limiti dei diritti soggettivi e dunque la sua attribuzione alla stessa giurisdizione ordinaria corrisponde al sistema»¹²².

presupposto era quello dell'autonomia delle varie giurisdizioni, tale che le reciproche sfere di attribuzioni fossero impermeabili tra di loro».

¹²⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 35-36.

¹²¹ In tema, v. V. BACHELET, *op. cit.*, 24. Si afferma che «questi principi possono così sintetizzarsi, in una prima approssimazione: il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa sono veri giudici che svolgono un'attività giurisdizionale a tutela degli interessi dei cittadini; è caduta ogni possibilità di fondare la giustificazione di determinati istituti (o di determinate interpretazioni) sul rigido sistema della assoluta separazione dei poteri, che deve ritenersi superato nel vigente ordinamento; la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo è sostanzialmente e formalmente identica a quella del giudice ordinario e si distingue dalle funzioni di amministrazione attiva e di consulenza o di controllo come una sentenza si distingue da un provvedimento, o da un parere, o da un visto». A ciò si aggiunge il rafforzamento delle garanzie di imparzialità e di indipendenza del giudice amministrativo e la possibilità di avvicinare, soprattutto sotto il profilo della natura, gli interessi legittimi ai diritti soggettivi. Insomma, l'intero sistema di giustizia amministrativa modellato dalle norme costituzionali può essere valorizzato per assicurare una intensa tutela del cittadino, con garanzie giurisdizionali, al punto da ammettere l'equivalenza funzionale del giudice amministrativo con quello ordinario.

¹²² Così E. CANNADA BARTOLI, *voce Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 295 ss.

Sullo sfondo del dibattito sulla natura e sulla portata del sindacato sulla giurisdizione, al fine di cogliere appieno il disposto costituzionale, occorre risalire al confronto tenutosi in Assemblea Costituente tra monismo e dualismo giurisdizionale¹²³.

In generale, il dualismo caratterizza la maggior parte degli ordinamenti continentali: il sistema pubblicistico risulta più garantista di quello privatistico per il regime di invalidità dell'atto amministrativo, per il primato della tutela specifica e per la soggezione dei poteri amministrativi ai vincoli del diritto pubblico e del suo giudice naturale¹²⁴.

Orbene, mentre l'On. Calamandrei propugnava l'unità organica della giurisdizione raggiunta per il tramite della soppressione delle magistrature speciali¹²⁵, l'On. Mortati sosteneva il pluralismo giurisdizionale con la sottrazione alla Cassazione della competenza a dirimere i conflitti e l'attribuzione della medesima ad un organo istituzionalmente terzo ed esterno alle giurisdizioni¹²⁶.

¹²³ Con riguardo ai lavori dell'Assemblea Costituente sulla giustizia amministrativa, ed in particolare sul problema della ricorribilità delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, v. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 453; F.G. COCA, *op. loc. ult. cit.*; D. NOCILLA, *La giustizia amministrativa all'Assemblea costituente*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 317 ss., part. 328 ss.

¹²⁴ Cfr. V.E. ORLANDO, F. CRISPI, 1923, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 405. Orlando, seppur in un primo momento estimatore della legge abolitiva del contenzioso, si ravvide: «Se mi si domandasse quale sia per me la legge più liberale che l'Italia si sia data dal 1848 ad oggi, non esiterei a citare, almeno pel suo spirito, la legge del 1889, che istituì il controllo contenzioso degli atti dell'autorità, in difesa degli interessi individuali ingiustamente offesi».

¹²⁵ Cfr. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 112-113, ove l'Autore evidenzia che il progetto Calamandrei, infatti, «diviso in tre parti, rispettivamente dedicate ai principi generali, alla unicità della giurisdizione e al tema dell'autogoverno, si distingueva, oltre che per la sistematicità, anche per il tentativo di introdurre serie riforme, [...]. Oltre alla sottoposizione della pubblica amministrazione ai giudici ordinari, e alla previsione della statualità delle funzioni giurisdizionali, con i corollari del ridimensionamento della competenza degli organi giudiziari e del carattere pubblico dell'azione penale, rilevante era la proposta di creare il Commissario della giustizia, a fianco di un Consiglio superiore togato, quale istituto di collegamento con gli altri poteri».

¹²⁶ Cfr. V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata da note di riferimenti*, Milano, 1976, 357 s. V. C. MORTATI, *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1949, I, 230. Cfr. F. RIGANO, *op. cit.*, 121 che evoca Mortati sull'opportunità, per questo tipo di giudizi, di «una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per l'interpretazione di certe disposizioni di legge, per cui il giudice ordinario non appare sufficientemente preparato». Egli, opponendosi alla proposta di rendere ricorribili per violazione di legge le decisioni di tutte le giurisdizioni speciali, affermava che «se la ragion d'essere delle giurisdizioni speciali sta nel presupposto che ci sia un giudice più idoneo di quello ordinario ad interpretare la legge regolativa di certi rapporti, l'esigenza del rispetto di questo presupposto porta ad escludere per tutte le giurisdizioni speciali - e non solo per alcune - il sindacato da parte della Cassazione. Ribadisco [...] che [...] tutte le volte che si sia in presenza d'una giurisdizione speciale, il sindacato della Cassazione si debba limitare soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione»; nello stesso senso, l'On. Rossi affermava che «contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti si può ricorrere soltanto per eccesso di potere [...]. Questa garanzia è stata introdotta, senza che sia violata la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, perché è stabilito che il ricorso è ammesso soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione». Una diversa scelta «contrasterebbe non solo con la tradizione, ma con la logica stessa che presiede alla costituzione di giurisdizioni speciali. Infatti, il criterio, la ragion d'essere,

All'esito del confronto si è optato per un sistema tendenzialmente dualistico, articolato ai sensi dell'art. 113 Cost. tra giudice ordinario e giudice amministrativo e fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo o, più propriamente, tra rapporti giusprivatistici e rapporti giuspubblicistici.

Si è convenuta, però, una soluzione di compromesso, un dualismo moderato compendiato nel combinato disposto degli artt. 102 e 103 della Costituzione¹²⁷.

L'On. Leone ha giustificato la scelta sulla base della specialità del giudice amministrativo, in quanto l'impugnabilità per violazione di legge avanti alle Sezioni Unite indirettamente avrebbe interessato anche il merito amministrativo, precluso al giudice ordinario¹²⁸.

Criticamente Andrioli ha osservato che le materie, oggetto di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, sarebbero state sottratte al controllo di legittimità della Suprema Corte.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha sancito che «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte

il significato della creazione di giurisdizioni speciali sta proprio in questo: nel ritenere, cioè, che il giudice ordinario non abbia quella preparazione, quella *forma mentis*, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati [...]. Questa la ragione per cui si crea il Consiglio di Stato, ritenendosi appunto che per certe controversie che vertono fra l'amministrazione e gli impiegati, il giudice ordinario sia meno idoneo ad interpretare le leggi che si riferiscono a questi rapporti. Quindi, se questa è la ragione della creazione di giurisdizioni speciali, a me pare che non possa essere ammesso il sindacato sull'interpretazione delle leggi data da tali giurisdizioni da parte della Cassazione, che è un organo della giurisdizione ordinaria. Insomma, mi pare che creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione; e che, pertanto, occorra porre nella Costituzione un'affermazione esplicita che escluda tale eventualità».

¹²⁷ Così S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 95, che rileva come «il monismo latente ha contribuito ad indirizzare il sistema dualistico verso un progressivo e complessivo innalzamento dei livelli di tutela giurisdizionale assicurati alle pretese dei cittadini aventi ad oggetto il corretto esercizio dei poteri amministrativi».

¹²⁸ L'On. Leone (A.C., p. 2567), dopo aver rilevato che per il Consiglio di Stato e per la Corte dei conti il problema non si poneva, ha osservato che rimaneva da decidere circa i tribunali militari, in particolare sull'opportunità «se convenga mantenere nel Tribunale supremo militare l'unico organo giurisdizionale supremo dei vari tribunali militari». La nuova formulazione concordata, presentata a nome della Commissione, ha tenuto conto dei vari emendamenti. Nella relazione si precisava «che la Commissione, quanto alla cassabilità delle decisioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Tribunale supremo militare, aderiva alla tesi dell'on. Leone (ricorribilità, per i primi due organi, limitatamente al difetto di giurisdizione; anche per violazione di legge per il terzo) e non a quella dell'on. Mortati». L'On. Leone precisava al riguardo che «per il Consiglio di Stato e giurisdizioni periferiche che vi sono connesse, e per la Corte dei conti, è chiaro che non si può stabilire la impugnabilità in Cassazione per violazione di legge, ma che soltanto debba mantenersi il principio vigente della impugnabilità per difetto di giurisdizione o di competenza. Perché la stessa ragion d'essere di questa giurisdizione, lo stesso motivo che ci ha indotti, deflettendo dal principio della unità della giurisdizione dal quale siamo mossi, a mantenere questa giurisdizione, deve valere per limitare il ricorso in Cassazione ai soli casi di difetto di giurisdizione. La ragione è che queste giurisdizioni incidono con la loro attività nell'atto amministrativo; sicché c'è maggiore aderenza tra queste giurisdizioni e gli atti del potere amministrativo, donde la conseguenza che anche il motivo di violazione di legge è motivo che si radica sull'essenza, sulla finalità, sul motivo di opportunità, che ispirano l'atto amministrativo».

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»¹²⁹.

In conclusione, da un lato, permanevano le magistrature speciali precostituzionali con un trattamento privilegiato riservato a Consiglio di Stato, Corte dei conti e tribunali militari in prospettiva di una unità funzionale della giurisdizione come principio tendenziale da temperare con l'esigenza di specializzazione¹³⁰; dall'altro, si confermava alle Sezioni Unite la funzione

¹²⁹ Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2004, 1003, con nota di A. ANGELETTI, *A proposito della sentenza della Corte costituzionale sulla giurisdizione esclusiva*, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1903, con nota di F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*; *ibidem*, 1908, con nota di C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro It.*, 2004, I, 2593 ss., con note di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*; e F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 969 ss., con nota di M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 834, con nota di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*. Al riguardo, la giurisprudenza, anche risalente, ha avuto modo di affermare che l'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva può integrare la violazione del principio della giurisdizione unica sui diritti in capo al giudice ordinario (Cass. civ., Sez. Un., 17 luglio 1973, n. 2078). Similmente, in dottrina, v. P. SANDULLI, *L'analisi «critica» della Corte costituzionale sulla giurisdizione per materia*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2236, secondo cui l'art. 111 Cost. permetterebbe, anzi imporrebbe, di affermare che «è possibile il sindacato della Corte di cassazione, anche nel merito, tutte le volte in cui il giudice amministrativo [...] sia munito di giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi»; A. CARRATA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 27 ss., che osserva che la limitazione dei motivi di ricorso in relazione ai diritti soggettivi pone un problema di compatibilità con il principio di uguaglianza; F. FORTE, *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, 191 ss., secondo cui dovrebbe ritenersi ammissibile il sindacato per violazione di legge sulle sentenze del Consiglio di Stato lesive di diritti soggettivi, aggiungendo che «una soluzione che, per le sentenze dei giudici amministrativi, precludesse il rilievo del giudicato sulla giurisdizione perché non inerente a quest'ultima, potrebbe dar luogo ad una possibile violazione dell'art. 3 cost., almeno in rapporto alle decisioni di detti giudici speciali relative anche ai diritti»; E. 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, 517, secondo cui l'art. 111, comma 7 Cost., in tema di ricorso straordinario per cassazione dovrebbe applicarsi alle decisioni del Consiglio di Stato in tema di diritti soggettivi, che, in tale ambito, costituirebbe unagiurisdizione speciale ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. Una tesi confutata dalla inequivocità del comma ottavo, che, quando si riferisce al Consiglio di Stato, non opera distinzione alcuna e che, con riguardo alle decisioni della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa, risulterebbe abrogato perché si controverte in materia di diritti soggettivi.

¹³⁰ In tal senso, G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 645, il quale osserva che non si tratta più di «giudici speciali, ma giudici la cui specializzazione si riflette nella particolare organizzazione delle rispettive magistrature. Quindi, mentre la funzione giurisdizionale è oggettivamente unitaria od unica, l'ordine dei giudici ammette una pluralità di magistrature, sia pure intorno al corpo centrale dell'ordinamento giudiziario formato dalla magistratura ordinaria». Donde «né il consiglio di stato con i tribunali regionali, né la corte dei conti, né i tribunali militari si reggono su ordini autonomi e indipendenti, e l'indipendenza dei relativi giudici, la quale pure deve esservi per la funzione esercitata, è garantita dalla costituzione solo con riguardo alla funzione, e non allo status dei magistrati, a cui deve provvedere il legislatore ordinario». Cfr., ancora, G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 646, secondo cui «se si vuole quindi ricondurre la pluralità dei giudici all'unità normativa e funzionale della giustizia, occorre guardare alla funzione e puntare su di una attenuazione degli effetti delle diverse derivazioni, ottenuta appunto

regolatoria della giurisdizione, assegnando di fatto una posizione dominante alla suprema magistratura ordinaria di legittimità¹³¹.

Gli ultimi due commi dell'art. 111 Cost. evidenziano nettamente il compromesso.

Alla Cassazione è attribuita non solo la funzione di nomofiliachia con riguardo a tutte le giurisdizioni, ordinarie e speciali, eccettuate quelle amministrativa e contabile per le quali tale funzione risulta affidata alle rispettive supreme magistrature, ma pure l'ulteriore competenza a dirimere gli eventuali conflitti di giurisdizione sotto la veste di motivi inerenti alla giurisdizione.

Donde l'anelito della Suprema Corte, carsicamente coltivato negli anni e recentemente emerso, alla qualificazione di giudice sovraordinato a tutte le magistrature, non solo dal punto di vista funzionale ma addirittura organico.

1.9. *Il difetto assoluto di giurisdizione e il diniego di giurisdizione.*

Approfondendo l'esegesi della locuzione «motivi inerenti alla giurisdizione»¹³², in difetto di un dato normativo definitorio o per lo meno descrittivo, al fine di sostanziare il vizio, occorre rimettersi alla dottrina processuale amministrativistica e alla giurisprudenza costituzionale e cassatoria.

Tradizionalmente, il difetto assoluto di giurisdizione¹³³ risulta integrato, in positivo, in caso di invasione da parte del potere giudiziario nella sfera di

mediante l'accentuazione dell'imparzialità di giudizio, assicurata mediante l'applicazione di comuni regole essenziali ai processi condotti nell'ambito delle rispettive competenze giurisdizionali». Quali l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, la ricorribilità in Cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale, la funzione regolatrice della Corte di Cassazione in ordine al riparto della giurisdizione, la generalizzazione della tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione per i diritti soggettivi e per gli interessi legittimi, dinanzi al giudice ordinario e a quello amministrativo.

¹³¹ In argomento, cfr. M. D'AMICO - I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC* 2014; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano 2005, 33 ss.; G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 715 ss.; Id., *La funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 681 ss.; Id., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

¹³² Dopo la Costituzione, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ha rinnovato la proponibilità del ricorso in Cassazione «per motivi inerenti alla giurisdizione», con formula ripresa anche dal d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 in relazione all'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa. Infine, la medesima locuzione è stata adottata dagli artt. 91 e 110 del Codice del processo amministrativo.

¹³³ Cfr. S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, secondo cui «L'art. 111 cost. ha reso la fattispecie di una vivissima attualità. Com'è noto, a proposito di questo articolo, la Cassazione ha ritenuto che un provvedimento deve essere qualificato sentenza quando esso incide su diritti soggettivi, e non sia dato alcun rimedio processuale contro di esso. Queste parole esprimono, in modo apparentemente più semplice di quel che non faccia la teoria, il concetto di giurisdizione, e da esse comunque si ricava che è proprio l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto che bisogna ricercare nel provvedimento. Questa affermazione postula infatti, come abbiamo visto, una posizione soggettiva (di diritto) e una posizione oggettiva (la res litigiosa) che si riassumono nel «caso concreto»»; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, 1 ss. È nota la definizione che l'illustre Autore

competenza del potere legislativo o del potere esecutivo, nonché in caso di ingerenza nel merito amministrativo (sconfinamento del potere giudiziario), e, in negativo, in caso di diniego di giurisdizione (arretramento del potere giudiziario).

La Corte Costituzionale, similmente al legislatore, alla dottrina maggioritaria e alla giurisprudenza prevalente, evoca indifferentemente l'«eccesso di potere giurisdizionale», quale invasione delle prerogative riservate al legislatore e alla pubblica amministrazione, e il «difetto assoluto di giurisdizione», quale radicale assenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela giurisdizionale.

Eccesso di potere, abuso di potere o abnormità di potere sono formule che, in relazione all'attività giurisdizionale vincolata nell'*an* e nel *quid*, evocano di per sé incertezza ed esulano dal «difetto assoluto di giurisdizione».

Sul piano tecnico, la locuzione «eccesso di potere giurisdizionale», diversamente dalla locuzione «difetto assoluto di giurisdizione»¹³⁴, non è una categoria di matrice prettamente normativa, ma di origine dottrinale e giurisprudenziale, assoggettata nel tempo a plurime sottoclassificazioni, che hanno favorito abusi e vanificato ogni tentativo di razionalizzazione¹³⁵.

Si argomenta da parte di autorevole dottrina che il vizio enucleato nella locuzione «difetto assoluto di giurisdizione», di cui all'art. 48 del Testo Unico Consiglio di Stato Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054, seppur non espressamente abrogato dal legislatore codicistico, sarebbe stato abrogato tacitamente dalla successiva locuzione «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»,

dà della giurisdizione, come «la funzione dello Stato che ha per iscopo l'attuazione della volontà concreta della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici alla attività di privati o di altri organi pubblici, sia nell'affermare l'esistenza della volontà della legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto».

¹³⁴ L'art. 6 della legge 7 marzo 1907 n. 62, confluito nel Testo Unico 17 agosto 1907 n. 638 (art. 40), e poi rinnovato all'art. 48 del Testo Unico Consiglio di Stato (Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054), ha stabilito che le decisioni pronunziate dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale «possono, agli effetti della legge 31 marzo 1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso in cassazione. Tale ricorso, tuttavia, è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato».

¹³⁵ A riguardo, v. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, v. 2018, n. 2 (2018), p. 635-691, in cui l'Autore, dopo aver osservato che «la vaghezza delle disposizioni processuali [ha] agevolato, nel corso dei successivi decenni, la formazione di una serie di crittotipi, volti a identificare i singoli vizi-motivi delle sentenze suscettibili di impugnativa innanzi alla Cassazione», annovera tra i crittotipi, oltre ai due già segnalati, il difetto relativo di giurisdizione (per erronea devoluzione al giudice amministrativo di questioni inerenti a diritti soggettivi, riservate al giudice ordinario), l'irregolare composizione dell'organo giudicante, l'aprioristico rifiuto di giurisdizione (derivante dall'erronea affermazione della mancanza di rimedi giuridici a tutela delle parti, anche sulla base delle tutele assicurate dal diritto europeo), l'abusivo esercizio di poteri sostitutivi nell'ambito della giurisdizione di ottemperanza. L'Autore afferma però che possano rientrare tra i «soli motivi inerenti alla giurisdizione» soltanto il difetto assoluto e relativo di giurisdizione e l'eccesso di potere giurisdizionale: ciò al fine di non trasformare tale clausola «in una sorta di illecito atipico della sentenza del Consiglio di Stato, avente un carattere residuale rispetto alla violazione di legge». Conclude nel senso della necessità, a Costituzione invariata, di «novellare l'art. 110 c.p.a. attraverso l'indicazione dei vizi-motivi inerenti alla giurisdizione: una via incrementale di riforma del sistema, a vantaggio di parti, avvocati e giudici».

di cui all'art. 111, comma 3 (poi comma 8) della Costituzione e all'art. 110 del Codice del processo amministrativo¹³⁶.

Contraddittoriamente, pur concludendo per l'equivalenza sostanziale delle locuzioni, dal punto di vista concettuale, si postula il superamento o, addirittura, il travolgimento della prima locuzione rispetto alla seconda: l'implicazione sottesa alla inferenza è l'incompatibilità tra le due locuzioni.

La fallacia, nella quale incorre la tesi ivi aversata, è la falsa disgiunzione.

In realtà, non intercorre alcuna relazione di incompatibilità, bensì un rapporto di alternatività includente e non escludente, in particolare un rapporto di continenza di genere a specie: il «difetto assoluto di giurisdizione» è enucleato nei «soli motivi inerenti alla giurisdizione» e, dunque, non può essere stato tacitamente abrogato né dalla Costituzione né dal Codice.

L'ampiezza della locuzione costituzionale può giustificarsi in forza della funzione del testo costituzionale strumentale a circoscrivere i rapporti tra le supreme magistrature su un piano strettamente istituzionale, senza addentrarsi in tecnicismi demandati al legislatore.

Quest'ultimo, al di là della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 (cd. Legge Tar), in sede codicistica contestualmente ha operato una doppia scelta: all'art. 110 c.p.a. ha mutuato la locuzione costituzionale escludendo il vizio di violazione di legge, e all'art. 4, comma 1 all. n. 4 c.p.a. ha abrogato il Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054 limitatamente agli articoli ivi indicati, da cui risulta espressamente escluso l'art. 48¹³⁷, probabilmente per ragioni storico-culturali.

Dunque, dal combinato disposto degli artt. 110, 48 e 4, comma 1 all. n. 4 c.p.a., attualmente vigenti, si può convenire per esclusione che il vizio deducibile in sede cassatoria non può essere una “violazione di legge”, che sia mera o qualificata, processuale o sostanziale, nazionale o sovranazionale, normativa o giurisprudenziale.

Nella dottrina amministrativistica, generalmente, si annoverano fattispecie di difetto assoluto e fattispecie di difetto relativo¹³⁸.

¹³⁶ V. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *www.sipotra.it*, 2017, 1, spec. 12 ss.

¹³⁷ L'art. 4 c. 1, all. n. 4, contenente le norme di coordinamento e abrogazione del Codice del Processo Amministrativo decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, abroga una serie di articoli, omettendo l'art. 48 con la seguente espressione “sono abrogati, tra gli altri, gli artt. da 34 a 47 e da 49 a 56 compresi”.

¹³⁸ In generale, AA.VV., *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di cass. sez. un. n. 19598/2020*, (a cura di) A. CARRATTA, Roma, 2021; G. AZZARITI, *I limiti della giurisdizione nel nuovo codice di procedura*, in *Foro it.*, 1941, 66, 33 ss.; A. BERLATI, “*Limiti esterni*” della giurisdizione amministrativa e ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. Civ.*, 1997, 241 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994; ID., *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979; E. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, 295 ss.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 643 ss.; M. 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 ss.; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2022; ID., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2014, 561 ss.; ID., *Le ragioni*

Le prime si configurano, allorché il giudice amministrativo o il giudice contabile abbiano affermato la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento della giurisdizione), ovvero, per converso, la abbiano negata sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare in alcun modo oggetto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento della giurisdizione).

Le seconde si ravvisano, allorquando il giudice amministrativo o il giudice contabile abbiano affermato la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la abbiano negata sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici.

In linea generale, quando la controversia sorge da un provvedimento che si assume illegittimo, l'Amministrazione presenta in giudizio in quanto ha esercitato il potere pubblico ed in questi casi si radica la giurisdizione amministrativa.

Problematica è l'individuazione della giurisdizione in presenza di un comportamento dell'Amministrazione, che, solo se riconducibile all'esercizio della funzione pubblica in via mediata, determina la giurisdizione amministrativa¹³⁹.

teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento, in Dir. Pubbl., 2019, 7223 ss.; ID., La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti, in Riv. giur. mezz., 2, 2019, p. 517 ss.; ID., Il giudice amministrativo come risorsa o come problema, in Questione giustizia, M.V. FERRONI, Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, Padova, 2005; C. FRANCHINI, L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc. amm., 2013, 557 ss.; ID. (a cura di), Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia, Torino, 2011; S. GATTAMELATA, Il ricorso in cassazione sulle sentenze del consiglio di stato, in Riv. dir. proc. amm., 2014, 1043 ss.; F. GAVERINI, Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione, in Foro amm. C.d.S., 1, 2007, 82 ss.; I.M. MARINO, Corte di Cassazione e giudici 'speciali' (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Costituzione, in Studi in onore di Vittorio Ottaviano, vol. II, Milano, 1993, 1383 ss.; C. MARZUOLI, A. Orsi Battaglini, Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?, in Dir. pubbl., 1997, 895 ss.; M. MAZZAMUTO, L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione, in Riv. dir. proc. amm., 2012, 1677 ss.; ID., Il riparto di giurisdizione. Apologia del giudice amministrativo e del suo giudice, Napoli, 2008; F. MODUGNO, Eccesso di potere giurisdizionale, in Enc. Giur. Treccani, 1981, 1 e 8; M. NIGRO, Giustizia amministrativa, Bologna, 1994; S. OGGIANU, Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica, Padova, 2011; F. OLLA, Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge, in Giust. civ., 6, 2008, 1548 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa, Milano, 2005; P. PATRITO, I « motivi inerenti alla giurisdizione » nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, Napoli, 2016; A. PROTO PISANI, Verso il superamento della giurisdizione amministrativa, in Foro it., 2001, 21 ss.; A. PANZAROLA, Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2018, 587 ss.; A. TRAVI, Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?, in Foro it., 2017, 983; ID., Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa", in Dir. Pubbl., 2006, 91 ss.; G. VERDE, La corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), in Riv. dir. proc. amm., 2013, 367; G. COCOZZA, Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice, 2017, 166 ss.; B. TONOLETTI, Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in Foro It., 1998, III, 1567 ss.; R. VILLATA, Sui motivi attinenti alla giurisdizione, in Riv. Dir. Proc., 2015, 632 ss.; I. ZINGALES, Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali, Milano, 2007, 204 ss.

¹³⁹ V. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

Premesso ciò, occorre precisare che in tutte le ipotesi di cosiddetto “eccesso di potere” deve emergere un superamento dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice speciale¹⁴⁰.

Posponendo ai capitoli successivi la disamina analitica delle fattispecie più significative, sin d’ora può osservarsi che la violazione dei limiti esterni di giurisdizione è stata ravvisata dalla giurisprudenza cassatoria, non senza critiche da parte della dottrina amministrativistica, in presenza delle seguenti ipotesi: contrasto con il diritto europeo, allorquando l’errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee non aderente a quella fornita dalla Corte di Giustizia esitando in un radicale stravolgimento delle norme europee così come interpretate dalla Corte¹⁴¹; negazione della tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l’illegittimità dell’atto debba essere stata precedentemente dichiarata in sede di annullamento¹⁴²; radicale stravolgimento delle norme del processo amministrativo, tale da implicare un evidente diniego di giustizia, e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell’interpretazione della legge¹⁴³; illegittima composizione dell’organo giudicante, qualora se ne denunciino alterazioni strutturali per numero o qualità dei membri, che ne

¹⁴⁰ In dottrina, v. in generale, sui limiti della giurisdizione, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 291 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.; A. BERLATTI, “Limiti esterni” della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, 587 ss. Gli Autori classici definivano limiti esterni quelli che segnano il confine della giurisdizione rispetto agli altri poteri dello Stato; limiti interni quelli che segnano il confine tra le diverse giurisdizioni. Più di recente, è stato affermato che i limiti esterni costituiscono ostacoli all’esercizio della funzione giurisdizionale e quelli interni sul presupposto della giurisdizione concernono i rapporti e le ripartizioni del potere giurisdizionale tra più giudici, che delimitano l’ambito oggettivo della giurisdizione, i confini, cioè, entro i quali i giudici possono esercitare la funzione giurisdizionale. Quanto al limite esterno, cfr. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, IV, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, 284 ss., spec. 294 ss. Per una specifica delimitazione dei limiti esterni, cfr. F. CHIRICO - A. POLICE, «I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il processo*, 2019, 1, 113 ss., che evidenziano come nessuna norma definisca in concreto in che cosa consistano tali limiti (121) e che la violazione dei limiti esterni può dar luogo a due ordini di vizi di giurisdizione: l’eccesso di potere giurisdizionale, riscontrabile quando il giudice speciale invada l’ambito riservato ad altro potere dello Stato o ad altro giudice, e il diniego di giurisdizione, integrabile qualora il giudice speciale rifiuti di esercitare il proprio potere di decidere nel merito la controversia, sull’assunto che lo stesso non spetti ad alcun giudice, ovvero spetti ad altro giudice. Gli Autori precisano, in tal senso, che in relazione ad entrambe le categorie di vizi, talvolta si preferisce l’espressione ‘difetto assoluto di giurisdizione’.

¹⁴¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, per la quale non integrano diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato gli errori in *procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell’Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione) tali da ridondare in denegata giustizia.

¹⁴² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

¹⁴³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24468.

precludano l'identificazione con quello delineato dalla legge, ma non nei casi di mera incompatibilità¹⁴⁴; decisione adottata dal Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza, qualora si ponga in discussione la possibilità stessa di farvi ricorso, ma non ove oggetto del ricorso sia il modo con cui il potere di ottemperanza è stato esercitato¹⁴⁵.

Per converso, non si è ravvisato affatto alcun “eccesso di potere giurisdizionale”, restando entro i limiti interni della giurisdizione, nella maggior parte delle declaratorie di inammissibilità¹⁴⁶.

Orbene, a prescindere dall'impostazione tradizionale, negli ultimi venti anni si è coagulato in seno alle Sezioni Unite un orientamento giurisprudenziale estensivo¹⁴⁷, che, in forza di una giurisdizione concepita (più che come potere)

¹⁴⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9099.

¹⁴⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 2014, n. 2289. In tema, v. Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2017, n. 8112; Cass. civ., Sez. Un., 28 febbraio 2017, n. 5058; Cass. civ., Sez. Un. 3 febbraio 2014, n. 2289; Cass. civ., Sez. Un., 24 aprile 2013, n. 1060; Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2012, n. 736; Cass. civ., Sez. Un., 19 novembre 2011, n. 23302.-

¹⁴⁶ A riguardo, non si è ravvisato eccesso di potere giurisdizionale nelle seguenti fattispecie: rilevata mancanza di una condizione dell'azione, quali la legittimazione e l'interesse ad agire (Cass. civ., Sez. Un., 4 ottobre 2019, n. 24858); vizi processuali relativi a violazioni dei principi costituzionali del giusto processo, trattandosi di *errores in procedendo* (Cass. civ., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10416); difetto di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9687); sospensione del processo, nell'attesa della soluzione di un incidente di costituzionalità sollevato dal medesimo organo giurisdizionale in un diverso processo (Cass. civ., Sez. Un., 16 aprile 2012, n. 5943); declaratoria di insussistenza del diritto soggettivo, in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del g.a. (Cass. civ., Sez. Un., 3 luglio 2012, n.11075); rigetto della domanda per avere il g.a. ritenuto non sussistere una giurisdizione esclusiva (Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre 2013, n. 20590); inammissibilità della revocazione di una sentenza (Cass. civ., Sez. Un., 17 settembre 2019, n. 23101) e contro la sentenza resa dal consiglio di stato sulla richiesta di revocazione (Cass. civ., Sez. Un., 12 febbraio 2014, n. 3200); rigetto della questione di costituzionalità di una norma (Cass. civ., Sez. Un., 30 luglio 2018, n. 20168); inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, TFUE (Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403); violazione del giudicato esterno (Cass. civ., Sez. Un., 9 gennaio 2013, n. 300); decisione dell'azione di responsabilità erariale in unico grado innanzi al giudice contabile in sede di gravame, senza rimessione della causa al primo giudice, a seguito della declaratoria di nullità della statuizione di primo grado per violazione del diritto di difesa (Cass. civ., Sez. Un., 12 giugno 2018, n. 15342); in particolare, non integra alcuna invasione nella sfera del merito la decisione con cui il giudice interpreta le clausole di una convenzione urbanistica alla luce delle regole di buona fede e correttezza (Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774) o abbia annullato un atto di alta amministrazione, ove si assuma la mancata osservanza della riduzione che la valutazione del vizio di motivazione subisce in tali ipotesi (Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9687), o ancora in caso di sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi, di cui possono essere rilevate l'irragionevolezza, l'arbitrio o la violazione del principio della par condicio tra i concorrenti (Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2011, n. 27283).

¹⁴⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009,2, 460, secondo cui «giurisdizione, nella Costituzione, [...] è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Che ciò sia si desume dalla convergenza di più norme della Costituzione: l'art. 24 Cost., comma 1, che guarda ai diritti ed agli interessi, sia come situazioni giuridiche di cui le parti sono titolari sia come oggetto del diritto delle parti di agire in giudizio per la tutela di tali situazioni di interesse sostanziale protette dall'ordinamento; l'art. 113 Cost., commi 1 e 2, da cui si trae che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, contro gli atti della pubblica amministrazione, da un lato è sempre ammessa dinanzi agli organi di giurisdizione amministrativa, dall'altro non può

come servizio alla collettività, ha elaborato una nuova ermeneutica dell'eccesso di potere giurisdizionale, muovendo dal principio di effettività della tutela giurisdizionale e dal principio del giusto processo amministrativo¹⁴⁸.

1.10. *Il revirement delle Sezioni Unite.*

Nella prospettiva di un sistema di Giustizia Amministrativa, che andava ad assestarsi su un dualismo tendenzialmente paritario¹⁴⁹, sin dal XIX secolo sono emerse in dottrina proposte volte a sottrarre l'attribuzione della funzione regolatoria della giurisdizione alle Sezioni Unite¹⁵⁰, a causa di criticità già risalenti

essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti; l'art. 111 Cost., comma 1, che, mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale. Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio».

¹⁴⁸ Cfr. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 105 afferma che «elemento definitorio essenziale del giusto processo, accanto alle [...] garanzie procedurali, è anche l'attuazione della giurisdizione, che non è mera soluzione della lite, bensì soluzione della lite mediante accertamento della legge diventata concreta» e ancora che «ragionando di giusto processo non si può mettere da parte e dare per scontati né il concetto di giurisdizione né la questione dello scopo del processo. Anzi la formulazione dell'art. 111, primo comma, Cost. - la giurisdizione si attua mediante il giusto processo - stabilisce una correlazione "metodologica" tra (giusto) processo e giurisdizione, nel senso che il processo è giusto solo se la sua struttura e il conseguente suo funzionamento siano idonei ad attuare la giurisdizione».

¹⁴⁹ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2181, secondo cui emerge una «chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: riconoscimento per il quale milita, oltre e più che l'apprezzamento, più volte espresso nell'Assemblea costituente, per l'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista, la circostanza che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi - la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare». Sovvengono le affermazioni di Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, quando sottolinea che il giudice amministrativo è in grado di assicurare la tutela di ogni diritto, sia per l'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché «quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa». L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 2016, 4, 789 ha affermato che la potestà giurisdizionale amministrativa può offrire piena cognizione e tutela dei diritti fondamentali, «nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali». Cfr. L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Il Filangieri*, 1899, 6, precisa che l'unità può intendersi dal punto di vista funzionale, non da quello organico, dacché la pluralità degli organismi giurisdizionali fu riconosciuta necessaria per la varia natura delle materie assoggettate alla tutela giurisdizionale, con la «opportunità di attribuirne la rispettiva cognizione ad organi specialmente adatti a soddisfare le esigenze d'una retta amministrazione di giustizia». Sicché «giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, dopo la legge del 1865, non vanno più distinte per diversità di attribuzioni, cioè per diversa natura di potere esercitato, ma per diversità di materie sulle quali un potere d'identità e unica natura viene da esse spiegato».

¹⁵⁰ V. L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Il*

alla prima metà del secolo scorso e riconducibili alla problematica dello sconfinamento nella sfera amministrativa¹⁵¹, nonché recentemente acuitesi con particolare virulenza in occasione della concettualizzazione del “diniego di giustizia”.

Purtroppo, la Costituzione non ha arrestato il dibattito, ma lo ha “puntellato”, offrendo ulteriori spunti.

Filangieri, 1899, 13-14. La crescente autorevolezza delle giurisdizioni speciali, «la vastità e complessità dei loro uffici, il carattere singolarissimo del giudizio sulla legittimità degli atti governativi e del diritto subiettivo che siffatto giudizio tutela, hanno cambiata completamente la situazione», di talché la Corte di Cassazione «si trova ormai a disagio nel compiere una funzione incomparabilmente diversa da quella che per essa era stata divisata dal legislatore del 1877». Ne consegue che l'istituzione di un supremo tribunale dei conflitti può essere apprezzata, perché alto è il rischio che «questo concetto della qualità amministrativa, vale a dire politica, delle funzioni attribuite alle giurisdizioni speciali, riporta le questioni di competenza sul terreno dei conflitti fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa, sospingendo il sistema delle difese giurisdizionali non solo più addietro della riforma consacrata dalla legge 31 marzo 1877, ma addirittura più addietro di quella compiuta con la legge 20 marzo 1865. In altre parole, esso avvia le nostre istituzioni giudiziarie a sdrucciolare giù per una china, in fondo alla quale non si può trovare altro che l'antica organizzazione del contenzioso amministrativo, con poche e inconcludenti varianti». Anche S. ROMANO, *op. cit.*, 1222. L'Autore osserva che è «innegabile che talvolta la Cassazione ha mostrato di non sapere dimenticare nei giudizi sui conflitti che essa appartiene all'ordine giudiziario ed ha erroneamente creduto, non già di essere la regolatrice suprema di tutte le competenze giurisdizionali, ma l'organo destinato a difendere la competenza giudiziaria - e soltanto questa - da ogni invasione illegittima». Anche in tale opera, quindi, si rileva la necessità di un Tribunale dei Conflitti, a seguito dell'istituzione dei tribunali di giustizia amministrativa e alla luce della considerazione che il sistema della legge del 1877 fosse inadeguato, poiché fondato sulla giurisdizione unica che le riforme del 1889 del 1890 hanno fatto venir meno. Ritenerne, invece, che la competenza generale della IV Sezione del Consiglio di Stato e molte attribuzioni delle Giunte provinciali amministrative rientrino nella categoria giuridica dell'amministrazione contenziosa piuttosto che della giurisdizione amministrativa conduce alla conclusione «che di veri e propri conflitti fra questi istituti e tribunali ordinari non è a parlarsi. Cade così il motivo principale con cui si difende l'istituzione di un apposito giudice per i conflitti di giurisdizione». Cfr. S. D'AMELIO, *Sulla istituzione in Italia di un supremo tribunale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 74 ss. Anche F. CAMMEO, *op.cit.*, evidenzia la preoccupazione derivante dalla difficoltà per un'autorità giurisdizionale ordinaria di intervenire in un settore di diritto pubblico, in cui assumono un ruolo fondamentale il controllo sulla discrezionalità e l'ampiezza degli interessi tutelati. Per una compiuta ricostruzione del dibattito, si rinvia a M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1683 - 1684.

¹⁵¹ Problematica tutt'altro che definita e ancora oggi motivo di vivido attrito tra le supreme magistrature.

Indici sintomatici delle attuali e mai sopite problematiche sul sindacato sulla giurisdizione sono stati scrutati da Giannini¹⁵² e Bachelet¹⁵³.

La locuzione «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» integra un concetto giuridico indeterminato e la Corte di Cassazione, pur essendo organo di vertice di uno dei due plessi in potenziale conflitto fra loro,¹⁵⁴ è tenuta ad applicarla nel

¹⁵² Cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 552 ss. e 1964, 12 ss. e 217 ss. L'Autore osserva come «la Corte di cassazione, giudice supremo della giurisdizione, per giungere alla pronuncia sulla giurisdizione deve in realtà ricostruire l'intero settore del diritto sostanziale in cui si dibatte la controversia, i termini processuali della quale sono sempre e solo poteri strumentali - di azione o di ricorso - estrinsecazioni di situazioni soggettive sostanziali - di diritto o di interesse -. Dunque, anch'essa assolve una funzione pretoria; ma siccome egual funzione assolve il Consiglio di Stato, ne deriva che il meccanismo giudiziario da noi esistente ha due giudici supremi con funzioni pretorie: la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato». L'Autore avanza proposte. In primo luogo, abbandonare il criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti e interessi e attribuire al giudice amministrativo tutte le controversie in cui sia parte una amministrazione-autorità, poiché in tal modo si avrebbe «un giudice esperto e sensibilizzato ai problemi di diritto amministrativo» e non vi sarebbero questioni di giurisdizione o di competenza. Inoltre, il giudice amministrativo, ordinato in tribunali territoriali, dovrebbe «avere reclutamento speciale, ma far parte del potere giudiziario». Ancora, si afferma la necessità di un rafforzamento dell'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Occorre poi un'estensione della giurisdizione di opportunità, «attribuendo al giudice poteri svincolati dalla domanda delle parti, sia rivedendo ed estendendo i casi di azione e di ricorso popolare, sia attribuendo poteri di iniziativa processuale ad organi di pubblico ministero», al fine di una tutela effettiva degli interessi pubblici. Infine, è necessario un riordino complessivo del giudizio amministrativo.

¹⁵³ Cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966. Il sistema della Giustizia amministrativa orbita attorno agli artt. 24, 25, 101, 102, 103, 111, 113, 125, ultimo comma, 134, 135, e VI disp. trans., rinvenendo nell'art. 113 Cost. la «norma chiave». Norma che, infatti, contempla anche diritti nei confronti della pubblica amministrazione e connota in senso sostanziale gli interessi, con la conseguenza che non si può ipotizzare una differenza di garanzie. Si evidenzia che vi è «una assoluta omogeneità nella impostazione costituzionale, non essendo la citata norma che la applicazione, nei confronti della pubblica amministrazione, del principio sancito nel primo comma dell'art. 24: «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Da questo punto di vista può anche sostenersi che la costituzione non abbia fatto che confermare la precedente situazione; ma con la precisazione che ciò ha fatto accogliendo la interpretazione prevalente della figura degli interessi legittimi come situazioni soggettive sostanziali, ed escludendo invece ogni possibilità di interpretazione dei medesimi come situazioni puramente processuale o meramente strumentali alla realizzazione dell'interesse pubblico».

¹⁵⁴ In generale sul tema del riparto e della specialità del giudice amministrativo e del relativo processo, v. G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 e segg., il quale osserva che «un processo che decide la controversia sulla base di una valutazione della legittimità dell'esercizio, o del mancato esercizio, di un potere ha indubbiamente alcune caratteristiche che lo differenziano rispetto al processo civile, che ha un contenuto essenzialmente patrimoniale e attiene a interessi disponibili». Così, per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6a ed., a cura di A. NIGRO e E. CARDI, Bologna, 2002, 176. Sulle proposte che, in passato, sono state formulate in ordine alla istituzione di un Tribunale dei Conflitti, sul modello francese, v. A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 e segg. Per una trattazione degli ambiti nei quali si rinvergono le maggiori criticità dal punto di vista del riparto di giurisdizione, v. S. DEL GATTO - F. DINELLI - G. FARES - G. MARI - M. SINISI, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013. Sul tema del riparto, v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

rispetto del dettato costituzionale, così come interpretato dalla Corte costituzionale¹⁵⁵.

Tradizionalmente, la giurisprudenza cassatoria ha distinto tra limiti esterni e limiti interni della giurisdizione.

Ai fini dell'accertamento dello sconfinamento della suprema magistratura amministrativa, occorre definire i limiti esterni.

I limiti esterni attengono alla delimitazione del potere di decidere una determinata controversia, sia in rapporto alla giurisdizione di altri giudici, sia in rapporto alle attribuzioni di altri poteri dello Stato.

Ne consegue che l'«eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (arretramento), nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici¹⁵⁶.

Al di là delle fattispecie reietive della giurisdizione speculari a quelle assertive, il superamento dei limiti esterni integra “eccesso di potere giurisdizionale”, nelle ipotesi di invasione della giurisdizione propria di un altro giudice, ordinario o speciale, nel caso di invasione della cosiddetta riserva di amministrazione per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa e nel caso di invasione del potere legislativo.

La prima ipotesi, che esula dalla presente trattazione, si configura nel rapporto fra giudice ordinario e giudice amministrativo e implica l'accertamento della natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio o, meglio, l'accertamento della natura del rapporto di diritto pubblico o di diritto privato, nonché l'individuazione dei confini delle materie riservate dalla legge alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

La seconda ipotesi è la più problematica e costituisce oggetto del capitolo secondo¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. Corte cost. 24 Gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 1, 2018, 373, di cui si darà ampio conto nei capitoli successivi.

¹⁵⁶ Cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2023, n. 13963; Cass. civ., Sez. Un., 2 maggio 2023, n. 11444; Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2023, n. 7581; Cass. civ., Sez. Un., 27 febbraio 2023, n. 5862; Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2022, n. 37608; Cass. civ., Sez. Un., 4 ottobre 2022, n. 28800.

¹⁵⁷ V. Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313, con cui la Corte di Cassazione ha cassato una sentenza del Consiglio di Stato che, all'esito di un penetrante sindacato sulla ritenuta - da parte della stazione appaltante - non sussistenza in capo ad un aspirante appaltatore del requisito dell'affidabilità di cui alla lett. f), art. 38, del decreto legislativo n. 163/2006, aveva annullato il provvedimento di esclusione di tale concorrente dalla procedura di gara, poiché

Infine, in relazione alla terza ipotesi, che attesi i confini altamente speculativi non rientra nella presente ricerca, la Suprema Corte ha chiarito che l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel potere legislativo, sarebbe «una figura di rilievo affatto teorico, in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto»¹⁵⁸.

Oltre alle ipotesi di “eccesso di potere giurisdizionale” in positivo, i limiti esterni sono, altresì, funzionali ad individuare anche le fattispecie di indebito diniego di giurisdizione¹⁵⁹, oggetto di disamina nel capitolo terzo.

Astrattamente queste fattispecie sono riconosciute pacificamente scrutinabili in sede cassatoria, seppure con le debite precisazioni.

Più complesso è l'individuazione dei limiti interni della giurisdizione, il cui superamento, secondo la tradizionale elaborazione giurisprudenziale, si declina in un *error in iudicando* o *in procedendo*, non censurabile per motivi di giurisdizione per evitare di sottoporre il giudice speciale ad un sindacato cassatorio per violazione di legge e così vanificare il dualismo così come costituzionalizzato.

Mentre l'elemento costitutivo del superamento dei limiti esterni si radica in un'alterazione della titolarità della funzione giurisdizionale, l'alterazione delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale inerisce all'ambito dei limiti interni della giurisdizione, che, sul piano storico-culturale-normativo, è insindacabile da parte della Corte di Cassazione.

Nel corso degli ultimi venti anni a seguito della revisione costituzionale del 1999¹⁶⁰, la perimetrazione dei limiti interni ha subito una profonda rivisitazione.

«anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione» risulta integrato lo sconfinamento.

¹⁵⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 22784.

¹⁵⁹ Ciò avviene sia quando il giudice speciale, o anche il giudice ordinario, si ritenga erroneamente sprovvisto della giurisdizione sulla controversia in quanto di pertinenza di altro plesso giurisdizionale, sia quando il giudice ritenga erroneamente che, essendovi un difetto assoluto di giurisdizione, né lui, né alcun altro giudice, possa pronunciarsi sulla stessa.

¹⁶⁰ Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. Sul nuovo testo dell'art. 111 Cost., v. M. PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in M.G. CIVININI - C. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 55 ss.; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, ivi, 36 ss.; N. SCRIPPELLITI, *L'imparzialità del giudice e il nuovo art. 111 della Costituzione*, ivi, 108 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”*, ivi, 255 ss.; A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 ss.; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in B. CAPPONI - V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, Napoli, 2002, 27 ss.; C. CONSOLO, *Il giudice terzo e imparziale*, ivi, 73 ss.

All'art. 111 Cost. espressamente sono stati aggiunti, pur essendo già implicati nel sistema¹⁶¹, i principi ispiratori di ogni processo, compreso quello amministrativo: giusto processo (art. 111 c. 1 Cost.), contraddittorio tra le parti e parità delle medesime, giudice terzo e imparziale, ragionevole durata (art. 111 c. 2 Cost.).

Ebbene, secondo gli ultimi orientamenti giurisprudenziali delle Sezioni Unite affermatasi prima delle autorevoli prese di posizione della Corte costituzionale¹⁶² e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁶³, delle quali si darà conto nei capitoli successivi, ogni grave violazione dei principi costitutivi del giusto processo o del principio di effettività integrerebbe un superamento dei limiti interni particolarmente qualificato, tale da assurgere a motivo inerente alla giurisdizione¹⁶⁴.

¹⁶¹ Il principio del giusto processo risultava nella giurisprudenza costituzionale ben prima della riforma, in particolare con riguardo ai principi di imparzialità e terzietà del giudice v. Corte cost., 18 maggio 1999, n. 178 e Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 381.

¹⁶² Cfr. Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6 in *Foro it.*, 1, 2018, 373, sulla quale si evidenziano i contributi di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1537 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, *ivi*, 2018, 122 ss.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale*, *cit.*, 1111 ss.

¹⁶³ Cfr. Corte Giust., Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad*, emanata all'esito del rinvio pregiudiziale sollevato dall'ordinanza Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598, cui è seguita, a chiusura della vicenda processuale, Cass. civ., Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25503. In tema, v. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; R. MARTINO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il processo*, 2021, 566 ss.; M. CHITI, *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 23-24; B. CARAVITA, Postilla a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 30/2020; A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 71; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *www.Giustizainsieme.it*, 11 dicembre 2020; M. FRANCAVIGLIA, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Giur. cost.*, 2020, 2535-2536; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti?" A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. Un., ord., 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *www.Giustizainsieme.it*, 2020, par. 4; E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come "motivo di giurisdizione"*, in *Foro it.*, 2020, I, 3419 ss.; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, 3415 ss.; E. ZAMPETTI, *Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad*, in *Giustizainsieme.it*, 2022; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 4/2020.

¹⁶⁴ La Costituzione prescrive l'unitarietà della funzione nel momento in cui generalizza, negli artt. 111-113, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, la ricorribilità in Cassazione contro ogni provvedimento sulla libertà personale, la funzione regolatrice prevista per la medesima Cassazione in ordine al riparto di giurisdizione e, ancora, la tutela generalizzata nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Sono caratteri costituzionali della funzione giurisdizionale l'indipendenza dei giudizi e l'imparzialità dei processi. Sicché, pur nel pluralismo giurisdizionale, è rinvenibile una unicità nel sistema nel senso di un'attività giurisdizionale oggettivamente unitaria. Nel senso dell'unità funzionale piuttosto che dell'unità organica, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, 3, I, 806: «l'evoluzione

In realtà, si tratta di violazione di legge processuale, che, ancorché particolarmente grave, dovrebbe ricondursi al sindacato di violazione di legge, di cui all'art. 111, comma settimo Cost. ammesso per le giurisdizioni speciali diverse dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti, e non al sindacato sui "soli" motivi inerenti alla giurisdizione, di cui all'art. 111, comma ottavo Cost., riservato espressamente al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti.

Nella Costituzione emerge nettamente la contrapposizione tra sindacato cassatorio per violazione di legge, anche processuale e pur consistente nella violazione di principi processuali, e sindacato cassatorio per motivi di giurisdizione.

La violazione dei canoni processuali enunciati nello stesso art. 111 Cost. interessa la tutela giurisdizionale e non la titolarità della giurisdizione e, dunque, integra violazione di legge processuale e non motivo di giurisdizione¹⁶⁵: i soli

del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti di concorrenza degli ordinamenti giuridici). Sulla sentenza, v. M.A. SANDULLI, *Dopo la "translatio iudicij", le Sezioni unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. Sez. un. n. 24883 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia giurisdizione sui contratti pubblici)*, in *www.giustamm.it*, 2008. Cfr., anche, Cass. civ., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, 1376, che evoca un «servizio giustizia, costituzionalmente rilevante». Cfr., altresì, P. DE LISE, *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., XXVII: «la condivisione dell'obiettivo di una tutela piena e soddisfacente, se non deve fare obliterare le specificità delle forme di protezione rese da ciascun giudice, deve anche condurre ad una rappresentazione meno separata dei sistemi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, al fine di assicurare l'unità funzionale della giurisdizione quale premessa necessaria per un efficiente servizio-giustizia». Sul tema della funzione giurisdizionale in termini di servizio, in una «accezione sostanziale collegata all'effettività della tutela, a sua volta collegata [...] all'effettività dell'ordinamento», cfr. G. MARI, *Giudice amministrativo e effettività della tutela*, cit., 44, che ricorda la giurisprudenza sul tema della *translatio iudicij*: il principio di effettività della tutela giurisdizionale è collegato strettamente al diritto del ricorrente di ottenere una pronuncia di una sentenza di merito. Nella sentenza Cass. civ., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, cit., si afferma che «il giusto processo è diretto non allo scopo di sfociare in una decisione purchessia, ma di rendere pronuncia di merito stabilendo chi ha ragione e chi ha torto, onde esso deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale e, nei limiti del possibile, non esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali». La sentenza Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 3, 796, ha concluso che «al principio per cui le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito - non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa».

¹⁶⁵ Ciò emerge anche dall'art. 360 c.p.c., che contrappone "i motivi atinenti 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", locuzione pure utilizzata ben due volte dalla Cost, nell'art. 113. L'art. 103 disegna la "giurisdizione" del giudice amministrativo,

motivi inerenti alla giurisdizione descrivono un sindacato cassatorio sui soli confini tra i vari organi di giurisdizione e i poteri dello Stato, e non un sindacato esteso alle modalità di erogazione della tutela giurisdizionale in termini di pienezza ed effettività e, dunque, un sindacato sulla violazione dei “limiti esterni” e non anche dei “limiti interni” seppur particolarmente qualificati.

La dottrina si è interrogata se una violazione di legge sostanziale o processuale, di per sé non ricorribile e tuttavia particolarmente qualificata, possa essere scrutinata dalle Sezioni Unite¹⁶⁶.

Già Cannada Bartoli affermava che il collegamento fra l'art. 97 Cost. e l'art. 113 Cost. conduce ad «una concezione sostanziale e non puramente formale della legittimità degli atti amministrativi» e ad «una tutela giurisdizionale completa, anche se ripartita fra diversi tipi di giudice, dei diritti e degli interessi dei cittadini, cioè delle situazioni correlative alla legittimità dell'azione amministrativa»¹⁶⁷.

Sullo sfondo l'attuale dibattito sul diritto giurisprudenziale¹⁶⁸, sui rapporti tra la legge e il giudice e sul principio della certezza del diritto, della prevedibilità

mentre l'art. 113 declina l'oggetto e i modi della “tutela giurisdizionale” del cittadino nei confronti della amministrazione davanti agli “organi di giurisdizione”.

¹⁶⁶ Cfr. F.G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 8 ss., e A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 46 e 53. Per una nuova lettura dell'art. 111 Cost., v. I.M. MARINO, *Corte di cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 14 ss., e, in precedenza, C. LAVAGNA, *Ancora sull'articolo 111, comma 2°, della Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, 674ss., secondo cui «il terzo comma [dell'art. 111 Cost.] può fornire spunti per una interpretazione più ampia del tradizionale difetto di giurisdizione o eccesso di potere giurisdizionale», e, diffusamente, F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, cit., 320 s., secondo cui «l'art. 111 Cost. ha ammesso il ricorso alla Corte di Cassazione contro le sentenze del giudice amministrativo ‘per motivi inerenti alla giurisdizione’ e non soltanto per i motivi di difetto di giurisdizione [...]». Sotto questo profilo, dunque, anche l'uso dei poteri processuali attinenti alla giurisdizione deve essere ricompresso tra quei motivi attinenti alla giurisdizione che la nuova Costituzione considera come aperture di ricorso alla Corte Suprema». Sviluppano la tesi di I.M. MARINO, con riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato, G. ANSALDI, *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in *www.giustamm.it.*, e, con riferimento alla Corte dei conti, F. SAITTA, *Giusto processo contabile e sindacato della Cassazione*, cit., 869 ss., che conclude nel senso che «non può che auspicarsi che [...] la Corte di cassazione assuma, ove possibile, il ruolo di garante del giusto processo contabile».

¹⁶⁷ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, cit., 302.

¹⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n.15144, che ha concluso: a) «da norma giuridica - che, nella sua effettività, è l'espressione di un pensiero diffuso che si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e ne metabolizza le esigenze - trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del Potere legislativo»; b) «nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), “soggetti alla legge”. Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»; c) la norma di legge, nondimeno, «una volta posta in essere, non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, ex se, a dinamiche evolutive», e ciò nel senso che «nel tempo, essa è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale»; d) conseguentemente, quello del diritto vivente «è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche

delle decisioni giurisdizionali e dell'effettività della tutela giurisdizionale ha favorito l'elaborazione di una diversa accezione del concetto di giurisdizione e del concetto di difetto di giurisdizione¹⁶⁹: ne costituisce un prodotto il cosiddetto "diniego di giustizia".

Giova precisare sin d'ora che ad una siffatta accezione si è contrapposta una parte della magistratura, che non ha riconosciuto alla giurisprudenza alcuna "funzione di supplenza normativa"¹⁷⁰.

evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento - ma non (solo) per effetto - della interpretazione dei giudici; e) non è «coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Cost.» trasformare «una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un novum ius, in sequenza ad un vetus ius, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice»; f) conseguentemente, è contrario «alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela che rimanga priva della possibilità di vedere celebrato un giudizio, che conduca ad una decisione sul merito delle proprie istanze, la parte che quella tutela abbia perseguito con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo, nel significato attribuite dalla coeva giurisprudenza di legittimità, ma divenuta poi inidonea per effetto del correlativo mutamento»; g) infatti, «se è pur vero che una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi *contra legem*, non può, per la contraddizione che non lo consente, essere considerata la *lex temporis*, vero è però anche che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme».

¹⁶⁹ Sul punto, cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 218; E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916, anche in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, Giuffrè, 1962, 227; G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in www.federalismi.it; M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in www.federalismi.it; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni, sovranazionali e principio di effettività*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. SAIITA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss. Inoltre, AA.VV., *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale AIPDA*, Napoli, 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015. Si tratta della tesi di A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *D. disc. pubbl.*, VI, 1991, 415. Critici, da ultimo, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 391 ss., ove un'efficace indagine sulle attuali derive della giurisprudenza creativa, in un'ottica di giuspositivismo 'temperato' (*rectius*: 'cognitivismo moderato'); R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. processuale*, 2017, 1093 ss.; R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 116 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, che ha negato la natura di «fonte» (argomentando dalla previsione, di cui all'art. 101 Cost., della soggezione del giudice alla sola legge) e ha svolto considerazioni sui rapporti tra pronunce c.d. *overruling* e affidamento dei consociati. La Corte si è posta il problema della «dimensione temporale [...] di un arresto innovativo, di pregressa consolidata giurisprudenza, nell'ambito del diritto processuale, dal quale derivi l'esistenza, in precedenza esclusa, di una decadenza o di una preclusione in danno di una parte del giudizio» e ha osservato che la scelta tra le varie soluzioni «ruota intorno al nodo del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*: che, a sua volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e *novum ius*; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri».

Il creazionismo giurisprudenziale ha inciso sul sindacato del Giudice amministrativo sulla Pubblica Amministrazione, che è stato non poco condizionato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, quale giudice della giurisdizione e, negli ultimi anni, quale giudice dell'effettività della tutela giurisdizionale.

A ciò ha concorso, senza dubbio, anche l'evoluzione dell'oggetto della cognizione del Giudice amministrativo e, di conseguenza, del giudicato amministrativo, imperniato non più sull'atto bensì sul rapporto e, quindi, sul bene della vita.

Il già precario equilibrio tra le supreme magistrature è stato significativamente compromesso dalla sentenza delle Sezioni Unite 23 dicembre 2008, n. 30254 sulla questione della pregiudizialità amministrativa¹⁷¹.

In essa la Suprema Corte ha enunciato il principio di diritto secondo cui «è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

Presupposto dell'argomentazione della Suprema Corte è un'altra accezione di giurisdizione, definita come «quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento».

Norma sulla giurisdizione è, pertanto, non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere, stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca.

All'orientamento giurisprudenziale tradizionale si è, dunque, affiancata una giurisprudenza promotrice di una nozione estensiva di «inerenza alla giurisdizione» ed è subentrata un'interpretazione, cosiddetta dinamica o funzionale, sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 111, primo comma, Cost.

Si è andata affermando una nozione di limite ancorato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendersi in senso dinamico ovvero nel senso di

¹⁷¹ Si assiste all'allargamento della categoria delle questioni di giurisdizione a quelle attinenti al contenuto del potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca, ma resta ferma, anche nella giurisprudenza di legittimità posteriore, l'esclusione da tale categoria delle questioni attinenti alla mera violazione del diritto dell'Unione europea e dei principi del giusto processo. Successivamente, v. Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312. Per un commento fortemente critico, fondato sull'idea secondo cui «perché la *full jurisdiction* sia compiutamente attuata occorre che almeno le questioni centrali (anche ove complesse) siano riesaminate compiutamente da parte di un giudice capace di (e in concreto disponibile a) sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione», v. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 e segg., la quale rinvia agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2014, n. 27341, che riprende Cass. civ., Sez. Un., 10 settembre 2013, n. 20698.

effettività della tutela giurisdizionale, estesa ai casi in cui la tutela si assume negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio o di attività¹⁷².

Ne consegue che, quando il Giudice amministrativo, pur senza declinare la propria giurisdizione, aderisce ad un'interpretazione delle norme di rito che disciplinano l'accesso alla tutela tale da renderla eccessivamente difficile o addirittura precluderla, incorrerebbe in diniego di giustizia.

Su siffatta questione, la dottrina prevalente, da sempre attestata su posizioni tradizionali, ha criticato la tesi, secondo cui il diniego del risarcimento del danno, in ragione del mancato esperimento dell'azione demolitoria avverso il provvedimento lesivo, integrerebbe una questione di giurisdizione e non una questione di merito¹⁷³.

A favore dell'accezione dinamica della giurisdizione ha militato altra parte della dottrina¹⁷⁴.

¹⁷² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226; Cass. civ., Sez. Un., 9 maggio 2016, n. 9282; Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, sul sindacato nei confronti delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in tema di pregiudizialità amministrativa; Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659. Si annoverano nei motivi inerenti alla giurisdizione ipotesi riconducibili ai "limiti interni": stravolgimento (radicale) delle norme di riferimento, violazione del diritto dell'Unione che determini il diniego dell'accesso alla tutela giurisdizionale, sentenze anomali o abnormi, omessa attuazione delle "forme di tutela" previste dall'ordinamento processuale.

¹⁷³ Secondo S. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle Sezioni Unite?*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2653, «Sembra in verità difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione. [...] questa è una questione di merito, come ognuno vede». Critico R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione ad un profilo squisitamente di merito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 236 e segg. Anche la manualistica dissente: in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 6a ed., 2014, Cacciavillani osserva che, così ragionando, «si giunge ad ampliare il *genus* delle questioni di giurisdizione, includendo in esso una *species* di questioni ulteriore, e di consistenza radicalmente diversa». Si consideri, peraltro, che, già con riferimento alle ordinanze del 2006, parte della dottrina aveva ipotizzato il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato come l'unica reazione a fronte dell'ampliamento: cfr., per tutti, F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 305 e segg.

¹⁷⁴ Fra gli altri, v. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2018; E. CALZOLAIO, *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2017, I, 584; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., Napoli, 2016; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Milano, 2011; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002. In senso critico con tale ampliamento, invece, si segnala G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?*, in *Foro it.*, 2018, I, 1721. Critici, tra gli altri, R. DE NICCOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *www.sipotra.it*, 2017, 1, spec. 67 ss.; A. TRAVI, *Intervento*, in AA.VV., *Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1 ss.; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 367 ss.; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 632 ss.; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium*, 1 ss.; sostanzialmente a favore, M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione*, in AA.VV., *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., 1 ss.; F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il libro*

In una delle ultime pronunce emanate prima della sentenza della Corte Costituzionale¹⁷⁵, di cui si darà conto nei capitoli successivi, il punto di partenza delle argomentazioni è rappresentato dall'ampliamento delle materie rientranti nella giurisdizione amministrativa esclusiva disposto dal Decreto Legislativo 31 marzo 1998 n. 80, nonché dalla devoluzione in favore del Giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

All'espandersi della giurisdizione esclusiva si aggiungono ulteriori fattori, quali il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto dell'Unione europea; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo¹⁷⁶.

Sulla base di questi argomenti, il sindacato sulla giurisdizione è stato esteso anche a sentenze asseritamente "abnormi" o "anomale", viziate da un radicale stravolgimento delle norme di riferimento integranti gravi *errores in iudicando* o *errores in procedendo*.

In casi del tutto eccezionali, la violazione delle regole interne di rito o di merito integrerebbe una violazione della giurisdizione, allorquando essa sia stata di gravità tale da concretarsi in un vero e proprio radicale stravolgimento, così da esitare in un diniego di tutela¹⁷⁷.

Ne consegue che il ricorso, col quale venga denunciato il diniego di giurisdizione, è ammissibile non solo se il rifiuto sia fondato sulla ritenuta estraneità della domanda alle attribuzioni del giudice, ma anche quel diniego di tutela che si radichi nell'affermazione dell'esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, laddove si sottrae a detta sindacabilità il diniego di tutela che discenda direttamente ed immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa.

Il diritto alla tutela giudiziale sarebbe costituito non solo dalla possibilità di accedere alla giurisdizione mediante il diritto all'azione, ma anche dalla possibilità di ottenere una concreta tutela esercitata secondo i canoni del giusto processo¹⁷⁸.

dell'anno del diritto 2017, in *www.treccani.it*, 14 ss.

¹⁷⁵ V. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

¹⁷⁶ In particolare, la Suprema Corte, invocando il principio di ragionevole durata del processo e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha cassato la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 ottobre 2007, n. 12, ravvisandovi una questione di giurisdizione.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5070. L'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo si integra solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge.

¹⁷⁸ A tale accezione di giurisdizione, intesa «nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento», si sono conformate, in particolare, le Sezioni Unite in tema di pregiudiziale amministrativa: in particolare, si è affermato che incorre in diniego di giurisdizione il Giudice amministrativo che neghi l'erogazione della tutela

Dunque, l'effettività della tutela ingenera una "soggettivizzazione" del sindacato delle Sezioni Unite, che debbono accertare non solo se nel caso concreto si radica la giurisdizione del giudice speciale ma pure se la posizione soggettiva è stata pienamente tutelata dall'autorità giudiziaria¹⁷⁹.

L'ennesima occasione, che ha ulteriormente sollecitato la Suprema Corte, è stata l'impellente necessità di conformarsi al *corpus* (normativo e giurisprudenziale) del diritto europeo e del diritto convenzionale, al fine di evitare l'insorgere di responsabilità risarcitorie per inadempimento degli obblighi europei ed internazionali a carico dello Stato, imputabili a presunti dinieghi di giustizia pronunciati dalle supreme magistrature speciali¹⁸⁰.

Si postula, infatti, che la giurisdizione amministrativa deneghi una tutela piena ed effettiva ed incorra nella violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o nella violazione del primato eurounitario in occasione di

meramente risarcitoria degli interessi legittimi sull'errato presupposto della necessità anche di quella demolitoria.

¹⁷⁹ Dunque, dacché l'art. 24 Cost. esprime in modo molto chiaro che per raggiungere la tutela vera, e quindi effettiva, i giudici devono disporre di tutti gli strumenti a tal fine necessari, secondo l'impostazione dinamica, occorre verificare se e come gli strumenti processuali a disposizione del Giudice amministrativo siano stati attivati. Sul punto, cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 339; ID., *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, in part. 123 ss., per una connessione del principio di concentrazione delle tutele con quello dell'effettività della tutela giurisdizionale; L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673. Sul principio di effettività cfr., altresì, M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 239 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, cit., 45 osserva che la garanzia del diritto del singolo «implica quantomeno: indefettibile possibilità di ricorso al giudice in relazione ad ogni interesse protetto e senza eccessive restrizioni; l'adeguatezza dei mezzi di tutela giurisdizionale rispetto agli interessi dedotti in giudizio ed alle *utilitates* che si vogliono conseguire, e quindi - in definitiva - la compiutezza dello strumentario processuale; l'azionabilità delle pretese risarcitorie nascenti dalla lesione di posizioni rilevanti per il diritto comunitario; la ragionevolezza dei tempi del pronunciamento rispetto alla natura della lite; la garanzia della fedeltà di quest'ultimo al diritto comunitario così come interpretato dalle istituzioni della C.E., e segnatamente dalla Corte di Giustizia, in funzione della uniforme applicazione della disciplina sovranazionale». Più risalente, v. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale* Bologna, 1904, nonché G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, 42, che coglie nel principio di effettività della tutela la capacità del giudice di dare tutta la risposta alla esigenza di giustizia che è contenuta nella domanda giudiziale. Si afferma, infatti, che «la volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire».

¹⁸⁰ Del tutto esulante rispetto a quanto illustrato è il modo in cui il principio di proporzionalità ha determinato, unitamente al principio di effettività della tutela ed al concetto di *full jurisdiction* presente nella giurisprudenza CEDU, l'ampliamento dei margini di sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione (Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312; contra, più di recente, Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774). Cfr. sul tema, V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 871 ss. Mentre in questi casi il principio di proporzionalità rileva nel senso di un ampliamento di tutela a favore del cittadino, del tutto diverso il discorso relativo alla categoria della proporzionalità nel processo che, oltre a comportare restrizione della tutela, attiene non già ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione, ma all'eccesso di potere giurisdizionale.

giudicati rispettivamente contrastanti con sentenze sopravvenute della Corte EDU o con normativa e giurisprudenza euro-unitaria consolidata.

Il giudicato amministrativo, in assenza di un tempestivo intervento da parte della Suprema Corte in sede cassatoria, produrrebbe effetti pregiudizievoli in violazione del diritto sovranazionale, a cui lo Stato italiano è obbligato a conformarsi.

Trattasi di uno di quei casi estremi, in cui il giudice speciale avrebbe adottato una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo*, con ciò superando il limite della giurisdizione¹⁸¹.

Il diniego di giurisdizione si sostanzierebbe, quindi, nel diniego di un'effettiva tutela giurisdizionale conseguente a *errores in iudicando* e *in procedendo* del giudice speciale relativi al diritto europeo e al diritto convenzionale¹⁸².

A prescindere dalle specifiche interferenze con il diritto sovranazionale e con il diritto costituzionale, che coerentemente con quanto anticipato nella Premessa della presente opera non si intende approfondire per sviluppare la trattazione nell'alveo del diritto processuale amministrativo, in tema sono emerse due problematiche, una di carattere remediale, l'altra istituzionale.

Si allude alla problematica dei rimedi giurisdizionali esperibili in tali evenienze, che sarà oggetto di apposita trattazione nei capitoli successivi, e alla questione di più ampio respiro inerente ad una soluzione istituzionale più equilibrata ed in linea con la tradizione del sistema di Giustizia Amministrativa.

Per ragioni di cui si darà conto nel capitolo terzo, sommessamente non sembrano affatto risolutive né la mera istituzione di un Tribunale dei Conflitti a

¹⁸¹ V. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254. Ai fini dell'individuazione dei limiti esterni, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite, non più riconducibile a un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Nella fattispecie la Cassazione ha ritenuto che la reiezione di una azione risarcitoria da parte del Giudice amministrativo integra rifiuto all'esercizio della propria giurisdizione, in quanto tale sindacabile dinanzi al giudice della legittimità.

¹⁸² A partire dagli anni '80 ad oggi sono stati proposti circa duecentocinquanta ricorsi per motivi inerenti alla giurisdizione. Nella maggior parte dei casi, sono stati dichiarati inammissibili, in quanto il ricorrente censurava *errores in iudicando* ovvero *errores in procedendo*. L'ermeneutica funzionale sembra incardinare i T.A.R. e il Consiglio di Stato nell'ambito della giurisdizione ordinaria, pervenendo al risultato, se non di abolire la giurisdizione amministrativa, quantomeno di comprimere l'autonomia che la Costituzione le attribuisce, per il tramite degli artt. 111, 103 e 113.

composizione mista¹⁸³, né la mera integrazione delle Sezioni Unite con magistrati amministrativi per questioni attinenti alla giurisdizione¹⁸⁴.

Non del tutto ponderata si è rivelata poi l'estensione del sindacato anche alle questioni che, concernendo l'interpretazione delle norme di diritto sostanziale che disciplinano le condizioni e i presupposti per l'accoglimento delle domande dinanzi al giudice speciale, concernono la fondatezza nel merito delle domande proposte, piuttosto che i confini esterni della potestà giurisdizionale.

Alla stessa stregua delle violazioni del diritto nazionale processuale o sostanziale, anche le violazioni del diritto europeo non integrano in senso tecnico motivi di giurisdizione, neppure nei casi estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, da cui sia derivato un diniego di tutela¹⁸⁵.

È opportuno rammentare che la primazia del diritto europeo non ha mai imposto la rimozione o la riforma del giudicato amministrativo¹⁸⁶.

¹⁸³ V. L. MORTARA, *Per l'istituzione di un Tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Mon. Trib.*, 1893. Mortara, dopo l'istituzione della IV Sezione, ebbe ad evidenziare che, se si giustificava nel sistema della giurisdizione unica, quella scelta risultava non più idonea con la ripresa del dualismo, suggerendo un apposito tribunale supremo dei conflitti. Critico sull'importazione del modello francese, C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, cit., 115. A favore G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1986, 1130. Né il dettato costituzionale sembra ostativo, atteso che non deve ricavarsi un divieto di integrazione delle stesse Sezioni Unite con i giudici speciali.

¹⁸⁴ Sul punto, cfr. R. VILLATA, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, cit., 515, che ritiene necessaria una riforma costituzionale. Così, più di recente, Id., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, cit., spec. 330; Id., *In tema di questioni di giurisdizione (alla luce di un recente Memorandum)*, cit., con richiamo all'art. 106, comma 2, Cost. Anche A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss., ritiene necessaria una riforma costituzionale, perché diverso è lo stato giuridico dei magistrati ordinari e di quelli speciali. *Contra* C. CONSOLO, M. LUCIANI, G. VERDE. Nel merito, peraltro, Travi auspica tale riforma nella prospettiva di un'unificazione della giurisdizione, con sezioni specializzate e con l'assegnazione alla Cassazione di una funzione nomofilattica generale. Cfr., sul punto, R. RODORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123 ss., spec. 128. Diversamente, si finirebbe per sostenere l'interpretazione sull'eccesso di potere giurisdizionale (qui criticata) fatta propria dalla Cassazione, argomentando sulla base di una pretesa differente nomofilachia espressa da quest'ultima, (sul punto v., per tutti, G. VERDE, *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in Id., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 11 ss.). In tal senso, da ultimo, A. DE SIANO, *Decisioni amministrative e vincolo del precedente giudiziario*, paper presentato al Convegno AIPDA di Bergamo, 5-7 ottobre 2017, su *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, in www.diritto-amministrativo.org. Sul tema, A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, 693 ss., 716 ss.

¹⁸⁵ Cfr. Corte cost., 24 Gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 1, 2018, 373, su cui A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 3, 2018, 1111; M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 707 ss.; G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 129 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Corte Giustizia UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, secondo cui «Le violazioni del diritto comunitario che rechino pregiudizio, danno o nocumento ai singoli e siano imputabili ad organi dello Stato obbligano quest'ultimo al risarcimento del danno. Nell'ipotesi di violazioni commesse nell'ambito della peculiare funzione della giurisdizione, investendosi l'attività dell'interpretazione delle norme di diritto e la valutazione ed apprezzamento di elementi e

L'errore che il Giudice amministrativo commette nell'interpretare il diritto europeo configura un insindacabile *error in iudicando* o *in procedendo*, così come l'omesso rinvio di una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267, comma terzo, TFUE, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁸⁷.

Diversamente opinando, i presupposti del sindacato sui limiti di giurisdizione sarebbero rimessi caso per caso all'arbitrio della Suprema Corte, con ciò vulnerando il dualismo giurisdizionale e la specialità del Giudice amministrativo, quale giudice del rapporto di diritto pubblico.

Alla luce dell'evoluzione storica del sistema giuspubblicistico, della tradizione pretoria della Giustizia Amministrativa e del quadro normativo costituzionale e legislativo, si può convenire che il difetto assoluto di giurisdizione, prescritto dall'art. 48 del Testo Unico del Consiglio di Stato, costituisca l'unico vizio compatibile e sindacabile dalle Sezioni Unite per espressa prescrizione dello stesso legislatore, ad oggi non abrogata dal Codice del processo amministrativo e, dunque, strettamente vincolante, pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

circostanze di fatto, la responsabilità dello Stato sussiste solamente laddove il giudice di ultima istanza abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Tale violazione deve valutarsi alla luce di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile od inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 trattato Ce, dovendola presumere ogni qualvolta la decisione sia assunta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia». Sul tema della responsabilità dello Stato per violazione da parte di una giurisdizione di ultima istanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, che si sia declinato nella lesione di una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento europeo, v. S. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 59 e segg., la quale sottolinea che «l'omesso rinvio non è certamente sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria se non si verifica anche, in primis, la violazione di una norma dell'Unione che sia stata, ad esempio, erroneamente interpretata o applicata».

¹⁸⁷ Cfr. Corte cost., 24 Gennaio 2018, n. 6 in *Foro it.*, 1, 2018, 373.

CAPITOLO II

LO SCONFINAMENTO NELLA SFERA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 2.1. Lo sconfinamento nella sfera amministrativa quale controverso critto-tipo dell'assoluto difetto di giurisdizione. - 2.2. Le problematiche concettuali sul rapporto tra la funzione amministrativa, i limiti alla discrezionalità e l'eccesso di potere. - 2.2.1. Il fulcro della questione imperniato sul confine tra discrezionalità e merito, tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, tra violazione di legge ed eccesso di potere (giurisdizionale). - 2.2.2. La distinzione tra sindacato di legittimità e sindacato di merito: l'indagine in ordine al se e come il giudice possa "accedere al fatto", se e fino a che punto possa esaminare le questioni tecniche, se e fino a che punto possa occuparsi della scelta della misura e della concretizzazione dell'interesse pubblico. - 2.3. Il sindacato del Giudice Amministrativo sulla discrezionalità tecnica e sulle valutazioni tecniche opinabili e sulla scelta discrezionale di una delle soluzioni tecniche: sindacato meramente intrinseco debole o sostitutivo, opinabilità o opportunità, discrezionalità o opportunità. - 2.4. Il caso dei provvedimenti sanzionatori antitrust e i riflessi sul giudizio delle Sezioni Unite: dal sindacato di attendibilità a quello di maggiore attendibilità nella prospettiva della *full jurisdiction*. - 2.5. Il caso dell'abilitazione scientifica nazionale e della classificazione di una rivista giuridica in fascia A. L'ammissibilità di un sindacato di tipo sostitutivo in sede cognitoria e in sede di ottemperanza e le relative implicazioni in punto di sconfinamento. - 2.6. Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. - 2.7. Il cosiddetto "one shot temperato" e "one shot puro" alla luce della novella dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241. - 2.8. Il caso della valutazione di esclusione dalle gare per "deficit di fiducia" riservata alla Pubblica Amministrazione e della valutazione di compatibilità di un aiuto statale con il mercato interno riservata alla Commissione europea dall'art. 107 T.fue. - 2.9. Il caso delle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di conferimento di incarichi giudiziari. - 2.10. Lo sconfinamento in sede di giurisdizione di merito: il sindacato per motivi di giurisdizione sui giudizi di ottemperanza relativi a *facere* impossibile. La giurisdizione esclusiva.

2.1. *Lo sconfinamento nella sfera amministrativa quale controverso critto-tipo dell'assoluto difetto di giurisdizione.*

Pregiudizialmente è d'uopo precisare che la presente indagine non intende esplorare l'interpretazione evolutiva coniata dalle Sezioni Unite rispetto ai motivi inerenti alla giurisdizione intesi nel loro complesso, dacché l'oggetto della ricerca

non attiene al tema del controllo delle Sezioni Unite in ordine al superamento dei limiti esterni da parte dei giudici speciali, bensì a quello del controllo sulle sentenze del Consiglio di Stato in ordine all'assoluto difetto di giurisdizione nella duplice veste dello sconfinamento nella sfera amministrativa, su cui verte il capitolo presente, e del diniego di giustizia, al quale è dedicato il capitolo successivo.

Ciò in quanto la fattispecie del difetto assoluto in senso stretto¹⁸⁸, così come il vizio di irregolare composizione del collegio giudicante¹⁸⁹, hanno avuto limitata evidenza empirica e la fattispecie del difetto relativo si presta ad una mera rassegna casistica per settore di competenza della giurisdizione amministrativa, di poco interesse sul piano dogmatico.

Sul piano epistemologico, come anticipato nella Premessa, ci si propone di impostare l'indagine alla luce del metodo scientifico falsificazionista di matrice popperiana o, altrimenti detto, metodo ipotetico-deduttivo o, come lo definisce Popper, «metodo deduttivo dei controlli»¹⁹⁰.

In particolare, si intende sottoporre l'ipotesi della alterità dello sconfinamento e del diniego rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione a severi tentativi di falsificazione ovvero a dettagliati e severi controlli ad alto tasso di falsificabilità e, quindi, ad alto tasso di corroborazione.

Dalla disamina critica delle declaratorie cassatorie più significative assunte a falsificatori potenziali in grado di corroborare un'ipotesi falsificante alternativa si intende concludere nei termini dell'accettabilità scientifica provvisoria della ipotesi ivi prospettata.

Il modo di inferenza falsificante adottato è il *modus tollendo tollens* della logica classica ovvero il modo in cui la falsificazione di una conclusione implica la falsificazione della asserzione singolare assunta a ipotesi dalla quale la conclusione è dedotta e, di conseguenza, la falsificazione dell'asserzione universale derivata da assiomi e assunta a sua volta a ipotesi dalla quale l'asserzione singolare è dedotta.

¹⁸⁸ Si allude alla inesistenza di una situazione giuridica soggettiva tutelabile in sede giurisdizionale dovuta all'assenza di un parametro normativo: evenienza alquanto rara, dacché diversamente dal diritto privato nel sistema del diritto amministrativo tradizionalmente i principi svolgono una funzione direttiva-conformativa dell'interesse legittimo mediata dal Giudice amministrativo.

¹⁸⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 1 ss.; E. REDENTI, *Vizi di costituzione o composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 282 ss., anche in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, *Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962, 689 ss.; E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 469; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016, 147 ss. In giurisprudenza, v., tra le prime pronunce, Cass. civ., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro it.*, 1952, I, 1321 ss., con cui la Suprema Corte ha affermato che dalla violazione delle norme organiche, disciplinanti la composizione numerica dell'ufficio giudicante, conseguono inesistenza della sentenza e difetto di giurisdizione del giudice. Cfr. altresì sul tema Cass. civ., Sez. Un., 12 giugno 1980, n. 3737, in *Foro it.*, 1980, I, 1869 ss.

¹⁹⁰ K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, in M. TRINCHERO (a cura di), Torino, 2010.

Nel capitolo primo, muovendo dalla tradizione pretoria italo-francese della Giustizia Amministrativa, dai principi costitutivi del diritto pubblico e dalla normativa vigente storicamente contestualizzata, assunti con valenza assiomatica nella ipotesi scientifica avanzata, si è concluso nei termini dell'esclusività dell'assoluto difetto di giurisdizione, quale unico vizio deducibile in sede cassatoria, in quanto compatibile con la tradizione, i principi e la normativa della Giustizia Amministrativa.

In particolare, il legislatore costituente e il legislatore codicistico hanno ammesso il sindacato cassatorio limitatamente ai soli motivi inerenti alla giurisdizione e, dunque, lo hanno escluso in ordine al vizio di violazione di legge (sostanziale e processuale).

Inoltre, l'assoluto difetto di giurisdizione, di cui all'art. 48 Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, inerisce alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, così come storicamente interpretati, e non alla violazione dei limiti interni.

Orbene, sia lo sconfinamento nella sfera amministrativa in senso ampio sia il diniego di giurisdizione evolutivamente reinterpretato da una parte della dottrina amministrativistica, nonché qualunque altra fattispecie che ne condivida i tratti caratterizzanti individuati all'esito della indagine, ineriscono alla violazione di limiti interni e, dunque, non integrano l'assoluto difetto di giurisdizione e meritano di essere estromessi in sede cassatoria.

Giova premettere che storicamente la matrice degli attriti tra i plessi giurisdizionali affonda nelle alterne vicende normative occorse nel XIX secolo, a cui è seguito un periodo di relativa pacificazione inaugurata dal Concordato.

Tuttavia, negli anni '90 a seguito dell'incremento delle materie rientranti nella giurisdizione amministrativa esclusiva e alla generalizzazione della tutela risarcitoria sono riaffiorati reciproci irrigidimenti, acuitesi dalla sopravvenienza del cosiddetto "dinego di giustizia".

La "dilatazione" del sindacato cassatorio¹⁹¹, cui si è accennato nel capitolo primo della presente trattazione, si è avviata ben prima della pronuncia sulla

¹⁹¹ Cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *Sui «motivi attinenti alla giurisdizione»*, in *Foro amm.*, 1963, II, 315 ss.; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 357-358; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Il processo amministrativo. Studi in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979; A. BERLATI, *"Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato* in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo* in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; R. DIPACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 689 ss.; R. VILLATA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss., anche in *Id.*, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 57 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione* in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.; A. LAMORGESE, *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 aprile 2017; *Id.*, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2018, 3 gennaio 2018; F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, Roma, 2017,

pregiudiziale amministrativa, cui la maggior parte della letteratura scientifica fa costante riferimento¹⁹², in particolare in occasione delle prime pronunce degli anni Venti del secolo scorso sulla figura dello sconfinamento nel merito amministrativo¹⁹³.

Secondo un'affermazione tratteggiata dalle Sezioni Unite, ricorre lo sconfinamento da parte del Consiglio di Stato nella sfera riservata alla Pubblica Amministrazione nelle sole ipotesi in cui il Giudice amministrativo sconfini dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, ovvero invada l'ambito di competenza riservato alle valutazioni dell'autorità amministrativa, e cioè quando la sua indagine non abbia a circoscriversi entro l'ambito dei limiti richiesti dal riscontro della legittimità del provvedimento impugnato, ma risulti funzionale ad

708 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione* in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, 587 ss.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 Cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, cit.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge* in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.

¹⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, che si è inserita nel solco delle ordinanze del 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006, n. 13911. Così A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 4, richiamato da R. VILLATA, *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica*, cit., 14. Criticamente cfr. G. VERDE, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879 ss., secondo cui la Cassazione «[H]a torto quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia». Parimenti, A. LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, 2006, 10, 1175 ss., secondo cui «la Suprema Corte, pur di seguire (nella sostanza) la tesi amministrativistica che attribuisce la giurisdizione al g.a. [...], è disposta a forzare l'interpretazione dell'art. 111, ult. co., Cost. [...] e si dichiara competente a giudicare sostanzialmente nel merito (ed a cassare) le decisioni del Consiglio di Stato di cui non condivide (seppure a ragione) una soluzione interpretativa da esso accolta. Se il Consiglio confermerà in futuro la teoria della pregiudizialità verrebbe nella sostanza (secondo la Suprema Corte) a rifiutare l'esercizio della giurisdizione ad esso invece attribuita, con l'effetto di giustificare il sindacato ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c.». Allo stesso modo, v. R. ORIANI, *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 ss., il quale osserva che in una simile fattispecie «non c'è alcun motivo di giurisdizione che possa giustificare il ricorso per cassazione», concludendo che «l'orientamento si rivela del tutto inaccettabile». Auspica che «le Sezioni Unite - quando sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, di merito o esclusiva - non intendano sindacare le modalità di esercizio di tale giurisdizione, eccedendo i poteri attribuiti dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione», L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 5, 705 ss., 717: l'Autore sottolinea che «[T]alvolta, le Sezioni Unite hanno sindacato i cd limiti interni della giurisdizione, al di là di quanto consentito dall'art. 111, ottavo comma».

¹⁹³ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 10 ottobre 1924, citata da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 304 ss., che ha cassato una decisione del Consiglio di Stato sul presupposto che tale organo avesse adottato una inesatta interpretazione di una norma. Cfr. altresì Cass. Civ., Sez. Un., 21 gennaio 1928, cit. e ancora, Cass. Civ., Sez. Un., 10 aprile 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1929, 546 ss., che ha cassato una decisione del Consiglio di Stato «[...] che, annullando un atto amministrativo emanato in materia di apprezzamento discrezionale, abbia tenuto per base un concetto errato di eccesso di potere e tale da implicare una indagine di merito sull'atto stesso [...]».

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'amministrazione¹⁹⁴.

E' quanto accade nelle ipotesi in cui il Giudice amministrativo invade arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non somministrati dalla legge, cioè compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, oppure sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell'Amministrazione, o ancora adottando decisioni finali cosiddette autoesecutive, ovvero sia interamente sostitutive delle determinazioni dell'Amministrazione, con conseguente trapasso dalla giurisdizione di legittimità alla giurisdizione di merito¹⁹⁵.

La dottrina ha avvallato la “dilatazione” del sindacato sulla violazione dei limiti esterni anche allo sconfinamento nel merito amministrativo, annoverandovi anch'essa l'ipotesi in cui la stessa sentenza dell'autorità giurisdizionale abbia provveduto di fatto a riformare il provvedimento amministrativo, in tal modo sostituendosi ad esso e travalicando i limiti della giurisdizione di legittimità, nonché l'ipotesi in cui il Giudice amministrativo, pur contenendo la sua pronuncia all'interno dell'annullamento, abbia compiuto un sindacato particolarmente penetrante esteso ai profili di “opportunità” e “convenienza” nell'adozione del provvedimento¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 ottobre 2021, n. 26840, secondo cui è viziata da eccesso di potere giudiziario per sconfinamento nella sfera del merito la decisione del Consiglio di Stato adottata in sede di legittimità che decida in base ad una diretta e concreta valutazione dell'interesse pubblico collegato all'atto impugnato sotto il profilo dell'opportunità e convenienza dello stesso; Cass. civ., Sez. Un., 24 maggio 2019, n. 14264; Cass. civ., Sez. Un., 26 novembre 2018, n. 30526; Cass. civ., Sez. Un., 24 febbraio 2018, n. 2582.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2021, n. 2604, secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio ricorre qualora il Giudice amministrativo, in materia attribuita alla propria giurisdizione e per la quale la legge prevede che la *potestas iudicandi* sia limitata alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia effettuato invece (o anche) un sindacato di merito pervenendo all'annullamento dell'atto per motivi di merito oppure alla sostituzione dell'atto amministrativo impugnato mediante una pronuncia “autoesecutiva”, avente cioè il contenuto sostanziale e la esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa; Cass. civ., Sez. Un., 3 marzo 2020, n. 5904; Cass. civ., Sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18829; Cass. civ., Sez. Un., 26 novembre 2018, n. 30526.

¹⁹⁶ Cfr. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007, 205-206, che così distingue: «in primo luogo, bisogna considerare il caso in cui il giudice amministrativo, in materia soggetta esclusivamente a controllo di legittimità, giunga a sindacare, ai fini dell'annullamento del provvedimento impugnato, il vero e proprio merito (riconoscendo, quindi, nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, l'esistenza di una posizione giuridica tutelabile). Occorre, poi, esaminare l'ipotesi in cui il giudice amministrativo eserciti i poteri di riforma o di sostituzione provvedimentoale [...] non nell'ambito delle materie legislativamente ricomprese nella giurisdizione di merito ma in sede di giurisdizione generale di legittimità». Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, in www.sipotra.it, 2017; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.

Trattasi di un'interpretazione significativamente estensiva della locuzione «assoluto difetto di giurisdizione», enucleata nell'art. 40 del Testo unico 17 agosto 1907 n. 638¹⁹⁷, in quanto, convenzionalmente, «la nozione di questione di giurisdizione [è la] questione relativa alla spettanza o meno del potere decisorio su una determinata controversia in capo al giudice (civile ordinario), in ragione dell'attribuzione normativa del potere decisorio o, più genericamente, provvedimentale ad un soggetto non appartenente alla giurisdizione civile ordinaria dello Stato»¹⁹⁸.

Se la questione di giurisdizione implica l'accertamento della spettanza della *potestas iudicandi* in capo a qualsivoglia giudice da stabilire sulla base della consistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta ovvero sulla base della materia oggetto della controversia¹⁹⁹, l'assoluto difetto di giurisdizione, quale motivo di impugnazione, coincide con l'accertamento della non spettanza della *potestas iudicandi* in una controversia, ove per converso essa è stata presupposta.

Autorevole dottrina ha osservato che le Sezioni Unite non potrebbero affatto sindacare, né in via preventiva né in via successiva, lo sconfinamento del Consiglio di Stato nella sfera della discrezionalità amministrativa, dacché esso di per sé presuppone la *potestas iudicandi*.

Si sostiene, al riguardo, che «anche quando il giudice amministrativo conosce nel merito agisce però pur sempre come giudice e cioè a fini di giustizia, intendendo egli pur sempre accertare se il provvedimento emesso corrisponde o vada oltre quanto richiede il soddisfacimento dell'interesse pubblico» e, pertanto, lo sconfinamento del Giudice amministrativo nella sfera della discrezionalità riservata all'Amministrazione, lungi dal potersi configurare alla stregua di un critto-tipo dell'assoluto difetto di giurisdizione, integra una violazione di legge, la quale non dovrebbe occasionare il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione²⁰⁰.

Sulla problematica della riconducibilità dello sconfinamento all'assoluto difetto di giurisdizione si innesta la secolare questione dell'inerenza al sindacato sulla giurisdizione del potere di accertare se sussista o meno la situazione

¹⁹⁷ Se non addirittura “evolutiva” nell’accezione moderna di giurisdizione accolta dalle Sezioni Unite.

¹⁹⁸ Cfr. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 87.

¹⁹⁹ Cfr. S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 388 ss.; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 59, secondo cui «l'art. 37 c.p.c. [...] è norma nata nel processo civile, ma diventa trasversale anche negli altri processi, quello amministrativo, quello contabile e gli altri processi speciali. Ogni giudice, infatti, verifica, in via pregiudiziale la propria giurisdizione, quale condizione di decidibilità della domanda nel merito». Cfr. G. ABBAMONTE - A. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, 2° ed., Padova, 2001, 481 ss., secondo cui l'«espressione piuttosto generica» di cui all'art. 111, comma 3 (ora 8) Cost., deve essere sostanziata con riferimento all'art. 103 Cost., che individua i limiti della giurisdizione amministrativa: inesistenza di una situazione giuridica soggettiva tutelabile in sede giurisdizionale; spettanza della giurisdizione ad altro giudice; esercizio della giurisdizione in carenza di potere o esercizio di poteri riservati all'Amministrazione.

²⁰⁰ Cfr. V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra Amministrazione e giudice amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, cit., 388.

giuridica soggettiva tutelabile (in astratto o in concreto)²⁰¹: in particolare, ci si chiede se integri questione di merito o questione di giurisdizione qualificare la posizione giuridica soggettiva del ricorrente come interesse legittimo o come interesse di mero fatto.

Del tutto condivisibilmente si è affermato che «altro è che la Suprema Corte controlli se un giudice abbia invaso la sfera di attribuzioni di un diverso giudice, così risolvendo un conflitto tra giudici di diverso ordine, altro è che la Corte verifichi se la situazione giuridica soggettiva sia tutelabile ed in quale modo sia tutelabile dinanzi ad un giudice determinato», dacché, così operando in quest'ultimo caso, «la Corte dilata il concetto di giurisdizione - tradizionalmente intesa, anche all'epoca della Costituente, come sfera di attribuzioni di un giudice di un determinato ordine - penetrando nel cuore delle valutazioni che ciascun giudice fa nell'ambito delle attribuzioni assegnategli»²⁰².

Riservando opportune riflessioni ai paragrafi successivi, sin d'ora si può convenire che la fattispecie dello sconfinamento nel merito amministrativo non è sussumibile nell'assoluto difetto di giurisdizione, dacché incontrovertibilmente esso postula la spettanza della potestà giurisdizionale in capo al Giudice amministrativo che, nell'esercizio del sindacato di legittimità sulla discrezionalità, abbia esorbitato dai suoi poteri, per lo più decisori²⁰³.

Tanto che l'esito dell'accertamento è la cassazione con rinvio al medesimo giudice provvisto della potestà giurisdizionale.

Già Nigro osservava che trattasi di cattivo uso del potere giurisdizionale²⁰⁴ o, *rectius*, uso di poteri cognitori e/o decisori più ampi di quelli conferiti dalla legge: con riguardo al «vizio di sconfinamento nel campo dei poteri dell'amministrazione», «l'ipotesi più importante è quella dell'uso da parte del giudice (normalmente, il giudice amministrativo) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge [...]»²⁰⁵.

²⁰¹ Cfr. V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Il processo amministrativo. Studi in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 64, secondo cui l'indagine circa la natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, se, cioè, sussista o meno un interesse legittimo, non integra questione di giurisdizione, affermando al riguardo che «attribuire alla Cassazione quale giudice della giurisdizione il potere di stabilire se sussista o meno la situazione giuridica tutelabile (cioè se l'interesse sostanziale sotteso alla controversia sia suscettibile di protezione) significa attribuirle proprio il potere che dovrebbe spettare al giudice del merito della controversia».

²⁰² Cfr. G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., 375, il quale, dato atto di come la Suprema Corte ritenga di poter sindacare «a) se il giudice amministrativo avesse il potere di decidere; b) se avesse il potere di decidere nel merito; c) se sia incorso in valutazioni che spettano in esclusiva all'amministrazione (eccesso di potere giurisdizionale)», osserva che «[N]ei tre casi sopra ricordati [...] la Suprema Corte viene a controllare il quomodo del concreto esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo».

²⁰³ Cfr. B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo* in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; B. MAMELI, *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 2204-2205. Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 4 ss.

²⁰⁴ Dunque, non integra difetto del potere giurisdizionale.

²⁰⁵ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 179.

Si aggiunga che autorevole dottrina ne ha riconosciuto la matrice ermeneutica, con ciò disconoscendone l'ontologica inerenza alla giurisdizione: «[a]ttraverso la formula del “rifiuto di esercitare la giurisdizione” (e poi dell’“eccesso di potere giurisdizionale”) una questione che era propriamente di interpretazione della legge veniva così assunta a questione inerente alla giurisdizione»²⁰⁶.

Con regolare frequenza, poi, benché la formula non abbia espressa base normativa diversamente dall’«assoluto difetto di giurisdizione»²⁰⁷, una parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria evocano il cosiddetto “eccesso di potere giurisdizionale”²⁰⁸: una categoria che, nel corso degli anni, ha alimentato notevole incertezza negli operatori del diritto e che ha costituito le basi per la maturazione della cosiddetta “giurisdizione funzionale”, sino al punto da attentare perfino allo stesso sistema dualistico²⁰⁹.

²⁰⁶ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 349.

²⁰⁷ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2569-2570, il quale, evocando l'accezione originaria, afferma che: «[S]ino alla recente riforma del Consiglio di Stato, la legislazione italiana non conteneva alcun precetto il quale potesse efficacemente promuovere o secondare un'estensione del concetto di eccesso di potere analoga a quella compiuta dalla giurisprudenza amministrativa francese. Non mancava, però, qualche testo in cui l'espressione veniva usata nel senso più antico, né soprattutto v'era difetto di norme legislative alle quali, senza che esse ne parlassero, pur si riannodava l'idea originaria di eccesso di potere. Simili addentellati si trovano già, com'è naturale, sin nello statuto fondamentale del 1848, ove di poteri si parla nel senso stesso in cui ne discorreva la teoria costituzionale, cui è dovuto il più antico concetto dell'eccesso. Nei responsi giudiziari, che si riannodano direttamente allo statuto, l'espressione eccesso di potere viene usata nel suo significato più antico, tutte le volte che si tratta di mantenere o di riaffermare la distribuzione della potestà pubblica sancita nella carta costituzionale. Né diversamente parlano dell'eccesso di potere le sentenze le quali, anziché allo statuto, si riannodano immediatamente a leggi, che come quella sui conflitti del 1859 e quella sul contenzioso del 1865, non fanno espressa menzione di quella figura giuridica, ma regolando le relazioni fra diverse autorità, la presuppongono e la specificano».

²⁰⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 3, il quale afferma che: «[...] per eccesso di potere giurisdizionale s'intende [...] sia l'invasione da parte dei giudici amministrativi o speciali della sfera di attribuzioni riservata ai giudici ordinari o ad altri giudici speciali, sia, viceversa, l'invasione da parte del giudice ordinario della sfera riservata ai giudici amministrativi o speciali (c.d. difetto di giurisdizione-competenza), sia, infine, la invasione da parte dei giudici ordinari o speciali della sfera di attribuzioni riservata alla discrezionalità del complesso Governo-pubblica amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione). Nella terminologia della Cassazione, l'espressione «eccesso di potere giurisdizionale» è specificamente riservato, però, a quest'ultima ipotesi nell'ambito della categoria generica delle «questioni di giurisdizione» [...].».

²⁰⁹ Cfr. R. VILLATA, *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 1 ss., che nota come il dualismo risulti «consacrato in inequivocabili articoli della Costituzione [...]». Cfr. altresì A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., 369, secondo cui «[P]enetra nel sistema la consapevolezza che la funzione giurisdizionale è unitaria e che le differenze organiche tra le varie magistrature non possano ritornare a danno del principio dell'effettività della tutela resa in tempi ragionevoli. Il “conflitto” tra i giudici perde rilievo in nome di una necessaria cooperazione. In questa prospettiva, il ricorso in Cassazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 non è più un rimedio per risolvere un conflitto, ma lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva». In senso adesivo v. M.V. FERRONI, *Il ricorso in cassazione*, cit., 75 e passim, secondo cui sia il principio di effettività della

Sul punto giova richiamare le parole di Nigro: «[L]a Costituzione [...] ha accolto e costituzionalizzato [...] la struttura dualistica, conservando i due ordini di giudici, stabiliti per le decisioni delle liti contro la pubblica amministrazione, e il criterio di ripartizione delle competenze tra di essi basato sul tipo di situazione giuridica lesa (diritti soggettivi ai giudici ordinari, interessi legittimi ai giudici amministrativi)», risultando dalla Costituzione «la volontà di affermare con netta decisione la completa parità e originarietà dei due ordini di giurisdizione, sgominando ogni residua velleità di fare della giurisdizione amministrativa una giurisdizione minore ed eccezionale rispetto a quella ordinaria»²¹⁰.

Mentre le attribuzioni del giudice ordinario rispetto alla Pubblica Amministrazione postulano diritti soggettivi in capo al privato sulla base degli artt. 2 e 3 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, le attribuzioni del giudice amministrativo si fondano sulla distinzione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, già enucleata negli artt. 3 e 4 della legge 31 marzo 1889 n. 5992.

Tanto considerato, nel richiamare l'assunto secondo cui è viziata da «assoluto difetto di giurisdizione» la decisione con cui il Consiglio di Stato eserciti un sindacato di merito in una materia soggetta soltanto ad un sindacato di legittimità, la dottrina ha evidenziato come la Cassazione intenda intestarsi «un potere molto delicato»²¹¹, tale da integrare un controllo di legittimità di secondo grado atto a comprimere il sindacato del Giudice amministrativo²¹².

tutela sia il principio del giusto processo dovrebbero assurgere a parametri “formali” del controllo sulla giurisdizione. A favore dell'unitarietà della giurisdizione, cfr. A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.; Id., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, ivi, 2009, V, 369 ss.; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, ivi, 2011, V, 93 ss.; E. BALBONI, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 3, 647 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 106 ss.

²¹⁰ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 81, il quale osserva che: «un controllo troppo penetrante della Cassazione sotto tale profilo, ispirato a 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».

²¹¹ Cfr. B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568. Cfr. M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 183, che evidenziano come «[...] possa talvolta presentarsi dubbio se l'indagine compiuta a proposito di un determinato atto sia rimasta nell'ambito del giudizio di legittimità o sia entrata in quello del giudizio di merito», e che una tale valutazione risulta quasi sempre «difficilissima», rendendo possibile «una diversità di apprezzamento, la quale non tocca affatto i principi».

²¹² Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 221-222, secondo cui «Non è [chi scrive, ndr] lontano dall'ammettere che il Consiglio di Stato in qualche caso abbia errato, bensì sempre o quasi sempre [...] nei limiti della propria competenza. Ma deve pur riconoscersi che la Corte di Cassazione, - pur giudicando bene o in modo molto apprezzabile, se avesse avuto una potestà di revisione completa o di merito, quella potestà di revisione che nei giudizi ordinari si suole denominare giudizio di secondo grado o di appello, o anche solo giudizio di legittimità - nelle sentenze che saranno prese in esame non si è attenuta, pressoché mai, esorbitandone, ai limiti delle sue attribuzioni, quali sono disciplinate, in genere, dalla legge sui conflitti del 31 marzo 1877 e dall'art. 48 della legge sul Consiglio di Stato (T.U. 26 giugno 1924, n. 1054), ferendo e mortificando per tal modo quella che è l'essenza, la ragion d'essere degli istituti della giustizia amministrativa». Aggiunge l'Autore

Cristofanetti attenzionava sui casi «in cui la Corte di Cassazione è uscita dai tassativi confini delle sue attribuzioni, indagando, se il Consiglio di Stato - nell'esercizio della propria competenza giurisdizionale-amministrativa consistente nella interpretazione ed applicazione delle leggi, che l'amministrazione ha applicato o doveva applicare nel suo provvedimento impugnato, e nella cognizione dell'eccesso di potere, ai termini dell'art. 26 della legge (T.U.) 26 giugno 1924, n. 1054 - abbia diminuito la sfera libera d'azione dell'autorità amministrativa, abbia arrecato o sembrato arrecare una non consentita diminuzione di facoltà discrezionali alla pubblica amministrazione»²¹³.

Anche Mariano D'Amelio e Santi Romano si interrogavano sulla legittimità del sindacato sullo sconfinamento, osservando che «se è pacificamente escluso che l'eccesso di potere amministrativo possa direttamente, in sé e per sé, formare oggetto di esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è questione molto difficile e delicata se queste possano indirettamente compiere tale esame»²¹⁴.

Dunque, non solo la fattispecie astratta dello sconfinamento esula dalla categoria normativa dell'assoluto difetto di giurisdizione, ma l'accertamento in concreto dello sconfinamento si risolve in un riesame del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo svolto dal Giudice amministrativo, in

«[...] con la giurisprudenza sulle sovrimposte l'antica Cassazione Romana portò ai supremi vertici la penetrazione e il sindacato sull'esercizio delle attribuzioni spettanti al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. [...] questa intenzione di erigersi non esclusivamente a regolatrice della competenza, ma a sindacatrice del modo di esercizio di essa - pur nell'ambito delle facoltà spettanti al Consiglio di Stato - è manifesta ed è anzi esplicitamente dichiarata: come anche si avverte il desiderio, non già di limitarsi a interpretare propriamente e correttamente la legge, quanto di volere modificarla, mostrandone in sostanza gli inconvenienti» (290-291).

²¹³ Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 293. Si osserva che «è certo che un giudice, che debba giudicare sulla competenza di altre autorità giurisdizionali, ordinarie o speciali, ha potere soltanto sull'applicazione delle norme di competenza del giudice sottoposto, per vedere se sieno da questo state bene applicate, non certo e non mai sulle altre norme, non su altre norme procedurali, non sulle norme riguardanti l'attività e il comportamento delle parti svoltisi prima del giudizio, donde la conseguenza che è estraneo al giudizio dell'organo supremo regolatore delle competenze l'esaminare e il decidere se tali norme il giudice controllato abbia bene o male interpretato ed applicato». Infine, si aggiunge che «il non esservi nessun giudice che cassi la Cassazione, il mancare sanzioni e gravami ulteriori, non toglie che, essendo il potere regolatore dettato da norma giuridica, esso non debba trasmodare».

²¹⁴ Cfr. M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., (182-183). Stante il difetto assoluto di giurisdizione, gli Autori evidenziano come la Suprema Corte lo abbia ravvisato non solo quando la materia non rientri affatto nella giurisdizione dell'organo, ma anche qualora quest'ultimo, nell'indagare la legittimità dell'atto, abbia oltrepassato i limiti alla sua potestà. In tal senso, gli Autori postulano che le Sezioni Unite hanno spesso avuto modo di pronunciarsi sui limiti dell'indagine compiuta dal Consiglio di Stato nei singoli casi. Nel delineare i tratti dell'eccesso di potere amministrativo nell'ambito del giudizio di legittimità e nell'evidenziare come un tale giudizio risulti diverso da quello di merito, gli Autori evidenziano come lo scrutinio in ordine al se l'indagine su un determinato atto sia rimasta entro l'ambito del giudizio di legittimità risulti ostico.

violazione del dettato legislativo del 1924 (tuttora vigente) e successivamente del dettato costituzionale del 1948²¹⁵.

Il dato più interessante, che si evince dall'esame della giurisprudenza cassatoria degli anni Venti del secolo scorso²¹⁶, è il fatto che, al di là di perifrasi ridondanti, lo sconfinamento quale figura patologica del sindacato del Giudice amministrativo è dovuto ad una errata interpretazione della legge sostanziale e/o della legge processuale²¹⁷, di per sé rientrante nei limiti interni insindacabili dalla Suprema Corte²¹⁸.

²¹⁵ Il legislatore codicistico non ha abrogato espressamente l'art. 48, r.d. n. 1054/1924. Secondo una parte della dottrina, è stata una scelta consapevole se si considera che l'art. 4 c. 1, all. n. 4, contenente le norme di coordinamento e abrogazione del Codice del Processo Amministrativo, abroga una serie di articoli omettendo l'art. 48 con la seguente locuzione "sono abrogati, tra gli altri, gli artt. da 34 a 47 e da 49 a 56 compresi", manifestando, pertanto, una cosciente volontà di mantenere l'espressione "assoluto difetto di giurisdizione". Si considerino le motivazioni addotte da L. CRISTOFANETTI, *op. cit.*, 7-8, quando, nel segnalare la dilatazione del sindacato cassatorio, ne coglie la *ratio* nel «il pullulare di giurisdizioni speciali, create nel tempo della grande guerra e nell'immediato dopo guerra, mantenutesi sino ai nostri giorni, quando, per volontà e merito del Governo Fascista, tutti i residui della cosiddetta bardatura di guerra furono aboliti, può avere ingenerato come un particolare *status mentis* nel Supremo Collegio regolatore, per cui esigenze singole - di restringere l'arbitrio *interpretativo* di norme giuridiche speciali da parte di collegi giurisdizionali sorti senza troppa elaborazione legislativa e tendenti ad allargare in tal modo la propria ristretta competenza - hanno condotto ad esercitare il più ampio potere di censura non meramente regolatrice anche sulla giurisdizione del Consiglio di Stato, senza troppo badare alla differente ragion di essere di una giurisdizione, per quanto speciale ai sensi dell'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, tuttavia, sotto altro riguardo, generale e permanente, quale quella del Consiglio di Stato, organo supremo della giustizia amministrativa, in confronto di giurisdizioni eccezionali sorte, non organicamente, ma sporadicamente, per bisogni transeunti senza neppure una sufficiente elaborazione preparatoria, ma spesso tumultuariamente e come *ad modum belli*». Cfr., sul punto, O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, 167 ss. e di S. ROMANO, *op. cit.*, 1256, che rilevava: «quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per dir così, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi».

²¹⁶ Cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 1567-1568, che precisa «verso la fine degli anni Venti è dato ormai per acquisito dalla Cassazione il principio secondo cui "il difetto di giurisdizione che importa, ai sensi dell'art. 48 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, l'annullamento di una decisione del Consiglio di Stato, si verifica non soltanto quando la materia che forma oggetto di tale decisione non rientri nella sua giurisdizione, ma anche quando, pur potendo da parte del detto consiglio venire esercitato sulla materia in esame un sindacato di legittimità, e sarebbe invece esercitato un sindacato di merito, invadendo così il campo proprio dell'attività amministrativa" (Cass. 21 gennaio 1928, *Foro it.*, Rep. 1928, voce *Conflitto di attribuzioni*, n. 10; 27 luglio 1929, *id.*, Rep. 1929, voce *Cassazione civile*, n. 11)».

²¹⁷ V. Cass. civ., Sez. Un., 10 ottobre 1924, *cit.*, commentata criticamente da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, 300 ss., 304 ss., il quale sottolinea come in una materia in cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale era competente la Cassazione si era ingerita censurando un eccesso di potere giurisdizionale, laddove trattasi di mera interpretazione e applicazione di legge (307).

²¹⁸ Più acquiescente è stata la giurisprudenza cassatoria degli anni Trenta, che alla luce del Concordato non si è ingerita affatto, neppure indirettamente, nel sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 1940, n. 1948, in *Foro it.*, 1941, I, 407 ss., secondo cui non è inficiata da eccesso di potere la decisione del Consiglio di Stato che compie un riesame del contenuto del provvedimento, agli effetti dell'accertamento in ordine al

Illogica appare la posizione della giurisprudenza, che, pur affermando che la violazione dei limiti esterni non è configurabile con riferimento all'attività di interpretazione delle norme effettuata dal Giudice speciale perchè tale attività - anche quando la *voluntas legis* sia stata individuata, non in base al tenore letterale delle singole disposizioni, ma alla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico - rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sè sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale ma, eventualmente, dare luogo ad un *error in iudicando* estraneo al sindacato delle Sezioni Unite, ammette la sindacabilità in sede cassatoria dello sconfinamento, sconfessandone l'ontologica natura interpretativa²¹⁹.

Emerge il tentativo coltivato da una parte della giurisprudenza cassatoria di assimilare al cosiddetto "eccesso di potere giurisdizionale" anche *errores in procedendo* particolarmente qualificati e di gravità tale da meritare la censura delle Sezioni Unite²²⁰.

Trattasi di corrente affermata negli anni '80, che, a seguito della revisione dell'art. 111 Cost., della devoluzione di materie al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva e dell'affermarsi del diritto eurolunitario, ha trovato ulteriori addentellati.

Benché nel corso degli anni la giurisprudenza maggioritaria abbia ribadito che il sindacato della Suprema Corte sulle decisioni del Consiglio di Stato è limitato all'esame dei vizi inerenti all'essenza della funzione, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio, restando sottratte le violazioni da erronea interpretazione o falsa applicazione di norme giuridiche, da vizio del processo logico della decisione, da una omessa valutazione delle prove e dall'inosservanza delle norme disciplinanti il processo²²¹, la transizione dai limiti esterni in senso stretto alla cosiddetta "giurisdizione funzionale", di cui si tratterà nel capitolo

se l'atto amministrativo sia viziato da eccesso di potere; Cass. civ., Sez. Un., 24 marzo 1939, n. 978, *ivi*, 1939, I, 529 ss., secondo cui non esorbita dai limiti del sindacato di legittimità la decisione che, pronunciando sull'impugnativa dei risultati di un concorso, li abbia riesaminati sotto il profilo dell'eccesso di potere, violando o applicando erroneamente i criteri dalla legge o dall'amministrazione stessa fissati per la classificazione dei titoli, o, ancora, abbia sindacato l'operato della Commissione che riconobbe o disconobbe l'attendibilità di alcuni titoli o che abbia motivato più o meno sufficientemente. In dottrina, v. A. TORRENTE, *Giurisprudenza della Corte di Cassazione su questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 255.

²¹⁹ Orientamento consolidato, di recente ribadito da Cass. civ., Sez. Un., 26 luglio 2022, n. 23241; Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 2021, n. 40550; Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2021, n. 31541; Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2021, n. 18976.

²²⁰ Tema che si tratterà *funditus* nel capitolo terzo.

²²¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9687; Cass. civ., Sez. Un., 9 giugno 2011, n. 12539; Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2008, n. 10971; Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2003, n. 574; Cass. civ., Sez. Un., 7 febbraio 1970, n. 285, in *Foro it.*, Mass. civ., Sez. Un., 7 luglio 1967, n. 1673, in *Foro it.*, 1967, I, 2565 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 30 gennaio 1967, n. 253, in *Foro it.*, 1967, I, 500 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 1966, n. 2889, in *Foro it.*, Rep. 1966, v. Giustizia amministrativa, n. 688. È esclusa la possibilità di far valere errori in procedendo o in iudicando, la cui denuncia, implicando una censura di violazione delle norme processuali o sostanziali che regolano la fattispecie, non attiene all'essenza o ai limiti esterni della funzione giurisdizionale, ma alle modalità di esercizio della stessa insindacabile in sede cassatoria.

successivo, è dovuta alla qualificazione quale *error in procedendo* dell'assoluto difetto di giurisdizione²²².

Carnelutti, muovendo dalle ricostruzioni di Chiovenda e Calamandrei succintamente illustrate nel capitolo precedente, evidenziava che l'eccesso di potere non può ridursi ad una mera violazione della legge sostanziale o processuale o, altrimenti detto, ad un qualunque cattivo uso del potere²²³.

Dunque, se il vizio sulla spettanza o meno della potestà giurisdizionale di matrice normativa è dequotato dalla giurisprudenza cassatoria ad una mera violazione della legge processuale integrata nell'esercizio della funzione giurisdizionale, nulla osta a che ad esso siano riconducibili, oltre allo sconfinamento, anche altre violazioni della legge processuale, talmente gravi e qualificate da integrare un assoluto difetto di giurisdizione in senso lato, non rispettoso né della tradizione pretoria garantista della Giustizia Amministrativa, né dei principi del diritto pubblico, né del vigente dettato normativo.

2.2. *Le problematiche concettuali sul rapporto tra la funzione amministrativa, i limiti alla discrezionalità e l'eccesso di potere.*

Riservando al capitolo successivo l'indagine sulle ipotesi di confine tra la violazione dei limiti esterni e la violazione dei limiti interni della giurisdizione, nel presente capitolo si intende approfondire il nucleo dello sconfinamento nel merito amministrativo, a prescindere dalle pleonastiche classificazioni della giurisprudenza cassatoria, così da isolarne i tratti caratterizzanti, al fine di sostenerne l'alterità rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione e vagliare la scientificità della tesi prospettata all'esito di severi controlli di falsificazione nelle

²²² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 1987, n. 302, in cui si afferma che il «difetto di giurisdizione» consiste «in una forma di *error in procedendo*, il quale ricorre quando [con] la decisione impugnata sia stata invasa la sfera di attribuzione propria di altri poteri dello Stato (essendosi compiuti, ad esempio, direttamente e con efficacia vincolante, apprezzamenti ed accertamenti su regole di buona amministrazione [...]); o sia stata invasa la sfera di attribuzione propria dell'ordine giudiziario ordinario o di un ordine di giurisdizione speciale; o sia stata invasa la sfera della giurisdizione di merito quando il Consiglio di Stato ha soltanto giurisdizione di legittimità; o vi sia stato, da parte del Consiglio di Stato, un rifiuto di operare nella propria sfera; o la decisione sia stata emessa da un organo irregolarmente costituito in modo da non corrispondere, in via assoluta, al modello astratto legale». Cfr. altresì Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 1963, n. 948, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 268, secondo cui è sindacabile dinanzi alle Sezioni Unite l'*error in procedendo* che abbia indotto il Consiglio di Stato, nell'esercizio della giurisdizione speciale allo stesso attribuita dalla legge, a sconfinare nell'ambito dei poteri spettanti ad altri organi di giurisdizione ovvero di quelli spettanti ad altri organi di natura diversa.

²²³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 42-43, secondo cui «[...] quando la violazione di legge si qualifica come *error in procedendo*, torna ad essere quasi banale la osservazione che si risolve anche in un eccesso di potere: se la legge segna la strada al giudice, ne limita il potere; eccesso di potere e violazione di legge sono dunque due espressioni diverse di un medesimo fenomeno. Per l'*error in iudicando* può apparire invece meno comune e meno agevole l'affermazione che logicamente possa configurarsi quale un eccesso di potere, ma è pur giusta. Questa affermazione si dimostra considerando che un obbligo del giudice di decidere le liti secundum ius è compreso nell'ordine giuridico vigente», di talché conclude con Raggi che «[...] non qualunque cattivo uso del potere potrebbe essere considerato come eccesso, perché se no sparirebbe la differenza tra l'eccesso e la violazione di legge».

fattispecie più significative, tali in forza dell'elevata portata falsificante e, dunque, corroborante.

Il dibattito sullo sconfinamento nel merito amministrativo si risolve nell'indagine sui limiti alla discrezionalità.

Il perno, attorno al quale ricostruire dogmaticamente la fattispecie, diviene l'esatta definizione del ruolo dei diversi plessi giurisdizionali nell'opera di individuazione e applicazione di tali limiti.

Benché in astratto le coordinate ermeneutiche dettate dalla giurisprudenza cassatoria appaiano univoche, in realtà la labilità del confine tra discrezionalità e merito, legittimità e merito, poteri cognitori e poteri esecutivi osta ad un rigoroso accertamento dello sconfinamento, favorendo per converso un controllo di legittimità di terzo grado sull'eccesso del potere amministrativo²²⁴.

Un epilogo pressoché ineludibile, nel caso in cui si aderisca a dilatare la categoria dell'assoluto difetto di giurisdizione anche alla cangiante fattispecie dello sconfinamento.

Già Ferri evidenziava come la Cassazione, dovendo necessariamente riesaminare il contenuto delle valutazioni e dell'accertamento svolto dal Consiglio di Stato, provvedesse ad «un vero e proprio riesame della sentenza, che investe il merito della causa»²²⁵.

Addirittura, secondo Modugno, «[...] nel verificare se il giudice amministrativo si sia mantenuto nell'ambito della competenza di legittimità o non abbia piuttosto sconfinato nel merito, la Cassazione può finire per sostituirsi, in pratica, ad esso nella cognizione diretta dei vizi del provvedimento amministrativo, pur avendo riconosciuto in astratto l'esistenza della potestà amministrativa», di talché «la sua indagine rischia, in tal modo, di spostarsi dalla cognizione dell'eccesso di potere giurisdizionale all'esame, ad esempio, dello stesso eccesso di potere amministrativo»²²⁶.

Come evidenziato nel capitolo precedente dedicato all'inquadramento storico, nel 1907 il legislatore, al fine di prevenire gli effetti negativi di una siffatta commistione, in sostituzione della locuzione precedente «incompetenza ed

²²⁴ Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 231, il quale ammonisce che il sindacato cassatorio debba esercitarsi «nei limiti più ristretti, nei soli casi cioè in cui propriamente difetto assoluto di giurisdizione si verifichi, per la materia sottoposta alla giurisdizione del Consiglio di Stato o per la materia da questo decisa con la sua pronunzia». L'Autore puntualizza, in tal senso, come occorra che sia «esclusa ogni indagine e censura da parte della Suprema Corte sull'uso, legittimo o no, della giurisdizione stessa, ed esclusa in ispecial modo la identificazione o, direbbesi meglio, confusione fra l'eccesso di potere giurisdizionale della legge del 1877 e l'eccesso di potere amministrativo, contemplato dalle leggi sulla giustizia amministrativa [...]; confusione o identificazione che, senza esprimerlo, vien fatta in sentenze della Corte di Cassazione rispetto a decisioni del Consiglio di Stato, da essa Corte annullate».

²²⁵ Cfr. C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 359.

²²⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 7.

eccesso di potere» coniata nel 1877, ha circoscritto l'impugnazione all'«assoluto difetto di giurisdizione»²²⁷.

Ebbene, nonostante l'espresso dettato normativo tuttora non abrogato²²⁸, impropriamente la giurisprudenza cassatoria ha attratto nel sindacato anche la fattispecie dello sconfinamento, con ciò intestandosi un controllo sul sindacato del Giudice Amministrativo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere e neutralizzando di fatto la portata innovativa della novella.

Ne è risultato che le criticità emerse nella costruzione dogmatica dell'eccesso di potere amministrativo e, in particolare, la promiscuità tra le categorie della legittimità, della discrezionalità e del merito, diversamente modulata a seconda della materia, si sono acuite in sede cassatoria²²⁹.

Al fine di indagarne compiutamente eziologia ed effetti limitatamente ai fini della presente trattazione il cui oggetto è circoscritto all'assoluto difetto di giurisdizione, occorre risalire alla matrice dogmatica delle categorie in oggetto.

Storicamente la matrice dell'eccesso di potere amministrativo risale alla giurisprudenza del *Conseil d'État*, che ha individuato, nel quadro della più generale categoria dell'*excès de pouvoir*, quella specifica del *détournement de pouvoir*, legato allo 'sviamento di potere', integrato ogniqualvolta il potere discrezionale fosse stato concretamente strumentalizzato ad uno scopo diverso da quello fissato dalla legge²³⁰.

L'intera parabola del controllo giuridico della discrezionalità può compendiarsi nella regola coniata da Romagnosi della ricerca dell'utile generale col minimo privato nocumento.

²²⁷ L'art. 48 del Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054, recante "Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato" ripropone l'art. 6, l. 7 marzo 1907, n. 62, confluito nel T.U. 17 agosto 1907, n. 638 (art. 40), secondo il quale «Le decisioni pronunziate in sede giurisdizionale possono, agli effetti della L. 31 marzo 1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso per cassazione. Tale ricorso, tuttavia, è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato».

²²⁸ Il legislatore codicistico non ha abrogato espressamente l'art. 48, r.d. n. 1054/1924. Secondo una parte della dottrina, è stata una scelta consapevole se si considera che l'art. 4 c. 1, all. n. 4, contenente le norme di coordinamento e abrogazione del Codice del Processo Amministrativo, abroga una serie di articoli omettendo l'art. 48 con la seguente locuzione "sono abrogati, tra gli altri, gli artt. da 34 a 47 e da 49 a 56 compresi", manifestando, pertanto, una cosciente volontà di mantenere l'espressione "assoluto difetto di giurisdizione".

²²⁹ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.

²³⁰ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2567, secondo cui tale «[...] forma speciale di eccesso [...] dette modo alle parti di chiedere, e al Consiglio di consentire l'annullamento di molti atti discrezionali, corretti nella forma e non contrari alla lettera delle legge, ma disconoscanti lo scopo e lo spirito suo». Cfr. altresì F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, cit., 167, che evoca la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese: «[I]l Consiglio affermò infatti che, se la pubblica amministrazione, nel determinarsi all'emanazione dei provvedimenti discrezionali, non è vincolata dalla lettera della legge quanto alla scelta dei mezzi, certamente è vincolata dallo spirito di essa quanto allo scopo da perseguire, volendo appunto la legge tale scopo sempre conforme al pubblico interesse. Di qui la illegittimità degli atti discrezionali emessi per un fine diverso da quello voluto dalla legge e la sua competenza a giudicare, quindi, di tutti i casi nei quali il potere amministrativo fosse sviato (*détourné*) dallo scopo legale».

Nel solco di Romagnosi, Vittorio Emanuele Orlando ha prospettato in capo all'Amministrazione un vero e proprio obbligo giuridico di curare gli interessi dei singoli, pure accordandoli con il bene della comunità²³¹.

Anche per Santi Romano è evidente che gli interessi generali, che è compito della Pubblica Amministrazione curare, non risultano che dal contemperamento dei vari interessi singoli, poiché l'autorità amministrativa deve prenderli in considerazione e soddisfarli quando ciò sia possibile e opportuno²³².

Interessi singoli, la cui tutela è rimessa alla giurisdizione amministrativa a partire dalla norma processuale di carattere remediale del 1889²³³.

Orbene, in difetto di una norma che tutelasse i singoli di fronte alla discrezionalità, l'ancoraggio allo spirito della legge cioè all'interesse pubblico ha integrato lo strumento con cui addivenire alla giuridificazione della discrezionalità prima della positivizzazione: nella valutazione dell'interesse pubblico imposto dalla norma si è innestato l'obbligo di cura e ponderazione degli interessi dei singoli.

Sul piano pratico, Vittorio Emanuele Orlando, per garantire il controllo sulla discrezionalità intestato in capo alla IV Sezione ed evitare l'equiparazione dell'eccesso di potere amministrativo con la violazione di legge, ha distinto il vizio di illegalità (comprensivo di incompetenza e violazione di legge) e il vizio di eccesso di potere amministrativo rapportato all'*aequitas* romana²³⁴.

Sul significato dell'espressione "eccesso di potere" di cui all'art. 3 della L. 31 marzo 1889, n. 5992²³⁵, successivamente confluita nell'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), la dottrina ha dibattuto con veemenza, non pervenendo tuttavia a conclusioni condivise²³⁶.

²³¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii*, cit, p. 346.

²³² Cfr. S. ROMANO, *Principii*, cit., p.45.

²³³ Cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit, p. 740.

²³⁴ Cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit, p. 717.

²³⁵ Tale legge (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato) è confluita nel R.D. 2 giugno 1889, n. 6166 (Testo unico sul Consiglio di Stato), che all'art. 24 sanciva l'impugnabilità, davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, degli atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che avessero per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici.

²³⁶ Cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., secondo cui «[...] quando il nostro legislatore adottò la voce «eccesso di potere» gli attribuì una portata più o meno corrispondente a quel tipo di vizio che la giurisprudenza del *Conseil d'État* aveva battezzato *détournement de pouvoir*». V. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 304, ove l'Autore rappresenta la tesi estensiva (riferendosi ad autorevoli voci in sede parlamentare «favorevoli ad estendere la nozione dell'eccesso di potere fin quasi a rasentare l'abuso di potere [...]», all'uopo richiamando l'opinione di Auriti secondo cui l'eccesso di potere comprenderebbe il caso in cui si esegua la legge ma non ne sia rispettato lo spirito), così come l'opinione restrittiva «[...] propensa a ritenere che il legislatore del 1889 avesse usato la formula dell'eccesso di potere con l'identico significato tradizionalmente attribuito all'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761 [...]», che, evidenzia Bassi, «incontrò indubbiamente meno favore» (302). L'Autore evidenzia che «[...] già nei primi anni successivi alla propria istituzione la IV Sezione del Consiglio di Stato manifestò chiaramente il proprio intendimento di dilatare i confini della figura dell'eccesso di potere, utilizzando i risultati a cui era pervenuta la giurisprudenza amministrativa francese [...]». Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 475. Gli Autori rappresentano l'evoluzione dell'eccesso di potere,

Mentre secondo Codacci Pisanelli il conferimento del significato di sviamento nella legge del 1889, a fianco dell'altro significato di straripamento della legge del 1877, altro non sarebbe stato che un «ampliamento» della nozione²³⁷, per Delfino i due fenomeni non hanno tra loro alcun elemento di comunanza, riguardando l'uno «[...] il cattivo uso di un potere legittimamente conferito, l'altro l'esercizio di un potere non concesso»²³⁸.

Sullo sfondo del problema secolare del riparto di giurisdizione, in funzione del quale la discrezionalità è assunta quale criterio discretivo delle posizioni soggettive, la giuspubblicistica liberale e, in particolare, la scuola siciliana ha codificato gli elementi essenziali del controllo giuridico della discrezionalità: un sindacato giuridico svolto in rapporto allo scopo e allo spirito della legge, un controllo di legalità più penetrante di quello estrinseco, una giuridificazione parziale della discrezionalità a fianco della opportunità amministrativa insindacabile.

Dunque, il potere discrezionale esiste soltanto se è un potere giuridicamente costituito e legittimamente esercitato.

In seguito, Benvenuti ha ricostruito la categoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa²³⁹.

Sin dai primi anni del secolo scorso la giurisprudenza amministrativa ha aderito alla tesi estensiva fondata sull'accezione di sviamento dallo scopo prefissato dalla legge, con ciò recidendo ogni ancoraggio con il significato più

che «[C]ome già in Francia, anche in Italia [...] diviene il mezzo per controllare la discrezionalità dell'amministrazione, per consentire il sindacato sulle scelte discrezionali, dunque riferito a problemi che non hanno nulla da spartire con lo straripamento di potere».

²³⁷ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2927.

²³⁸ Cfr. F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, cit., 187, nota n. 67.

²³⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 993-994. Cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 321, il quale evidenzia che, nell'ambito del giudizio sulla legittimità dell'atto, il giudice «non scende ad una compiuta analisi della fattispecie, non va a confrontare il fatto dei singoli elementi con lo schema normativo, ma induce l'esistenza del vizio dalla constatazione di talune carenze individuabili da operazioni di logica (contraddittorietà di provvedimenti, manifesta illogicità), o di queste in collegamento con principi regolatori dell'attività amministrativa (manifesta ingiustizia, disparità di trattamento)». Prosegue l'Autore: «nel primo caso l'invalidazione dell'atto segue, come conseguenza, all'accertamento di un fatto che si riconosce causa del vizio in un singolo elemento dell'atto [...]; nel secondo invece l'invalidazione segue al riconoscimento dell'esistenza di una situazione che, pur senza essere, almeno in quel senso, la causa del vizio, e senza che sia individuato l'elemento viziato, è tuttavia tratta a giustificare ugualmente l'annullamento dell'atto impugnato». Benvenuti giunge a concepire le figure sintomatiche come «vere seppure non intrinseche ragioni di invalidità dell'atto amministrativo», facendone emergere la natura sostanziale (e non di sintomi rivelatori dell'esistenza di un vizio in un elemento dell'atto), e il loro «valore sostanziale di vizio dell'atto»; più nello specifico, la loro natura di «vizi estrinseci dell'atto». In F. BENVENUTI, in Id., *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., Padova, 1987, 108-109, l'Autore distingue tra sviamento di potere come vizio della causa dell'atto («l'agente ha deviato dalla causa dell'atto soddisfacendo un interesse funzionale diverso da quello protetto dalla norma attributiva del potere») e eccesso di potere come vizio della funzione (quando «la deviazione della relazione causale tra fattispecie astratta e fattispecie reale[,] avviene in un momento anteriore: precisamente nel momento di esplicazione della funzione. In questi casi non è, di per sé, viziata la causa dell'atto ma la funzione, la quale si è esplicata senza tener conto di alcuni principii giuridici vincolanti dell'agire dell'Amministrazione»).

antico di straripamento condiviso con l'“eccesso di potere giurisdizionale” o, altrimenti detto, assoluto difetto di giurisdizione²⁴⁰.

Orbene, dalla configurazione originaria dell'eccesso di potere come 'straripamento' di un potere nelle prerogative riconosciute dalla legge ad un altro potere si è transitati ad una concezione in termini di 'sviamento' del potere, avendo riguardo all'ambito applicativo di uno stesso potere, che nel suo esercizio veniva 'sviato' rispetto al fine predeterminato dalla norma attributiva.

In un'ottica garantista l'eccesso di potere è ancorato alla funzione amministrativa: prima di autonomizzarsi sul piano concettuale viene elaborata la sistematica delle figure sintomatiche, mai del tutto caducata dalla giurisprudenza ma diversamente modulata in misura sempre più pregnante.

La nozione di straripamento ha connotato sia l'eccesso di potere giurisdizionale sia l'eccesso di potere amministrativo.

Tuttavia, mentre nel primo avrebbe dovuto mantenersi tale in ossequio alla tradizione, ai principi e al dettato costituzionale e codicistico, nel secondo si è evoluta sino al punto di autonomizzarsi quale vizio di nullità dell'atto amministrativo²⁴¹.

Ebbene, è stata l'affinità concettuale, oltre che nominale, delle due categorie a legittimare le Sezioni Unite a dissociarsi dall'assoluto difetto di giurisdizione per addivenire, dapprima, ad includervi la fattispecie dello sconfinamento inteso come straripamento non più tra poteri diversi o organi diversi dello stesso potere ma tra giurisdizioni diverse dello stesso organo e, poi, addirittura a strumentalizzare il diniego di giurisdizione nei termini di diniego di giustizia e delle forme di tutela.

In conclusione, assumendo che storicamente l'assoluto difetto di giurisdizione altro non è che l'esercizio di un potere non concesso e non il cattivo uso di un potere legittimamente conferito, ad esso non è in alcun modo riconducibile lo sconfinamento nel merito, a meno che non si acceda ad una nozione di eccesso di potere giudiziario speculare a quella risultante dall'evoluzione dell'eccesso di potere amministrativo in termini di sviamento,

²⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 1910, in *Foro it.*, 1911, III, 55 ss., che riferisce alla forma tipica dell'eccesso di potere, ovvero allo sviamento, «il far servire una legge ad uno scopo assolutamente diverso da quello cui la legge stessa intende»; Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 1908, *ivi*, 1909, III, 8 ss., che richiama la sanzione della nullità: «[È] noto come la giurisprudenza della IV Sezione abbia fin dal suo inizio ammesso come motivi di nullità degli atti amministrativi il vizio dello sviamento di potere, quando, cioè, una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti i quali contengono qualcosa d'illogico, d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge».

²⁴¹ Cfr. R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, cit., 83 ss., secondo cui il concetto fatto proprio dal Consiglio di Stato ricomprendeva «[...] anche questo significato, originario e letterale di «mancanza assoluta di potestà ad emanare il provvedimento, da parte dell'autorità amministrativa», e di «eccesso dei poteri conferiti dalla legge, da parte di un organo amministrativo»» (86). Il significato originario dell'espressione 'eccesso di potere' di cui (tra l'altro) alla legge istitutiva della IV Sez. del Consiglio di Stato del 1889 come 'straripamento di potere' (inteso a sua volta come incompetenza assoluta) è messo in luce altresì da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 706, che evidenzia come la nozione si sia emancipata dalla accezione originaria.

con le relative problematiche implicazioni sul piano istituzionale tra Sezioni Unite e Consiglio di Stato.

Ciò premesso, prima di addivenire agli esiti cui è approdata la riflessione scientifica in punto di sindacato sulla discrezionalità indirettamente oggetto del controllo delle Sezioni Unite, è quanto mai opportuno soffermarsi brevemente su alcuni profili della discrezionalità di stampo prettamente dogmatico.

2.2.1. *Il fulcro della questione imperniato sul confine tra discrezionalità e merito, tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, tra violazione di legge ed eccesso di potere (giurisdizionale).*

In antitesi alla dottrina di derivazione tedesca, che voleva risolvere tutta l'attività amministrativa nell'esecuzione e nell'interpretazione della legge, il concetto di discrezionalità è preconizzato dalla giuspubblicistica liberale in opposizione alla mera libertà privata e, in funzione garantista, in applicazione del principio del minimo privato nocumento.

Originariamente la discrezionalità è assunta quale criterio discretivo per discernere diritti soggettivi e interessi legittimi nelle controversie di diritto pubblico in funzione del riparto di giurisdizione.

La strumentalizzazione a fini processuali ha irrigidito non solo la dogmatica della discrezionalità, ma anche la dogmatica delle posizioni soggettive, al punto tale da rallentarne la maturazione verso una concezione pienamente sostanzialista almeno sino a Ranelletti.

Ben presto ci si è avveduti della irrazionalità di un sistema che non permetteva al titolare di un diritto soggettivo, non degradato perché leso da un provvedimento vincolato, di beneficiare della tutela della giurisdizione amministrativa.

Ci si è avviati così, sempre per il tramite dell'artificio delle posizioni soggettive, verso il fisiologico criterio di riparto dei sistemi dualistici: la qualificazione "pubblicistica" del potere, sia esso discrezionale o vincolato.

Il carattere discrezionale o vincolato del provvedimento ha, infatti, rilievo soltanto all'interno di tale giurisdizione, modulandone i relativi poteri.

I limiti del potere o della discrezionalità concorrono al confronto fra posizioni soggettive, ma non interessano il riparto di giurisdizione.

Un embrionale controllo giudiziale sull'atto discrezionale si è affermato con l'elaborazione della categoria del *détournement de pouvoir*: in tal senso, è stata gradualmente abbandonata l'idea della discrezionalità come insindacabilità²⁴².

Opportunamente è stato osservato in dottrina come l'annoveramento dell'eccesso di potere per sviamento tra i vizi di annullamento dell'atto «corrisponde[ss]e] perfettamente all'indole del nuovo controllo giurisdizionale» prescritto dalla legge del 1889.

²⁴² Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 46.

Quest'ultimo, incentrato sulla legittimità, non si sarebbe circoscritto ad una «mera e formale indagine di stretto diritto dalla quale l'esame e la valutazione dei fatti abbia a rimanere esclusa in quella misura nella quale viene eliminata da un ordinario giudizio di cassazione»²⁴³.

Senza addentrarsi nelle innumerevoli teorie che hanno affollato il dibattito in ordine alla natura del fenomeno in esame, l'essenza della discrezionalità non risiede nella possibilità di scelta tra conseguenze giuridiche di una fattispecie determinata, ma nella funzionalizzazione della scelta alla realizzazione dell'interesse pubblico, ovvero all'attività di ponderazione comparativa di (più) interessi in capo all'autorità²⁴⁴.

Nella ricostruzione dogmatica elaborata da Giannini, successiva a quella preconizzata dalla giuspubblicistica liberale di matrice orlandiana e romaniana, fondamento della discrezionalità è un apprezzamento della stessa autorità, quest'ultimo consistendo nella valutazione «dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati»: alla base della discrezionalità si pone, quindi, la ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario²⁴⁵.

Apprezzamento, che, rispetto alla impostazione della giuspubblicistica liberale, assume una connotazione politica in senso lato.

Siffatti interessi secondari sono tenuti in conto dall'Autorità amministrativa procedente, preposta alla cura dell'interesse essenziale presupposto dalla legge, in forza del loro effetto che si risolve nel far variare il valore dello stesso interesse essenziale²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2931. Nel sillogismo del Giudice Amministrativo, nella premessa maggiore, il giudice «penetra nella sfera [del potere discrezionale, ndr] per ricercare lo scopo cui è dovuta la concessione di esso»; nella premessa minore, egli «penetra [in quella sfera discrezionale, ndr] una seconda svolta [...] poiché ricerca non soltanto, come fa il giudice ordinario, se l'esercizio del potere discrezionale sia rimasto nella sfera assegnatagli, ma anche se, pur rimanendo entro questi limiti, esso sia veramente diretto allo scopo per cui fu concesso»; infine, nella conclusione il giudice fa uso: «...di quella più larga ed elastica facoltà di valutare ogni elemento non solo strettamente giuridico, ma anche equitativo ed utilitario che al giudice ordinario non è concessa».

²⁴⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77-78. Per l'Autore, la discrezionalità si identifica con «la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire [...]» (78). Ne deriva, secondo Giannini, che «l'atto amministrativo, se emanato, ha per motivo il pubblico interesse specifico indicato direttamente o indirettamente dalla legge, così com'è atteggiato in concreto dagli interessi secondari» (79). Se la ponderazione degli interessi dà luogo ad una attività di tipo intellettuale - trattandosi di «comprendere e stabilire come l'interesse essenziale sia atteggiato dal gioco degli interessi secondari [...]» - , la fissazione dei valori dei diversi interessi termina in un'attività volitiva, l'autorità ponendosi «come regola la scala dei valori da se stessa fissati», su questo determinando «l'atto amministrativo in concreto nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce potere discrezionale [...]» (79-80).

²⁴⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 49.

²⁴⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 48. In tal senso, l'Autore definisce primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione, secondari gli altri interessi, dei quali alcuni attenuano l'interesse primario, altri lo rafforzano, altri ancora lo ostano, ulteriori conducono al compromesso. In questa prospettiva, una ampiezza sempre maggiore delle scelte corrisponde alla crescita del numero e della qualità degli interessi.

Interessi secondari, dapprima, di natura pubblica e, successivamente, di natura privata, diversamente dalla giuspubblicistica liberale che ben prima ne ha individuato la natura privata.

L'essenza della discrezionalità, che compendia giudizio e volontà²⁴⁷, consiste nella scelta di uno o più elementi dello stesso provvedimento: l'*an* (ovvero se emanare un provvedimento), il *quando* (ovvero quando emanare il provvedimento), il *quid* (cioè il contenuto del provvedimento), o infine il *quomodo* (ovvero le modalità di esternazione del provvedimento).

Emerge, quindi, il nesso tra il contenuto del potere discrezionale e l'elaborazione della teoria dell'eccesso di potere amministrativo: l'Amministrazione, nell'uso dei poteri discrezionali attribuiti dalla legge, deve agire, non solo nell'interesse pubblico, ma anche per quel determinato interesse pubblico presupposto dalla legge.

Donde l'affermazione secondo cui la nozione di eccesso di potere è strettamente avvinta a quella di discrezionalità amministrativa: il modo in cui l'Amministrazione persegue l'interesse pubblico soggiace al controllo giuridico della discrezionalità ovvero all'eccesso di potere²⁴⁸.

Muovendo da una concezione di un sindacato estrinseco di legalità intesa come mera conformità alla legge, a sua volta riferita alle sole norme regolative

²⁴⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 95.

²⁴⁸ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 876. Cfr. F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., spec. 457 ss.; A. PIRAS, *Invalidità*, cit.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, cit., 108; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Milano, 2001, 125; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 227; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 356, il quale osserva che l'eccesso di potere implica un sindacato avente ad oggetto non solo i limiti della discrezionalità, ma la discrezionalità; Id., *v. Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 577; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1932, 280, il quale rileva affetti da sviamento quegli atti che, pur mantenendosi nei limiti di facoltà discrezionali, si avvalgono di queste per fini diversi da quelli per cui tali facoltà sono state attribuite; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 312, secondo cui lo sviamento di potere «consiste nella deviazione del potere discrezionale al fine, che le singole leggi volta per volta intendono che con esso sia raggiunto». Evidenza che l'eccesso di potere è sempre vizio dell'atto discrezionale, ma non ogni vizio dell'atto discrezionale si sostanzia in un eccesso di potere, potendo emergere altresì la violazione di legge, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 173: «[...] l'atto discrezionale, per l'elemento per cui vi è discrezionalità (quindi non per quelli vincolati), può incorrere in due forme di vizi di legittimità (e quindi è sindacabile in due sensi): la violazione di legge [...] e l'eccesso di potere, secondo quanto è generalmente noto». Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 876: «[L]a nozione di eccesso di potere, nel suo significato attuale, è [...] strettamente legata a quella di discrezionalità amministrativa, in quanto all'eccesso di potere fanno capo diverse tecniche di controllo sul modo in cui l'amministrazione compie le scelte che le sono riservate, e in particolare sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico». Cfr. M. RAMAJOLI, *Il Tar Lombardia uccide lo sviamento di potere*, in *Giust.Amm.it*, n. 6/2008, che evidenzia come «[I]n questa maniera l'eccesso [sia] divenuto lo strumento per eccellenza per controllare la discrezionalità amministrativa e per tutelare il privato da indebite, imprevedibili interferenze da parte dell'amministrazione». Cfr. altresì C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 91, che rimarca come il controllo di legittimità sui profili discrezionali dell'atto si effettui attraverso l'eccesso di potere.

della competenza e delle forme giuridiche di rilievo sostanziale, la dogmatica dello sviamento di potere struttura il sindacato sull'esercizio della discrezionalità.

Da qui si dipana l'evoluzione di una concezione del controllo sulla discrezionalità in un'ottica sempre più garantista.

Per il tramite dell'indagine sull'eccesso di potere il Giudice amministrativo perviene a censurare l'illegittimità degli atti, che siano il frutto di una attività amministrativa, nel cui ambito emergano illogicità, incoerenza, non ragionevolezza per difetto dei presupposti ovvero per inesatta interpretazione dei fatti a fondamento della decisione, o ancora contraddizione tra presupposti e decisioni assunte²⁴⁹.

La focalizzazione sul 'farsi dell'attività decisionale' e quindi sul procedimento amministrativo sposta il problema della discrezionalità da un problema di limiti del potere discrezionale a un problema «della struttura e della conformazione dell'attività decisionale»²⁵⁰.

I limiti alla potestà discrezionale sono identificati non solo dai principi fondamentali appartenenti alla scienza del diritto amministrativo e all'ordinamento nel suo complesso, dalle norme giuridiche, tecniche o di buona amministrazione, ma altresì da criteri soggettivi applicati dall'amministrazione, la

²⁴⁹ Trattasi di elencazione meramente esemplificativa e non esaustiva, in quanto le figure sintomatiche sono di gran lunga più numerose.

²⁵⁰ Cfr. G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3166-3167.

cui adeguatezza al caso concreto necessita di una motivazione rispetto ai principi e alle prospettazioni dei partecipanti²⁵¹.

Al di fuori del sindacato sulla discrezionalità amministrativa si colloca il cosiddetto “merito amministrativo”.

Al fine di vagliare se e quando il Giudice Amministrativo trascende i confini della legittimità impingendo nel merito, non si può non soffermarsi,

²⁵¹ Cfr. S. VALENTINI, *Efficienza, trasparenza e modernizzazione della pubblica amministrazione della Unione Europea*, in *Studi e note di economia*, 1997, 83 ss., secondo cui l'efficienza diviene principio giuridico, ma «le vie della giuridicità percorse dal principio dell'efficienza sono meno dirette dell'esplicita enunciazione in un testo normativo: esse si traducono nella positiva vigenza del principio di razionalità e logicità dell'azione amministrativa nonché di quello, che da noi tanto deve all'opera del giudice amministrativo, della proporzionalità dell'azione in relazione alle circostanze di fatto, all'equilibrio tra sacrificio e tutela degli interessi, al risultato pratico che l'azione amministrativa comporta» (88); F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, 182 ss. *passim*, secondo cui posto che «la legittimità dell'azione amministrativa non consiste solo nella conformità della decisione ad una regola procedimentale», occorre esaminare la correttezza della decisione, ossia alla capacità della stessa di realizzare «i bisogni sociali dei cittadini, in un contemperamento delle diverse esigenze manifestate nel procedimento», con la conseguenza che «la giuridicizzazione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, configurando nuovi standards per le scelte amministrative, amplia i parametri di valutazione giurisdizionale della legittimità degli atti»; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano, 1993, 222, che rileva l'avvenuta «giuridicizzazione del merito amministrativo» in virtù della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 249, il quale osserva «ogni mutamento degli istituti di diritto sostanziale, importa, così, prima o poi, anche un mutamento delle tecniche processuali». Per la dottrina francese, v. J. CHEVALLIER, *La juridicisation des préceptes manageriaux*, in *Politiques et management public*, 1993, 111 ss., il quale osserva che «l'influence de la rationalité managériale apparaît d'abord dans le glissement progressif du juge constitutionnel et du juge administratif vers un contrôle de proportionnalité, visant à apprécier le bien-fondé d'une législation ou d'une réglementation en fonction des circonstances concrètes, des intérêts en présence, ou encore de l'équilibre entre inconvénients et avantages qu'elle comporte» (113): il sindacato di proporzionalità permette al giudice un controllo dell'attività amministrativa così penetrante che elimina il tradizionale limite dato dal merito amministrativo.

seppur limitatamente ai fini della presente trattazione, sulla perimetrazione di ciò che legittimità non è²⁵².

Ciò premesso, il fondamento della concettualizzazione del merito amministrativo muove dalla «necessità di segnare il confine al di là del quale deve arrestarsi ogni sindacato giurisdizionale»²⁵³, venendo esso così a delinarsi in un'accezione negativa, similmente a quanto occorso in ambito francese con riguardo all'*acte discretionnaire ou de pure administration*.

Sul piano processuale, la giurisdizione di merito è stata introdotta ad opera della legge Crispi del 1889, che, all'art. 4, enunciava le materie in cui la IV Sezione pronunciava 'anche in merito'²⁵⁴.

In dottrina la dicotomia tra legittimità e merito si ancorava a quella intercorrente tra gli atti «esecutivi, per nulla discrezionali», gli atti «più o meno largamente discrezionali - di discrezionalità pura o di discrezionalità tecnica», e gli atti «completamente discrezionali, che sono quelli di cui nessun singolo ha il

²⁵² Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, *passim*, Id., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 299, secondo cui è riservato «all'amministrazione un certo ambito ineliminabile di valutazione flessibile»; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 43 s., il quale osserva che non si può spostare «la proporzionalità dal mezzo al fine, permettendo nel diritto amministrativo di 'rifare l'atto' secondo 'la proporzione' ritenuta soggettivamente applicabile dal giudice amministrativo, il quale censurerebbe così anche il merito del provvedimento e, se applicato alle leggi, permetterebbe alle Corti Costituzionali di sostituirsi alle valutazioni politiche del legislatore»: infatti, «la proporzionalità' non è un fine». In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11699, secondo cui l'esercizio di qualunque potestà pubblica, ovvero di un potere autoritativo suscettibile di conformare l'attività privata a un interesse pubblico (così come accade con il nulla-osta rilasciato dalla Soprintendenza per le opere inerenti alle concessioni balneari), comporta che si debba parametrare la ragionevolezza del sacrificio imposto al privato (che in questo caso è costretto a un'onerosa attività di rimozione stagionale dei manufatti) in relazione alla sua utilità per l'interesse pubblico (in questo caso, l'interesse ambientale e paesaggistico all'integrità della costa) istituzionalmente perseguito dalla Soprintendenza. I parametri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità sono valutabili dal giudice amministrativo, in quanto non entrano nel merito della discrezionalità tecnica sottesa alle modalità dell'intervento autoritativo e quindi ai contenuti tecnici del parere in esame, e restano invece ancorati al percorso logico compiuto dalla Soprintendenza nella ponderazione fra l'interesse privato e l'esigenza di tutela sopraindicati. Si tratta di una tipica espressione di discrezionalità amministrativa, che il giudice deve valutare nella sua complessiva ragionevolezza rispetto alle disposizioni normative (e non tecniche) applicabili alla fattispecie. Per A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 403, «ove risultino non accertabile se la scelta operata dall'amministrazione sia o meno meritevole di altre possibili soluzioni, la pronuncia giurisdizionale dovrà conformarsi alla decisione amministrativa»; G. CORAGGIO, *Il codice del processo amministrativo tra interesse pubblico e interesse privato*, in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 575, osserva che, benché ragionevolezza e proporzionalità consentano un controllo interno del potere, «uno spazio, e non marginale, di discrezionalità permane». Infine, V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2014, 871 ss.

²⁵³ Cfr. G. CORAGGIO, v. *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

²⁵⁴ A seguito dell'abolizione del sistema di contenzioso amministrativo, l'art. 10 della legge del 1865, all. D, aveva previsto materie in cui Consiglio di Stato esercitava 'giurisdizione propria'. Cfr. G.B. GARRONE, v. *Giurisdizione amministrativa di merito*, agg. 2011 (a cura di F. PAVONI), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 2 ss.; P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958. Con riguardo alla legislazione in materia, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 189 ss. Le materie di giurisdizione estesa al merito sono oggi contenute nell'art. 134 c.p.a.

diritto di far sindacare la conformità alla legge da un organo giurisdizionale, che eserciti sindacato di mera legittimità»²⁵⁵.

Ne consegue che si definiva merito dell'atto «ciò che in esso non può essere raffrontato ad alcuna norma giuridica sulla istanza di un singolo da un organo giurisdizionale esercitante un sindacato di mera legittimità», laddove per legittimità si intendeva la conformità dell'atto alle norme giuridiche²⁵⁶.

Nell'impostazione di Presutti i concetti di legittimità e merito, quindi, si riferivano alla più o meno sindacabilità giurisdizionale dell'atto, secondo un approccio più processualistico che sostanzialistico.

Per Cammeo la questione di merito si sostanziava nel valutare se, pur ammessa la legittimità dell'atto discrezionale, quest'ultimo risultasse «quello più conveniente in via assoluta per l'amministrazione e quello conveniente in via relativa, cioè tenuto conto che l'azione amministrativa deve conciliare il massimo utile pubblico col minimo utile privato»²⁵⁷.

Mentre la rispondenza dell'atto ad un interesse pubblico integrava requisito di legittimità, la non rispondenza ad alcun interesse pubblico determinava illegittimità per difetto di causa: la questione di opportunità sorgeva, invece, se, preesistendo un interesse pubblico, si discettasse «del più o del meno di questo interesse»²⁵⁸.

Il riferimento all'opportunità della scelta costituisce una costante nella letteratura scientifica in tema di merito, laddove variegata sono le posizioni della dottrina in ordine al peso da riconoscere alle regole di buona amministrazione alla base delle determinazioni²⁵⁹.

In generale, “merito” è stato definito come «l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, [...] la parte del provvedimento non direttamente regolata, [...] l'area delle scelte di opportunità, [...] la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità; sicché il relativo apprezzamento implica la verifica dell'adeguatezza concreta del provvedimento al risultato, ovvero del successo del provvedimento medesimo [...]»²⁶⁰.

²⁵⁵ Cfr. E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1920, 162.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 445, che concepiva il merito come un limite alla discrezionalità.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 393-394, per cui è merito «[L]’insieme delle soluzioni ipotizzabili come compatibili con il principio di congruità in un caso determinato [...], normalmente (salvo eccezioni fissate dalla legge) sottratto al sindacato del giudice amministrativo e attribuito alla scelta esclusiva dell'amministrazione, la quale, tra la pluralità di scelte così individuate, preferirà quella ritenuta più opportuna»; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., 113, secondo cui il merito coincide con le scelte il cui criterio informatore è l'interesse pubblico; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 551 ss., che identifica il merito con il 'successo' della decisione; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 540, nel qual esso costituisce la forma più penetrante di sindacato; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 10, secondo cui con il lemma 'merito' si esprime la corrispondenza tra il contenuto dell'atto e il risultato.

²⁶⁰ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 212.

L'evoluzione del concetto di discrezionalità e di sviamento quale patologia ha sfumato il confine tra legittimità e merito²⁶¹, che da una dimensione meramente processualistica incentrata sull'ampiezza dei poteri cognitori/decisori del Giudice Amministrativo è approdata ad una più compiuta elaborazione sostanzialistica²⁶².

La teoria di Amorth ha concorso al processo di valorizzazione dell'autonomia dogmatica dell'istituto, muovendo dal principio di opportunità e dal tentativo di razionalizzare il fenomeno della discrezionalità amministrativa e il problema del suo controllo.

Nella ricostruzione dell'Autore, l'attività discrezionale è un predicato dell'attività amministrativa, che esprime un rapporto peculiare tra quest'ultima e la legge, in tal senso evocando il principio di legalità.

Stante l'assoggettabilità dell'attività discrezionale al controllo giurisdizionale per il tramite del sindacato sull'eccesso di potere, il merito è quella «necessaria rispondenza tra il contenuto del provvedimento e il suo risultato», che è «proiezione nell'atto dell'obbligo delle autorità amministrative di attenersi, nello svolgimento delle loro azioni, al principio di opportunità», e la sindacabilità è «la misura del potere di controllo attribuito a diverse autorità amministrative e giurisdizionali», la cui ampiezza dipende dallo scopo²⁶³.

Amorth identificava il merito dell'atto nella «estrinsecazione di quello che ben può chiamarsi il principio di opportunità»²⁶⁴, inteso come regola che impone di agire per l'utile raggiungimento di determinati fini e che implica l'osservanza di regole non giuridiche e di buona amministrazione in vista di una più appropriata adeguatezza al risultato²⁶⁵.

²⁶¹ Cfr. G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, cit., ove, l'Autore rinvia l'elemento comune alle variegate ipotesi di sindacato di merito previste dalla legislazione vigente nella «esistenza di una cognizione piena da parte del giudice, in contrapposizione con la giurisdizione generale di legittimità», in quest'ultima interessando, l'accertamento del fatto, solo in relazione a carenze formali e allo sviamento di potere, a differenza delle «altre ipotesi», dove «la norma da applicare è tale da richiedere al giudice una cognizione integrale». Cfr. O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 437-438, secondo cui nella giurisdizione di merito il giudice ha poteri che eccedono i limiti della funzione, in quanto, nella cognizione, egli giunge a sindacare il merito, e, nella decisione, sostituisce la sua volontà a quella dell'amministrazione.

²⁶² Cfr. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., secondo cui «[L]ungi [...] dal pensare che l'attività discrezionale si rifletta nell'atto amministrativo esclusivamente come merito e perciò diventi insindacabile, il vero è che anche l'attività discrezionale non è sottratta al dominio della legalità, sicché l'esercizio del potere discrezionale può ugualmente creare, come per una manifestazione di attività vincolata, una questione di legittimità e al punto che, sotto questo aspetto, della sua legalità o meno, l'attività discrezionale può venire sindacata anche in sede giurisdizionale».

²⁶³ Tutela della legittimità in generale, tutela degli interessi amministrativi in quanto garantiti dalla legittimità dell'atto, tutela dell'amministrato e dei diritti ed interessi di quest'ultimo.

²⁶⁴ Cfr. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit. 25.

²⁶⁵ L'attività tecnica, a differenza del merito, non sarebbe esplicazione di funzione amministrativa. In considerazione di tale natura, l'attività tecnica sarebbe sindacabile, non solo in quanto retta da norme oggettive e precise, ma anche perché non vi è il rischio di invadere un ambito riservato dell'amministrazione.

Nell'impostazione dell'Autore, premesso che la manifesta violazione delle regole di opportunità integra vizio di merito e sconfinata nel vizio di eccesso di potere, rileva la dicotomia tra 'invalidità di merito', quando il contenuto dell'atto non è conforme ai principi di buona amministrazione, e 'invalidità giuridica', quando l'atto non è conforme alle norme di legge.

Mentre l'illegittimità può essere indice sintomatico di inopportunità, l'inopportunità diviene motivo di illegittimità per il tramite dell'eccesso di potere che è il vizio tipico dell'atto discrezionale con cui si sottopone a sindacato il giudizio di apprezzamento²⁶⁶.

Ciò considerato, Amorth osservava come il difetto di opportunità possa essere assunto «come mezzo per riconoscere in un atto discrezionale un giudizio di apprezzamento manchevole», in forza di regole non giuridiche a garanzia della serietà, logicità, non arbitrarietà dello stesso: tale inopportunità non deve essere rilevata per se stessa, impingendo nel merito, bensì «in quanto sia tale che l'atto, per diretta influenza di quella, non possa più dirsi dovuto ad una corretta determinazione discrezionale dell'autorità che l'ha emanato»²⁶⁷.

Dunque, il vizio di merito diventa vizio di legittimità sindacabile allorché sulla base di un criterio di quantità e di circostanza siano stati violati in misura manifesta ed evidente i canoni di ragionevolezza, serietà e logicità posti a presidio del corretto esercizio del potere discrezionale.

Sul tema è d'uopo un breve riferimento a Giannini, il quale qualifica il merito come un'attività giuridicamente rilevante non disciplinata da norme giuridiche²⁶⁸: il merito è l'agire libero dell'amministrazione, la discrezionalità è una specie di detto agire libero²⁶⁹.

²⁶⁶ In *Il merito dell'atto amministrativo* Amorth richiama F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., 447 ss., spec. 457 ss.

²⁶⁷ Cfr. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., 108-109.

²⁶⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, anche in Id., *Scritti*, II, Milano, 2002, 354. Per lo Studioso, le norme *extra legem* ricorrerebbero non solo nel merito ma anche nella discrezionalità tecnica; C. MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1942, 47 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 1034 ss., osserva che, se il merito esprime l'esigenza dell'opportunità dell'azione amministrativa, occorre un principio che affermi una necessità siffatta (1038). In tal senso, secondo l'Autore, le regole di buona amministrazione, impiegate per l'accertamento dell'eccesso di potere, possono venire in rilievo come limite dell'esercizio dell'attività di merito.

²⁶⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, cit., 353. Secondo Giannini, il merito consisterebbe non solo nella «ponderazione dell'opportunità relativa al modo di attuare un interesse essenziale in ordine alle modificazioni che esso subisce dalla presenza concorrente di interessi secondari», ma anche nella «ricerca, selezione e valutazione dei singoli interessi». L'inopportunità vizio sussisterebbe qualora siano attivabili rimedi atti a suscitare un secondo giudizio di ponderazione al cui esito il provvedimento inopportuno venga censurato, come nei casi di ricorsi amministrativi per motivi di inopportunità e ricorsi giurisdizionali con cognizione estesa al merito. Giannini evidenzia che «chi è chiamato a giudicare del giudizio di opportunità[,] non ha da verificare se sono state applicate regole e se bene o male, ma ha da verificare come è stata creata la regola individuale, sotto l'aspetto della completezza dell'informazione [...], della plausibilità delle previ[z]ioni [...], e della coerenza logica».

In tal senso, si è evidenziato che discrezionalità e merito sono complementari: la prima inerisce agli aspetti ‘esterni’ della scelta da effettuare, su cui operare il confronto con i vincoli legali «per garantire che si tratti di una scelta legittima», il secondo riguardante gli aspetti ‘interni’, quando la legittimità sia accertata.

Si è, quindi, concluso come, una volta rispettati i limiti a pena di illegittimità, l’atto non potrebbe che essere legittimo, potendo ritenersi la scelta operata in concreto «più o meno opportuna, ovvero più o meno conveniente per l’interesse pubblico», ma risultando quest’ultima comunque, «indenne da ogni sindacato giurisdizionale [...]»²⁷⁰, eccettuati i casi di giurisdizione di merito.

Per converso, non sono affatto indenni dal sindacato giurisdizionale le valutazioni tecniche opinabili, frutto della discrezionalità tecnica di commissioni di gara o commissioni di concorso nel corso di procedure selettive.

Sebbene il Giudice Amministrativo non possa sovrapporre la propria valutazione a quella della Amministrazione, tuttavia, come si avrà modo di approfondire, esse sono sindacabili per manifesta illogicità del giudizio tecnico, travisamento di fatto rispetto ai presupposti del giudizio stesso o, ancora, per irragionevolezza, arbitrio o violazione del principio della *par condicio*²⁷¹.

2.2.2. *La distinzione tra sindacato di legittimità e sindacato di merito: l’indagine in ordine al se e come il giudice possa “accedere al fatto”, se e fino a che punto possa esaminare le questioni tecniche, se e fino a che punto possa occuparsi della scelta della misura e della concretizzazione dell’interesse pubblico.*

Prodromica all’indagine sul controllo delle Sezioni Unite sullo sconfinamento nella discrezionalità tecnica è l’individuazione della natura giuridica della discrezionalità tecnica e la perimetrazione del relativo sindacato da parte del Giudice Amministrativo²⁷².

²⁷⁰ Cfr. R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, I, Parte generale*, Bologna, 2005, 779: «con il termine merito si fa riferimento all’ambito delle scelte dell’Amministrazione pubblica rimasto libero dopo l’osservanza di tutti i principi ed il rispetto di tutti i limiti che vincolano l’esercizio della discrezionalità [...]»; nonché V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 373: «[L]’emergere e il consolidarsi della dottrina della discrezionalità evidentemente non elimina la sostanziale libertà delle scelte amministrative nell’esercizio del potere, ma alla libertà di scelta pone limiti e vincoli [...] che ne consentono il sindacato esterno. L’ambito di scelta rimasto libero al di là di questi limiti e vincoli (e al di là ovviamente delle prescrizioni precise di legge) viene designato con la dizione gergale di merito amministrativo».

²⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2023, n. 7891; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752; Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2023, n. 6067; Cons. Stato, Sez. III, 16 giugno 2023, n. 5963; Cons. Stato, Sez. II, 15 giugno 2023, n. 5904; Cons. Stato, Sez. II, 14 giugno 2023, n. 5832; Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2023, n. 4559; Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4019.

²⁷² Cfr. P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’Amministrazione pubblica*, ivi, 1983, 4, 371 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, ivi, 1992, 4, 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova,

Cammeo ha ricondotto la discrezionalità tecnica ad un'area dell'attività amministrativa regolata da norme giuridiche imprecise, la cui attuazione presuppone fatti complessi, diverse quindi da quelle che rendono tale attività di natura vincolata²⁷³.

Per Presutti la discrezionalità tecnica si configura laddove «la norma ricollega il sorgere dell'effetto giuridico, e cioè del diritto o dell'obbligo dell'amministrazione di emanare un dato atto, all'esistenza di un carattere, di un attributo, di una qualità di una cosa, di un fatto, di una persona, di natura tale che, se sussistono, possono presentarsi in grado o misura maggiore o minore, mentre la norma non determina il grado, la misura in cui debbono ricorrere perché l'effetto giuridico sorga»: la rispondenza del provvedimento alla norma deve essere accertata insindacabilmente dall'amministrazione²⁷⁴.

Nella riflessione scientifica di Ranelletti, la discrezionalità tecnica è ricondotta alla categoria generale della discrezionalità (amministrativa)²⁷⁵.

Strutturalmente diversa da quella amministrativa è la valutazione tecnica in Giannini²⁷⁶: la discrezionalità afferisce ad una potestà e implica giudizio e

1995; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., spec. 496 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 485 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.; F. CINTIOLI, v. *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 471; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2016; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.; A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione a Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, 2021, in *Dir. proc. amm.* 2022, fasc. 3;

²⁷³ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 403-404. L'Autore afferma che: «[I] vincolo c'è quando le norme sono precise [.] cioè entrano in applicazione col verificarsi di fatti semplici [.] cioè di fatti che esistono o non esistono, ma non sono suscettibili di un più o di un meno o di una qualunque valutazione da farsi in relazione alle esigenze dell'interesse della pubblica amministrazione».

²⁷⁴ Cfr. E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, cit., 160-161. L'Autore ipotizza: «se una norma giuridica dice che un impiegato può essere destituito in caso di grave negligenza, rientra nei limiti del sindacato di legittimità il decidere se un dato comportamento può qualificarsi come negligenza, ma non il vedere se questa negligenza è talmente grave da giustificare la destituzione» (161). Cfr. altresì Id., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 10 ss., spec. 47 ss.; Id., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss.

²⁷⁵ V. O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 369. Così l'Autore: «[E] non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità pura da una discrezionalità tecnica o tecnico-amministrativa, per indicare con la prima quella puramente amministrativa, con la seconda quella fondata su apprezzamenti tecnico-amministrativi, perché, lasciando da parte la parola «tecnica», la quale da sola non può esprimere propriamente questo concetto, la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica».

²⁷⁶ V. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 54-55. L'Autore constata come vi siano «casi nei quali il testo normativo, mediante l'uso di sostantivi e di aggettivi appropriati, vuol effettivamente delimitare l'ambito delle potestà discrezionali, fissando dei presupposti dell'esercizio di esse (p. es. provvedimento da adottare «in casi di particolare gravità»), o dei motivi non generici (p. es. atto che può esser adottato «per scongiurare un pericolo imminente»)», e casi in cui «il testo normativo ha significato totalmente diverso: non attribuisce potestà

volontà, laddove la discrezionalità tecnica implica solo giudizio, quanto alla volizione potendo richiedere una separata valutazione discrezionale.

Cintioli ha osservato che nella discrezionalità «si intende per tecnico un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche (perché i criteri dell'interpretazione giuridica non gli forniscono un significato autosufficiente) e che tuttavia non è comprovabile in maniera assoluta»: in tale prospettiva, «la discrezionalità tecnica partecipa della relatività delle conoscenze che è propria delle scienze umanistiche e coinvolge [...] regole desunte da scienze non esatte»²⁷⁷.

I connotati della discrezionalità tecnica afferiscono a regole «non giuridiche», nonché «non comprovabili in maniera universalmente accettata», e, dunque, «opinabili»²⁷⁸.

Il profilo dell'opinabilità è altresì alla base della distinzione tra discrezionalità tecnica e accertamento tecnico: quest'ultimo, invero, «si esaurisce nella mera ricognizione degli elementi ai quali una determinata norma attribuisce rilevanza a certi fini», laddove la prima «postula che alla fase dell'accertamento segua quella del giudizio [...]»²⁷⁹.

discrezionali, e quindi esclude che l'autorità compia valutazioni di opportunità; le attribuisce invece il compito di addivenire a dei giudizi a contenuto scientifico». L'Autore evidenzia che «sino a quando le scienze di cui si applicano le regole danno risultati sufficientemente certi [...], i giudizi sono correlativamente certi. Ma se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i giudizi». Da ciò deriva che «se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale», evenienza evidente quando vengono in rilievo le c.d. scienze non esatte: nonostante il carattere fortemente valutativo, tali giudizi, tuttavia, non sconfinano nella potestà discrezionale, permanendo «giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale».

²⁷⁷ In particolare, sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti, cfr., R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, 2003, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato: poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2009; A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010; E. FOLLIERI, *La discrezionalità tecnica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, Torino, 2015, 194 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015, 705 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, *Intervento alla tavola rotonda della Scuola Superiore di Magistratura su I rimedi per una tutela effettiva dei diritti dei consumatori* - Scandicci, 6 giugno 2017, in www.csm.it; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 97 ss.; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»(*)*, in *Il processo*, 2020, fasc. 3; A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, 2021.

²⁷⁸ Cfr. F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 986-987.

²⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Foro amm.*, 1996, 11-12, 3227 ss., secondo cui «si deve distinguere tra potere tecnico discrezionale della pubblica amministrazione e potere di valutazione o accertamento tecnico che si ha quando la verifica demandata all'amministrazione è da condurre applicando non già regole dal risultato opinabile, bensì regole che, tratte da scienze esatte, consentano di approdare ad un risultato certo e ripetibile».

In quest'ottica, Virga ha evidenziato che all'Amministrazione «si impone l'imperativo di raggiungere il risultato voluto nel modo più acconcio», osservando che «le valutazioni sia tecniche sia di mera opportunità amministrativa che riflettono la idoneità del mezzo per raggiungere il fine voluto e la entità della misura da adottare sono sottratte al sindacato di legittimità, non già perché implicano apprezzamenti tecnici, ma esclusivamente perché rientrano nella determinazione di merito dell'autorità amministrativa [...]»²⁸⁰.

In ambito processualistico, Ledda ha circoscritto i termini del sindacato del Giudice Amministrativo: «egli deve sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza, e può annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Qualora invece il medesimo giudizio risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pur esso»²⁸¹.

Concordemente con Ledda, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sindacabilità delle valutazioni tecniche, addivenendo purtuttavia a conclusioni non univoche sulla natura del sindacato e sull'esito²⁸².

Il sindacato estrinseco è svolto per il tramite di massime di esperienza appartenenti al sapere comune e mira a valutare l'iter logico seguito dall'Amministrazione, mentre il sindacato intrinseco presuppone regole e di conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dalla Pubblica Amministrazione, ed è strumentale a verificare

²⁸⁰ Cfr. P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit., spec. 100 ss., secondo il quale «[V]iene tradizionalmente affermato che gli atti di discrezionalità tecnica non possono essere sindacati in sede di legittimità [...]. Ma, sotto l'incalzare delle esigenze giurisprudenziali, questo principio è stato derogato ripetutamente e[d], anche in sede dottrinale, si è continuato incessantemente a battere in breccia al principio stesso, per cui oggi non si trova più chi sia disposto seriamente a difenderlo ad oltranza [...]. È interessante osservare come la dottrina, non avendo l'ardire di combattere apertamente il principio tradizionale, sia costretta a ricorrere a ingegnosi artifici ed a sottili distinzioni per ammettere la sindacabilità degli atti di discrezionalità tecnica. [...] Ma è evidente che si tratta di criteri tutt'altro che sicuri ed esatti; il limite per il sindacato giurisdizionale di legittimità non è rappresentato dalla discrezionalità tecnica, bensì esclusivamente dal merito dell'atto amministrativo. Non si tratta di stabilire dove finisce la discrezionalità pura e dove comincia la discrezionalità tecnica, ma si tratta di precisare dove finisce il campo dei vizi di legittimità e dove invece comincia l'ambito del merito del provvedimento amministrativo».

²⁸¹ V. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 434.

²⁸² Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, ove si afferma che la discrezionalità tecnica rileva quando l'amministrazione deve fare applicazione di una norma tecnica cui rinvia una norma giuridica, implicando la valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento qualora la norma tecnica contenga concetti indeterminati o richieda apprezzamenti opinabili. Ciò «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo». Dal canto suo, Ledda ha escluso la 'sostituzione' del giudice in caso di inattendibilità dell'apprezzamento in ragione della inadeguatezza del criterio ovvero del difetto delle operazioni applicative: il giudice deve «limitarsi [...] a rilevare l'inosservanza della norma giuridica che impone l'utilizzazione della tecnica per l'accertamento dei fatti o l'individuazione di una risposta razionale».

L'attendibilità delle operazioni tecniche dal punto di vista della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo.

Nel sindacato intrinseco convivono il sindacato 'forte' e 'debole'.

Il primo si declina in un potere sostitutivo del giudice, che sostituisce la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, laddove nel secondo le cognizioni tecniche acquisite per il tramite del consulente tecnico o del verificatore vengono attivate al fine di svolgere un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica²⁸³.

Tali scrutini sono modulati dalla giurisprudenza amministrativa per tipologia di fattispecie²⁸⁴.

Il sindacato può esercitarsi sulla correttezza della valutazione intesa come prodotto e in tal caso si tratta di un 'sindacato diretto', ovvero sulla valutazione intesa come procedimento intellettuale, nonché sull'intera attività conoscitiva, qualificandosi in termini di 'sindacato indiretto'²⁸⁵.

Posponendo considerazioni critiche sul punto al paragrafo dedicato, va dato atto che, secondo la giurisprudenza amministrativa, il divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali è espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri, unitamente al divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici e alla tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito²⁸⁶.

Il dibattito si è, peraltro, alimentato su sollecitazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo: secondo una parte della dottrina, dacché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prescrive la *full jurisdiction*, nessuna limitazione

²⁸³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2021, n. 5058; Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2021, n. 3566; Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2021, n. 3488; Cons. Stato, Sez. I, 30 novembre 2020, n. 1958.

²⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2022 n. 8505; 30 novembre 2020 n. 7566.

²⁸⁵ Cfr. M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, cit., 201. L'Autrice puntualizza che «l'opporsi ad un controllo formale ed estrinseco dell'iter logico, per proporre una verifica diretta, indirizza esplicitamente ad un sindacato diretto e sembra far pensare, dovendosi la verifica condurre «sotto il profilo della [...] correttezza ([...] delle operazioni tecniche) quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo», ad un sindacato che sia anche intrinseco» (201-202).

²⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5. L'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., secondo cui «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», «è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia Amministrativa [...]. Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema: divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1); divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3); tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134)».

dovrebbe predicarsi in ordine all'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione²⁸⁷.

Si sostiene, infatti, che la Convenzione avrebbe modificato in senso estensivo il quadro dei limiti del sindacato da parte del Consiglio di Stato e, di conseguenza, in senso restrittivo quello dei limiti del sindacato delle Sezioni Unite sulle sentenze del Consiglio di Stato.

In particolare, la giurisprudenza convenzionale imporrebbe la totale sostituzione, in pressoché tutte le controversie, del Giudice Amministrativo in ordine alle determinazioni effettuate dall'Amministrazione.

Conforme alla Convenzione sarebbe il «sindacato pieno e sostitutivo, punto su punto, su tutti gli elementi della fattispecie controversa, idoneo a realizzare una notevole estensione dei poteri cognitori del giudice amministrativo», di talché «occorre [...] che almeno le questioni centrali (anche ove complesse) siano riesaminate compiutamente da parte di un giudice capace di (e in concreto disponibile a) sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione»²⁸⁸.

Tale sindacato, pieno e sostitutivo, non incontrerebbe alcuno limite nella tecnicità delle valutazioni, tranne per i profili di 'politicità' del provvedimento, in quanto il principio democratico legittimerebbe una riserva in capo all'Amministrazione.

2.3. *Il sindacato del Giudice Amministrativo sulla discrezionalità tecnica e sulle valutazioni tecniche opinabili e sulla scelta discrezionale di una delle soluzioni tecniche: sindacato meramente intrinseco debole o sostitutivo, opinabilità o opportunità, discrezionalità o opportunità.*

Stante il polimorfismo della categoria dello sconfinamento nel merito amministrativo, ai fini di una riconduzione a sistema delle fattispecie più

²⁸⁷ V. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., 1602 ss, secondo cui «un'eventuale 'riserva' di attività amministrativa in capo all'amministrazione [sarebbe] ammissibile solo ove strettamente funzionale al compimento di scelte di *policy* che, come tali, possano realisticamente coinvolgere il principio di sovranità popolare»; G. DELLA CANANEA, *Judicial Review of Administrative Action in Italy: Beyond Deference? Excerpt From Deference to the Administration in Judicial Review*, in Springer Nature Switzerland AG 2019, il quale afferma che: «Instead of a single standard, there is a range of standards which the courts use, depending on the nature of the collective or public interests which administrative departments and agencies seek to protect and promote and the circumstances in which they act. These standards range from the traditional self-restraint in cases concerning national security or certain economic circumstances to the full jurisdiction that is carried out when economic sanctions are imposed on business, where a fully-fledged proportionality test is used, at the end of which the administrative court may substitute its assessment to that of the agency; that is, a derogation from the traditional doctrine of separation of powers. In between are the repercussions of the duties of legality, fairness and propriety; that is, the duty not to exercise a power contrary to the goal set by primary and secondary rules, the duty to act impartially, and the duty not to act unreasonably».

²⁸⁸ Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse* cit., 1620 ss.

significative assunte quali falsificatori potenziali della tesi dell'alterità ed esaminate dall'angolazione prospettica delle Sezioni Unite in sede cassatoria, non può prescindere dalla categorizzazione di stampo processualistico elaborata da Tonoletti, il quale ha estratto i criteri e le tecniche di massima adottate dalle Sezioni Unite alla base del giudizio sull'esercizio dei poteri cognitori e decisori del Giudice Amministrativo²⁸⁹.

La classificazione costituisce la base dalla quale muovere per successive riflessioni sulla distinzione tra “merito amministrativo” e “merito processuale”²⁹⁰, rilevante in particolari vicende quali l'abilitazione scientifica nazionale e la classificazione di una rivista scientifica in fascia A, e così circoscrivere lo sconfinamento non tanto a ipotesi di indebite valutazioni di opportunità del Giudice Amministrativo, quanto all'illegittimo esercizio di un potere di natura decisoria con effetto sostitutivo nei confronti della Pubblica Amministrazione.

In un primo gruppo di sentenze, le Sezioni Unite, sul piano cognitorio, si concentrano sul divieto del Giudice Amministrativo di penetrare nel provvedimento amministrativo, sul divieto di sindacare i criteri di opportunità e di convenienza che lo hanno determinato e sul divieto di sostituire il proprio giudizio a quello dell'organo amministrativo²⁹¹.

In un secondo gruppo, la Suprema Corte, sempre sul piano cognitorio, evidenzia come la giurisdizione di legittimità non si limiti «ad individuare la norma di diritto applicabile nel caso concreto», attuandosi, piuttosto, «anche con l'accertamento relativo ai fatti assunti a presupposto dell'azione amministrativa e della norma di diritto applicata, differenziandosi [...] dalla nozione di giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione»²⁹².

Infine, in un terzo gruppo, la Suprema Corte, in punto di poteri decisori, identifica lo sconfinamento allorché il giudice abbia effettuato, in una materia in cui la legge prevede che la *potestas iudicandi* sia limitata alla sola legittimità degli atti amministrativi, «[...] invece (od anche) un sindacato di merito, pervenendo all'annullamento dell'atto per motivi di merito, oppure alla sostituzione dell'atto amministrativo, mediante una pronuncia avente il

²⁸⁹ Cfr. B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568.

²⁹⁰ Cfr. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1444, che ha sottolineato l'«indebita ma costante confusione con il “merito amministrativo”», assecondando così l'ossimoro di un «giudice che non deciderebbe secondo diritto, ma secondo opportunità».

²⁹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 luglio 1965, n. 1429, in *Foro it.*, Rep., 1965, v. *Giustizia amministrativa*, n. 615, richiamata da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568-1569.

²⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 1987, n. 462, in *Foro it.*, 1988, I, 2373 ss., richiamata da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1569.

contenuto e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostitutivo, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti della P.A. [...]»²⁹³.

Sull'efficacia auto esecutiva della sentenza, peraltro, la dottrina ne ha tratteggiato la portata additiva rispetto agli atti provvedimentali o regolamentari impugnati, con esiti più speculativi che euristici, sulla base di una distinzione del tutto sfuggente, in perenne tensione con il principio di legalità²⁹⁴, tra attività ermeneutica (generalmente ammessa) e attività integrativa (condizionatamente ammessa) del Giudice Amministrativo.

Oltre alla tripartizione sull'eccesso di poteri cognitori e decisorio del Giudice Amministrativo che quale *error in procedendo* connota lo sconfinamento nel "merito processuale", ai fini della presente trattazione assume maggior rilievo lo sconfinamento nel "merito amministrativo", che si sostanzia nel «superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice amministrativo», risolvendosi «nella enucleazione di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo (preordinati alla valutazione dell'operato della pubblica amministrazione) del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall'ordinamento generale»²⁹⁵.

È stato osservato in dottrina, invero, come l'assoluto difetto di giurisdizione (nella impropria dizione di "eccesso di potere giurisdizionale") operi quale «criterio selettore di nuove declinazioni dell'ideale di buona amministrazione isolate dalla giurisprudenza amministrativa, [le Sezioni Unite] verificandone la compatibilità con l'ordinamento e precisandone il fondamento giuridico»²⁹⁶.

Dunque, alle Sezioni Unite competerebbe verificare esclusivamente la sussistenza di parametri giuridici idonei a condizionare le modalità di formazione delle determinazioni amministrative e il sindacato giurisdizionale, non potendo la Corte, al contrario, aggiungere ulteriori limiti alla cognizione del giudice in ordine all'applicazione di tali parametri²⁹⁷.

²⁹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 luglio 1990, n. 7560, richiamata da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1569.

²⁹⁴ V. G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, 2017, 166 ss.

²⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

²⁹⁶ Così A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666, che ha rilevato come «l'eccesso di potere del Consiglio di Stato ha ad oggetto ipotesi in cui sia effettivamente contestato in Cassazione il fondamento giuridico di parametri di legittimità privi di esplicito riconoscimento normativo, in relazione al loro specifico fondamento assiologico», non essendo sufficiente «un generico richiamo al divieto di uso arbitrario del potere, né un mero rinvio all'ideale di buona amministrazione, che va pur sempre contestualizzato in rapporto alla pluralità dei valori espressi dall'ordinamento ed alle loro iterazioni» (665). Ciò giustifica la rarità delle ipotesi, dal momento che il fondamento giuridico della maggior parte delle norme non scritte deriva dalle previsioni di cui all'art. 97 Cost. nonché al capo I della legge n. 241 del 1990, così come, dall'art. 41 della Carta Nizza e dall'art. 4 della Cedu (665-666).

²⁹⁷ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666.

La posizione della dottrina sul punto appare consolidata, salvo poi dover ammettere la limitata efficacia euristica della tesi sostenuta o, addirittura, gli effetti involutivi della medesima sulla giurisdizione amministrativa.

Circoscrivere lo scrutinio cassatorio all'accertamento della parametricità, giuridicità e oggettività del sindacato del Giudice Amministrativo o alla compatibilità con i valori dell'ordinamento non sembra tenere adeguatamente conto del sistema della Giustizia Amministrativa, così come risultante dal concorso della tradizione, dei principi pubblicistici e della normativa vigente.

Nel sistema del diritto amministrativo l'elasticità equitativa e la creatività pretoria in capo al Giudice Amministrativo hanno da sempre svolto un ruolo decisivo²⁹⁸, unitamente ai principi del diritto pubblico frutto della sistematica giuspubblicistica liberale.

Purtroppo, negli ultimi decenni si è assistito alla concretizzazione del rischio già paventato agli inizi del secolo scorso sulla involuzione, che avrebbe recato un controllo cassatorio troppo meccanicistico sul Giudice Amministrativo da parte di un plesso giurisdizionale, alieno al sistema giuspubblicistico e incardinato in un sistema di principi radicalmente alternativo in termini garantistici.

Basti attenzione sulla argomentazione, che la tesi ivi avversata postula nelle premesse, laddove ammette un controllo cassatorio in ordine alla individuazione di un parametro giuridico, oggettivo, qualificato, compatibile con i valori dell'ordinamento, salvo poi censurare l'estensione dello scrutinio alla

²⁹⁸ Secondo S. CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss., «il giudice amministrativo ha posto, specialmente nel secondo dopoguerra, le norme della costituzione materiale sulla democrazia amministrativa». In tale prospettiva, l'esimio Giurista evidenzia come il Giudice Amministrativo sia stato «un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, specialmente tramite quell'istituto fondamentale che è l'eccesso di potere: con le figure sintomatiche ha costruito la cattedrale in cui consiste il diritto amministrativo», osservando che «[N]ella maggior parte dei casi [...] il giudice amministrativo trae dalla Costituzione o dall'ordinamento principii, che poi applica al problema propostogli; mette ordine nelle norme, stabilendo quale debba applicarsi o prevalere; elabora standards destinati alla soluzione non solo del problema concreto, ma anche di fattispecie similari, ecc. In una parola, il giudice amministrativo elabora la norma da applicare al caso concreto», e, in definitiva, che «il giudice amministrativo è l'autore del diritto amministrativo». Cfr. N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 468-469, secondo cui: «[...] Non c'è bisogno di attribuire al Supremo Consesso la qualifica di giudice di equità [...] per riconoscere la grandiosa opera costruttiva dei principi del nostro diritto amministrativo, compiuta in grandissima parte dal Consiglio di Stato. Basterà pensare che, specialmente nel campo del diritto non scritto e in formazione, quale è stato fino a tempi non lontani il diritto amministrativo, l'opera precipua del giudice è quella di trarre dall'ordinamento giuridico le norme che vi sono immanenti. Ma - ed ecco la differenza essenziale con il giudice di equità - trattasi appunto di norme preesistenti, alla cui osservanza il giudice è vincolato in tutti i casi»; in aggiunta, Pappalardo evidenzia come un'altra fonte del potere creativo della giurisprudenza del Consiglio di Stato sia data «dal carattere peculiare del sindacato di legittimità sull'eccesso di potere [...]»: «[...] è evidente come in questo campo le massime adottate dal magistrato amministrativo costituiscano la spinta più forte alla formazione del diritto, sia sotto forma scritta che consuetudinaria [...]», osservando, tuttavia, che «[P]er quanto ampia sia la sfera di apprezzamento lasciata al giudice, il potere di lui non può e non deve varcare i limiti di un accertamento condotto rigorosamente sulla base di norme preesistenti e generali, alle quali il giudice è vincolato per tutti i casi».

applicazione del parametro (a pena di ingerirsi nei limiti interni), come se ai fini dell'accertamento dello sconfinamento le due fasi possano essere scrutinate separatamente.

In realtà, ammettere un controllo cassatorio sul parametro del tutto decontestualizzato è inconferente ai fini dell'accertamento del cosiddetto "eccesso di potere giurisdizionale": il riesame della sentenza del Consiglio di Stato, così come temuto, è di fatto implicato e, dunque, lo sconfinamento si pone al di fuori dei limiti esterni e dell'assoluto difetto di giurisdizione ed è ineducibile in sede cassatoria, a pena di ascrivere illegittimamente alle Sezioni Unite un sindacato cassatorio pieno.

Ciò chiarito, nel corso degli ultimi anni si è assistito a continui mutamenti da parte del Giudice Amministrativo nel modo di conformare i modelli di controllo, in particolar modo sulla discrezionalità tecnica a seconda degli ambiti, dei valori, della normativa, delle istanze promananti dal diritto sovranazionale²⁹⁹.

2.4. *Il caso dei provvedimenti sanzionatori antitrust: dal sindacato di attendibilità a quello di maggiore attendibilità nella prospettiva della full jurisdiction.*

Orbene, tra le valutazioni tecnico-discrezionali, oggetto dell'esame indiretto delle Sezioni Unite, si intende selezionare quelle maggiormente controverse, dacché potenzialmente passibili di un sindacato sostitutivo del Giudice Amministrativo: in particolare, vengono in rilievo le valutazioni di tipo sanzionatorio, nonché quelle di tipo abilitativo.

Maggiore è il tasso di fungibilità della valutazione tecnico discrezionale dipendente dalla scienza specialistica applicata, minore è il livello di intensità dello scrutinio cassatorio.

Si pensi al mai sopito dibattito in tema di sindacato sulle sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, qualificate 'sostanzialmente penali' in ossequio ad un orientamento consolidato della giurisprudenza convenzionale, nel cui ambito si è radicato un modello volto all'attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e, per esso, della cosiddetta *full jurisdiction*³⁰⁰.

²⁹⁹ Cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 151 ss., 220 ss., ove l'Autore motiva i limiti al sindacato sulla discrezionalità tecnica sul fatto che, ove sia possibile una pluralità di soluzioni tecniche opinabili ed attendibili, la scelta finale spetta all'Amministrazione in ossequio al principio democratico; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 346 ss., ove l'Autrice ritiene che «l'attribuzione in via riservata all'amministrazione di valutazioni non discrezionali può trovare [...] la propria legittimazione, sotto il profilo organizzatorio, nella specifica 'competenza' dell'articolazione organizzatoria affidataria ossia, da un punto di vista più sostanziale, nella circostanza che la scelta organizzatoria operata ai fini dell'affidamento di quel compito valutativo sia comunque stata una scelta condizionata funzionalmente dall'obiettivo di garantire l'adeguatezza dell'azione amministrativa».

³⁰⁰ Cfr. Corte Edu, Sez. II, 4 marzo 2014 Grande Stevens c. Italia e Corte Edu, Sez. II, 27 settembre 2011 Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, secondo le quali un organo giudiziario avente giurisdizione piena ha il potere di riformare, in fatto e in diritto, la decisione resa da un organo di grado inferiore. Un sindacato, quindi, di "full jurisdiction", che, secondo la Corte

Si pensi, in particolare, all'ambito delle sanzioni *antitrust*, in relazione alle quali si è osservato che «[I]l giudice può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto della indagine ed il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, anche utilizzando le scienze specialistiche appartenenti all'Autorità», ma «[U]na volta ritenute applicate correttamente tali regole», il sindacato dovrà «necessariamente arrestarsi, non potendo consistere in una reiterazione del procedimento Antitrust»³⁰¹.

La giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato come tali procedimenti si articolino in più fasi: una prima fase di accertamento dei fatti, che soggiace ad un sindacato pieno da parte del giudice sotto il profilo della verifica circa la verità degli stessi; una seconda fase di 'contestualizzazione' della norma a tutela della concorrenza, che, rispetto a concetti giuridici indeterminati quali mercato rilevante o abuso di posizione dominante, richiede l'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale; una terza fase in cui i fatti accertati vengono raffrontati con il parametro contestualizzato; un'ultima fase di irrogazione delle sanzioni³⁰².

Con precipuo riguardo alla seconda e alla terza fase, nelle quali emergono concetti giuridici indeterminati, per la cui decodificazione sovengono regole tratte da scienze non esatte, «il sindacato del giudice, essendo pur sempre un

Europea dei diritti dell'uomo, implica il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative. Sulla *full jurisdiction*, cfr. F. GOISIS, *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 1; Id., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, fasc. 1; Id., *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020 fasc. 1; Id., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.; Id., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Pers. e Amm.*, 2018, 2, 199 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 758 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1609-1610, secondo la quale «il processo amministrativo è coinvolto dai principi dell'«equo processo» in via di correzione ex post dei deficit di realizzazione degli stessi nel procedimento amministrativo che costituisce il luogo primario di determinazione dei «diritti di carattere civile» o di inflizione delle sanzioni materialmente «penali»: di conseguenza, in un sistema ottimale, i diritti di difesa dovrebbero già trovare compiuta soddisfazione proprio nel momento di esercizio della funzione amministrativa; tuttavia, ove il procedimento non sia stato giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra la parte privata e quella pubblica), occorre che sia il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire (se ciò il ricorrente domanda) luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve dunque essere «piena», nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure ex post, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione pubblica idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile» o volta a comminare sanzioni afflittive [...]».

³⁰¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2023, n. 941; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566.

³⁰² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2021, n. 2727; Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 778.

sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo»³⁰³, e ciò con «l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto»³⁰⁴.

In quest'ottica, si è osservato come il sindacato giurisdizionale sull'attività tecnico discrezionale svolta dall'Autorità Antitrust nella seconda e terza delle predette fasi sia riconducibile ad un modello di sindacato di tipo “debole”, non ammettendosi alcuna sostituzione della valutazione tecnica o del modello di declinazione del “concetto indeterminato”, potendo, per converso, censurarsi le valutazioni tecniche inattendibili mediante un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica³⁰⁵.

Dunque, diversamente dalla prima e dall'ultima fase rispetto alle quali il Giudice Amministrativo esercita giurisdizione piena, benché non possa sostituirsi all'Autorità nella seconda fase della contestualizzazione e nella terza fase del raffronto comparativo tra fatti e parametro contestualizzato, tuttavia il sindacato giurisdizionale non è limitato ai soli profili giuridico-formali dell'atto, dovendosi estendere anche alla risoluzione delle eventuali contestazioni in punto di fatto strumentali alla legittimità del provvedimento³⁰⁶.

In tema di sanzioni di natura sostanzialmente penale, l'effettività della tutela discende dalla pienezza della cognizione sul fatto in funzione della legittimità e sul punto lo scrutinio cassatorio è pressoché limitato.

Infatti, dal punto di vista del Giudice Amministrativo, è ammesso un sindacato sulla Autorità amministrativa di tipo ‘non sostitutivo’ circoscritto

³⁰³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 gennaio 2023, n. 970; Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2021, n. 31311; Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929; Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ Cfr. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2673; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2019, n. 2979. Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, secondo cui «Il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e, vien fatto di dire, soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, “le regole del gioco”». Per una disamina della «antinomia tra sindacato debole e sindacato forte». Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 152 ss.

³⁰⁶ V. Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2021, n. 31311; Cass. civ., Sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8093; Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929 e Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 30974.

all'attendibilità tecnica' delle valutazioni³⁰⁷, con una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'Amministrazione³⁰⁸.

Sul punto del sindacato cassatorio, a seguito del superamento di una concezione risalente di controllo di legittimità sugli atti tecnico-discrezionali di tipo estrinseco sull'iter logico seguito mediante il riscontro di macroscopica illogicità o irragionevolezza palese, ammettendo invece il giudizio anche sull'attendibilità delle operazioni tecniche e valutative, la giurisprudenza ha chiarito come lo sconfinamento sia configurabile «solo allorquando l'indagine del giudice (ove si tratti di valutazioni tecniche) abbia accordato preferenza a favore di un criterio tecnico opinabile tra i più ammissibili e messi a confronto, secondo i principi e i criteri (tecnici, scientifici, economici ecc.) propri di una certa disciplina settoriale, con oggettiva sostituzione della volontà dell'organo giudicante a quella dell'Amministrazione competente in materia»³⁰⁹.

In materia di antitrust, le più recenti declaratorie cassatorie sullo sconfinamento hanno avallato gli accertamenti del Giudice Amministrativo, in

³⁰⁷ Ciò sino al *revirement* del Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Il Consiglio di Stato ha evidenziato, in tal senso, come «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa [sia] quell[o] per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»: si tratta del sindacato di 'attendibilità tecnica' e 'non sostitutivo', meritevole di essere riconsiderato.

³⁰⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, secondo cui «secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il "fair trial" non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, e segnatamente: per "tribunale" deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale. Senonché, proprio a partire da questa concezione originale di "giusto procedimento", è emersa la rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di "full jurisdiction". Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su civil rights and obligations, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del "fair trial", può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa. Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l'organo che procede al sindacato sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa "both on the facts and the law". La giurisdizione "piena" è dunque il potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa. La Corte europea ha pure precisato che soltanto in particolari casi - concernenti scelte amministrative caratterizzate da "wide policy aims" o che necessitano di specifiche competenze tecniche - il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure "that sufficiently complies with Article 6" o in ogni caso nel rispetto di specifiche garanzie procedurali, in particolare per quanto concerne il contraddittorio tra le parti».

³⁰⁹ Cfr. la prima delle pronunce in tal senso, Cass. civ., Sez. Un., 5 agosto 1994, n. 7261.

forza della *full jurisdiction*, dei poteri spettanti al medesimo in sede di giurisdizione di merito e dell'alto tasso di tecnicismo della materia³¹⁰.

Nonostante, infatti, si siano contestate autonome ricostruzioni dei fatti, dell'illecito o della responsabilità da parte del Giudice, le Sezioni Unite non hanno ravvisato alcuna sostituzione effettiva del medesimo all'Amministrazione, osservando un approccio sostanzialmente deferente.

In effetti, all'esito della disamina delle pronunce, non può che inferirsi che le censure sollevate per lo più non denunciano uno sconfinamento nella discrezionalità tecnica sotto il profilo della opinabilità, quanto un diniego di giurisdizione piena o un diniego di giustizia: dunque, non un eccesso quanto piuttosto un arretramento.

Inoltre, dette doglianze, anche laddove ipotizzano uno asserito sconfinamento dovuto ad autonome ricostruzioni degli elementi costitutivi della fattispecie, inevitabilmente postulano un integrale riesame dell'esercizio della giurisdizione amministrativa e, quindi, interessano i limiti interni della giurisdizione, a prescindere dal mero scrutinio sulla parametricità, oggettività, giuridicità o compatibilità del sindacato giurisdizionale amministrativo.

Dunque, l'esito non può che essere reiettivo, in termini di inammissibilità o infondatezza.

Nell'unico precedente occasionato da una doglianza di sconfinamento sollevato da parte della Autorità, si è contestato al Giudice Amministrativo una ricostruzione autonoma di un concetto giuridico indeterminato costituito dalla nozione di pubblicità fondata sul primo periodo del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, art. 20, comma 1, lett. a)³¹¹.

In realtà, non si è verificato alcun sconfinamento, dacché il Giudice Amministrativo si è limitato all'individuazione dei fatti posti a base del provvedimento, alla valutazione delle prove fornite dall'amministrazione in ordine al contenuto diffusivo del messaggio sulla base dell'interpretazione del concetto giuridico di pubblicità e della clausola della diffusione del messaggio espressa dal legislatore del tempo all'interno del decreto legislativo n. 206 del 2005, art. 20, comma 1, senza formulare valutazioni di natura economica o senza addentrarsi in ambiti di discrezionalità tecnica riservati in via esclusiva all'Autorità³¹².

Sebbene la giurisprudenza amministrativa prevalente postuli che la cosiddetta discrezionalità tecnica esprima un concetto diverso dal merito amministrativo e non possa, pertanto, «essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo, atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque

³¹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 gennaio 2023, n. 970; Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2021, n. 31311; Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2021, n. 32687; Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2021, n. 26920; Cass. civ., Sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8093; Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929.

³¹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

³¹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929.

alla legittimità di quest'ultimo»³¹³, tuttavia emerge dalla prassi come l'opinabilità, seppur in astratto non sia equivalente all'opportunità per le ragioni di cui al paragrafo precedente, refluiscia in concreto nella insindacabilità, presidiata in astratto dalle Sezioni Unite in sede cassatoria³¹⁴.

Ciò è riscontrabile in termini particolarmente problematici nell'ambito dei provvedimenti delle autorità indipendenti ad alto contenuto tecnico, in relazione ai quali però si è assistito ad uno *revirement* giurisprudenziale, che potrebbe ripercuotersi in senso ulteriormente restrittivo sul sindacato delle Sezioni Unite sia per i profili espressi sia per quelli implicati³¹⁵, in linea con la tesi sostenuta nella presente trattazione dell'alterità dello sconfinamento rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione in virtù della sua natura ontologicamente caleidoscopica.

Ai sensi dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, secondo cui il sindacato del giudice 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, pare dedursi che detto sindacato diretto e sostitutivo sui fatti possa concernere i profili tecnici non opinabili, e, di conseguenza, che i profili tecnici opinabili non possano essere sindacati se non mediante un sindacato diverso da quello diretto e non sostitutivo³¹⁶.

L'attuale inquadramento, di per sé tutt'altro che consolidato, ha subito un contraccolpo da un precedente, nel quale il Consiglio di Stato, sulla base di una interpretazione della predetta disposizione in ossequio alla CEDU e di

³¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 25 settembre 2018, n. 22755, in www.lamministrativista.it.

³¹⁴ Cfr. F. SARTTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, fasc. 3, 1 dicembre 2020, pag. 749. Secondo l'Autore, la giurisdizione piena si avvale della stessa scienza specialistica applicata dall'autorità, al fine di rivalutare le relative scelte tecniche e applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati. Un giudizio di «ragionevolezza tecnica» implica «la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico scientifico» e si arresta alla soglia dell'opinabilità. In caso di valutazioni complesse, prevale l'insindacabilità. Di contro, se la norma che disciplina l'attività amministrativa non introduce profili di discrezionalità, il carattere indeterminato della norma non può giammai ostare. Tuttavia, se si può convenire sul fatto che l'opinabilità debba costituire un ragionevole limite, non sembra corretto che la stessa, anziché essere verificata, venga invocata dalla giurisprudenza come un limite insuperabile.

³¹⁵ Cfr. Cons. Stato n. 4990/2019, che ha superato il modello del sindacato giudiziale di natura non sostitutiva, in quanto la cognizione estesa al merito che l'art. 134, comma 1, lett. c, c.p.a. prevede in materia (fatta eccezione per le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, riservate alla giurisdizione ordinaria) è stata tradizionalmente (e quindi erroneamente) intesa come relativa alla sola quantificazione della sanzione pecuniaria. Sul tema, cfr. R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245 ss. Per una disamina dei modelli di disciplina antitrust, cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

³¹⁶ Oltre a Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733, che ha rinnovato l'assunto secondo cui «[...] laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge [...]», tali principi giurisprudenziali sono stati «di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrat[o] in vigore il 3 febbraio 2017 [...]».

un'interpretazione estensiva dei poteri istruttori del Giudice Amministrativo, ha avvallato un sindacato giudiziale pieno anche sui profili tecnici opinabili e, dunque, anche sulla seconda e terza fase dell'attività di accertamento dell'Antitrust, riconoscendosi un potere di sindacato sino alla maggiore attendibilità della valutazione tecnica.

Il punto di attrito con le Sezioni Unite è emerso nella presunta violazione del divieto di un sindacato forte di tipo sostitutivo³¹⁷, per ovviare al quale il Giudice Amministrativo si è premurato di precisare che non è gli precluso definire il regime degli atti amministrativi anche nei suoi confini con il merito, ma meramente enucleare criteri extralegali di integrazione del diritto positivo, del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall'ordinamento generale.

Il Giudice Amministrativo, non subendo alcuna preclusione nell'esercizio dei suoi poteri cognitori per una tutela giurisdizionale effettiva e rispettosa della parità delle parti, è tenuto a fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria sino alla decodificazione dei concetti giuridici indeterminati e ad accertare il fatto storico dell'intesa anticoncorrenziale³¹⁸.

Con un'importante puntualizzazione: la pienezza di giurisdizione invocata in sede di vaglio giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità anche nella seconda e terza fase non implica alcuna sostituzione della valutazione tecnica del giudice con quella della amministrazione³¹⁹.

³¹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 1013/2014, cit.

³¹⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4990/2019, cit., secondo cui «[L]a sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) [è] una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa», limitandosi qui il tratto “libero” dell'apprezzamento tecnico a riflettere «esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche» e osservando che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)», e, quindi, che «[A]l sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”».

³¹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 11929/2019, cit. a favore di un sindacato del giudice amministrativo pieno ma non sostitutivo delle prerogative spettanti all'AGCM.

Nonostante le condivisibili argomentazioni sostenute dalla Sezione Sesta, in dottrina³²⁰ e in giurisprudenza³²¹ si insiste per un sindacato debole, seppur particolarmente penetrante sul piano della ragionevolezza, ma affatto sostitutivo.

Impostazione confermata anche dalle Sezioni Unite, per le quali 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

³²⁰ V. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, cit., 126. L'Autore, atteso il potere pubblico in capo alle Autorità «ogniquale volta la norma giuridica, basata su concetti indeterminati di stampo tecnico, abbia ad esse affidato il compito di elaborare la regola economica destinata a disciplinare il caso concreto», evidenziando che qui viene in rilievo «l'attuazione di concetti indeterminati a valenza tecnica da parte di un organismo di tipo (latamente) amministrativo», osserva come il sindacato debba ispirarsi al criterio della ragionevolezza: «[N]ello schema norma-potere-effetto il giudice non si può sostituire a un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere sia una di quelle compatibili con quel concetto giuridico indeterminato adoperato dalla legge». Da qui il ragionamento in ordine al parametro della ragionevolezza fondato sulla impossibilità di distinguere tra scienze esatte e inesatte (con ciò legittimando «una pluralità di soluzioni possibili per il caso concreto, aprendo il varco a quel vaglio giudiziale che si affida al criterio dell'attendibilità, della logicità, della ragionevolezza»), e sulla commistione tra gli ambiti della opinabilità e della opportunità. Al riguardo, invero, l'Autore precisa che «il controllo debole, attuato con la clausola di ragionevolezza, ha una funzione bivalente, la quale opera in due direzioni opposte: da un lato, salva alcune prerogative dell'amministrazione verso la giurisdizione, pone alcuni limiti a quest'ultima ed assicura in questo modo il raccordo tra la titolarità del potere e la responsabilità giuridica e politica; dall'altro, garantisce al giudice, verso l'amministrazione, alcuni strumenti conoscitivi che sono indispensabili per adeguare la tutela giurisdizionale al canone di effettività» (255). Aggiunge: «[S]e la sostituzione del giudice è preclusa, nondimeno il controllo dev'essere effettivo sulla concreta regola economica di buon funzionamento del mercato che ha guidato la decisione amministrativa. È grazie all'effettività di questo controllo che si attua quel bilanciamento tra poteri che riconduce armonicamente il ruolo dell'autorità entro il quadro costituzionale», e ancora «[...] l'autorità non può vantare una speciale sfera di merito amministrativo insindacabile, né una posizione costituzionale di rango più elevato rispetto alla P.A. legata al circuito della democrazia rappresentativa. Piuttosto, non si pone per l'autorità in modo così significativo la questione delle contaminazioni tra opinabilità e opportunità [...]» (409).

³²¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 agosto 2020, n. 5049, in tema di giudizio sull'anomalia dell'offerta nell'ambito delle procedure di gara; Cons. Stato, Sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5537, sulle valutazioni delle Commissioni tecniche in ordine ai requisiti fisici per il reclutamento; in materia di Autorità indipendenti, con riguardo al potere tecnico dell'AGCOM; T.A.R. Lazio (Roma), Sez. III, 15 novembre 2019, n. 13143, che osserva come il controllo giurisdizionale sulla regolazione non miri a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Autorità; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1547, ove la VI Sezione ha rimarcato la natura non sostitutiva del sindacato giudiziale sui provvedimenti dell'AGCM: «[C]erto, da tempo la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 14 ottobre 2016 n. 4266) ha chiarito che il sindacato di questo Giudice sui provvedimenti dell'AGCM si estende pure a quei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità. Ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (com'è per la definizione di mercato rilevante), lo scrutinio di legittimità s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità. Ma la plausibilità di tal definizione e la relativa congruenza della misura cautelare da assumere non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Sezione o delle Corti europee. Per vero, l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, questo Giudice non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge».

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 opinabilità³²², detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituirvisi³²³.

Alla luce di quanto illustrato, possono trarsi alcune considerazioni, precisando, come già ampiamente anticipato, che, lungi dal prendere posizione sul piano dogmatico sui diversi orientamenti, di cui tuttavia non può prescindere in un'indagine processualistica, ai fini dell'oggetto della presente ricerca assumono esclusivo rilievo i riflessi degli arresti del Giudice Amministrativo sul sindacato delle Sezioni Unite e, specularmente, le linee direttrici confermatrici o correttive delle Sezioni Unite destinate al Giudice Amministrativo.

Nello specifico settore in questione, non essendo state pronunciate significative declaratorie cassatorie in tema di sconfinamento in senso positivo, non è esperibile direttamente un severo tentativo di falsificazione rispetto alla tesi dell'alterità, di talché non si può che avanzare riflessioni, comunque, corroboranti, frutto di una disamina indiretta.

Preliminarmente, il Giudice Amministrativo e i suoi illustri ascendenti hanno sempre avuto accesso al fatto: come attestato dalle declaratorie di annullamento per eccesso di potere dovuto a travisamento dei fatti o, ancora, dovuto a difetto d'istruttoria, quale accertamento sul "fatto" che l'istruttoria non è stata completa³²⁴.

³²² Come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza.

³²³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929. Nella fattispecie, l'AGCM, accertata una condotta di pubblicità ingannevole in violazione degli artt. 19, 20 e 21 cod. cons., ha disposto nei confronti della società responsabile il divieto di ulteriore diffusione del messaggio pubblicitario e la conseguente sanzione. In sede giudiziale, è seguito l'annullamento della delibera da parte del T.A.R. e la condanna dell'AGCM al risarcimento dei danni subiti dalla società, confermato dal Consiglio di Stato. Il giudice d'appello ha evidenziato come, nell'aver rilevato la natura non pubblicitaria e il carattere non ingannevole del messaggio, il T.A.R. non si fosse indebitamente sostituito all'Autorità, essendosi limitato a svolgere una verifica dei presupposti di fatto. La nozione di pubblicità di cui all'art. 20 cod. cons., nella versione precedente alle modifiche di cui al d. lgs. n. 146 del 2007, facendo riferimento a "qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso", richiedeva, infatti, quale elemento costitutivo del messaggio pubblicitario, la diffusione dello stesso, elemento non provato dall'Autorità. L'Autorità ha denunciato eccesso di potere del Consiglio di Stato, rigettato dalla Suprema Corte, che avallava il controllo in sede giurisdizionale dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti sanzionatori, nonché l'orientamento ormai recepito in tema di *full jurisdiction*. Il sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale.

³²⁴ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in A. GUIDARA (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Giappichelli, Torino, 2021, 251 e ss.

Ebbene, in ordine all'intensità del sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti delle Autorità, eccettuati quelli sanzionatori sui quali il sindacato è "moderatamente forte"³²⁵, la giurisprudenza amministrativa e cassatoria sono ferme ad un sindacato intrinseco, tendenzialmente debole, non sostitutivo, incentrato sulla «attendibilità tecnica» e non sulla «condivisibilità» piena della valutazione tecnica operata dall'autorità.

Si ritiene che il sindacato del giudice debba arrestarsi dopo aver verificato la legittimità delle regole tecniche, in particolare dopo aver verificato la legittimità dei criteri, del ragionamento e della motivazione sino al limite della opinabilità, «poiché diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato»³²⁶, sostituzione ammessa soltanto nella giurisdizione di merito.

Permangono, tuttavia, due indirizzi, allorché si controverta su valutazioni tecniche complesse: l'uno che incentra il sindacato sulla plausibilità, ragionevolezza e proporzionalità³²⁷; l'altro che, viceversa, riconosce l'accertamento diretto del fatto con relativa valutazione e qualificazione, facendo dipendere da tale accertamento la legittimità della decisione dell'Autorità³²⁸.

Rimane dibattuto come in tali casi possa operare il limite dei «profili tecnici», che «presentano un oggettivo margine di opinabilità»³²⁹.

Questi ultimi sono intrinsecamente collegati a scelte discrezionali vere e proprie, perché nel contestualizzare la fattispecie astratta l'Autorità persegue l'interesse pubblico e contestualizza in funzione di tale interesse pubblico.

Così facendo emergere sostanzialmente profili di merito amministrativo, pacificamente sottratti al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo.

In linea di massima, ciò rende il sindacato cassatorio sullo sconfinamento in punto di discrezionalità tecnica speculare a quello svolto in tema di

³²⁵ Soltanto in materia di sanzioni, esercitando un sindacato anche nel merito, il Giudice Amministrativo può sostituire la determinazione del *quantum* da irrogare contenuta nel provvedimento dell'autorità.

³²⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2023, n. 941; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566; Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2674.

³²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061.

³²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1046; Cass. civ., Sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8093.

³²⁹ V. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Dir. pubbl. com.*, fasc. 3-4, 1 giugno 2021, pag. 469. Secondo l'Autore, per valutazioni tecniche che presentino «un oggettivo margine di opinabilità» si intendono quelle relative a realtà fattuali, che si prestino ad apprezzamenti soggettivi di segno opposto, ovvero quelle che riguardano casi in cui la scienza fornisce più soluzioni al singolo problema, senza che sia possibile pervenire a risultati che raggiungano la soglia dell'attendibilità. Con la conseguenza, si suppone, che una decisione sul punto è di per sé legittima, salvo il controllo di ragionevolezza, applicandosi ad essa i canoni propri della discrezionalità amministrativa. Parimenti anche nel caso in cui si intenda per profili tecnici con margini di opinabilità quelli che comportano valutazioni, «la cui validità non è verificabile alla luce delle conoscenze accreditate». Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 533.

discrezionalità amministrativa³³⁰, dacché non è ammesso al Giudice Amministrativo assumere alcun parametro di condivisibilità della valutazione tecnica o tecnico/amministrativa, similmente a quanto si verifica in presenza di discrezionalità amministrativa.

Gli unici parametri ammessi ai fini del sindacato di legittimità sugli atti delle Autorità e del sindacato di merito sulle fattispecie sanzionatorie sono parametri legali, desunti dai principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità³³¹, ai quali si aggiungono parametri tecnici strumentali all'accertamento della attendibilità o inattendibilità della valutazione del fatto quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo.

Alle Autorità compete l'analisi dei fatti tecnici, semplici o complessi, che generalmente implica un margine tecnico c.d. opinabile, oggetto di attività integrativa del precetto da parte delle Autorità medesime per il tramite di regole desunte da scienze non esatte di natura scientifica o sociale.

Maggiore è il tasso di relatività della regola extragiuridica tecnica che integra il precetto, maggiore è l'opinabilità e, dunque, meno intenso è il sindacato di attendibilità, che, in difetto di un parametro giuridico, rischia di esitare in uno scrutinio di condivisibilità.

A ciò si aggiunga che le Sezioni Unite hanno una ulteriore difficoltà nello scrutinare il confine tra discrezionalità tecnica sindacabile e opinabilità insindacabile: non solo familiarizzare con saperi extragiuridici e altamente tecnico-specialistici, che in sede processualamministrativistica la consulenza tecnica e la verifica possono limitatamente compensare, ma soprattutto discernere caso per caso il confine dei “marginetti tecnici di opinabilità” dai marginetti tecnici inopinabili.

Ciò è tanto più vero nelle fattispecie sanzionatorie, in quanto si è in presenza di un sindacato del Giudice Amministrativo pieno sui presupposti di fatto e sui profili tecnici inopinabili (e dunque sostitutivo), ma non sui profili tecnici opinabili,³³² per i quali vale il sindacato limitato alla plausibilità della scelta.

³³⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Analogamente, Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313, sulle quali M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit.; F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito* (considerazioni a margine della sentenza Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312), in *Giustamm.it*, 28 febbraio 2012.

³³¹ Dai quali derivano le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, soprattutto sul piano dell'istruttoria e della motivazione del provvedimento.

³³² Si pensi, ad esempio, alle problematiche relative alle intese anticoncorrenziali per effetto e alla definizione del mercato rilevante. La definizione del mercato, sotto il profilo merceologico e geografico, è necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e le pressioni concorrenziali alle quali le stesse sono sottoposte, in termini di sostituibilità dell'offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale. Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati (Corte di Giustizia, sentenza del 28 febbraio 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C 1/12, punto 77). Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta

Mentre il sindacato sull'accertamento dei presupposti fattuali del provvedimento non è controverso perché il Giudice Amministrativo ha giurisdizione piena, diretta e sostitutiva per il tramite della verifica o della consulenza tecnica e, dunque, non residua alcuna sfera di valutazione tecnica da tutelare dalle ingerenze del giudice, in ordine al sindacato sui profili tecnici opinabili la tutela della sfera di valutazione tecnica in sede cassatoria è diversamente modulata.

Sui primi il Giudice Amministrativo esercita una giurisdizione piena e diretta, sulla quale le Sezioni Unite non esercitano sindacato, in quanto trattasi di cognizione pienamente sostitutiva; sui secondi il Giudice Amministrativo recede ad una giurisdizione limitata alla mera ragionevolezza, plausibilità e proporzionalità e, quindi, ad un sindacato estrinseco, sul quale le Sezioni Unite esercitano in astratto un sindacato a garanzia dell'autorità.

Nell'ambito dei profili tecnici opinabili difettano parametri giuridici, che, laddove comunque adottati dal Giudice Amministrativo, rischiano di incorrere nella censura di incompatibilità delle Sezioni Unite.

Quest'ultima considerazione, però, necessita di opportuna rimeditazione, atteso il pronunciamento del Giudice Amministrativo a favore di un sindacato prevalentemente sostitutivo anche sui profili tecnici opinabili, sui quali non sia intervenuta alcuna attività mediativa di tipo integrativo o complementare dell'Autorità³³³.

distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse (cfr. la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza: 97/C 372/03). La nozione di mercato rilevante implica che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti o servizi che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che fanno parte dello stesso mercato (Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, C-85/76, punto 28). L'intercambiabilità o la sostituibilità non si valuta unicamente in relazione alle caratteristiche oggettive dei prodotti e dei servizi di cui trattasi. Si devono prendere in considerazione anche le condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta nel mercato (Corte di Giustizia, sentenza del 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, C-322/81, punto 37).

³³³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, ove si afferma che «gli elementi descrittivi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla normativa attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di “fatto storico” accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto “mediato” dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie» e «La tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità». Cfr. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 1 giugno 2021, pag. 335. Nella ricostruzione dei fatti e nella precisazione della fattispecie normativa non vi è valutazione di interessi, né intermediazione di potere pubblico. La norma attributiva del potere sanzionatorio all'Authority, infatti, predetermina l'assetto degli interessi, pur integrando la descrizione della

Interessante la motivazione della sentenza³³⁴, che fonda il *revirement* su un'impostazione più processualistica e, in particolare, remediale piuttosto che sostanzialistica: anche i profili tecnici opinabili del fatto divengono pienamente sindacabili in forza di poteri cognitori e decisori esercitati dal giudice in un'ottica di pienezza ed effettività, purché però non residui alcun margine di discrezionalità mediata dalla tecnica.

Nel caso in cui dovesse generalizzarsi un sindacato integralmente sostitutivo del giudice all'Autorità come di fatto affermatosi nelle fattispecie sanzionatorie, non residuerebbe alcun margine di discrezionalità né latamente amministrativa né tecnica in capo all'Autorità, da salvaguardare in sede cassatoria e, quindi, non potrebbe integrarsi alcuno sconfinamento.

Affinché questo avvenga, occorre una condizione che impegna il giudice a penetrare l'intima sostanza del rapporto controverso ovvero che nella vicenda dedotta in giudizio non vi sia, o non s'interponga più, la mediazione preliminare del potere amministrativo.

Ciò si risolverebbe in un esaurimento dello scrutinio di compatibilità spettante alle Sezioni Unite sui parametri di legittimità amministrativa di volta in

fattispecie astratta con elementi valutativi e complessi; l'esistenza di tale profilo valutativo non vale, di per sé, ad attrarli nella sfera del merito e sottrarli a quella del fatto: essi valgono come “fatto storico”, accertabile in via diretta dal giudice e non come fatto “mediato dall'apprezzamento dell'autorità”. L'attività che compie l'amministrazione è, dunque, di interpretazione e applicazione della fattispecie astratta al caso concreto, anche se presenta i margini di opinabilità tipici delle scienze economiche; da qui, per la parità delle armi, la possibilità del giudice di spingere la conoscenza del fatto oltre la rappresentazione offertane dall'amministrazione fino a incidere sui risultati dell'attività, anche valutativa, da essa compiuta. In questi termini può ammettersi un sindacato sostitutivo, senza che tale sostituzione comporti l'avocazione di poteri discrezionali veri e propri. Quando, invece, l'attività integrativa del precetto corrisponde a una vera e propria valutazione discrezionale, il limite del sindacato sostitutivo rimane: è questa l'ipotesi in cui la tecnica si sposta al momento della mediazione fra i diversi interessi coinvolti, collocati anch'essi in una dimensione tecnica. In queste ipotesi, i mezzi a disposizione del giudice sono quelli del controllo sull'esercizio del potere amministrativo; al sindacato sostitutivo può eventualmente accedersi quando non vi sia più discrezionalità, secondo lo schema indicato all'art. 31, co. 3 c.p.a. Per il giudice della causa Avastin Lucentis non vi è eccesso di potere giurisdizionale giacché la definizione dell'ampiezza del sindacato sulla *quaestio facti* — e, dunque, sulle valutazioni opinabili — non riguarda il rispetto dei limiti della norma attributiva della tutela quanto le forme in cui questa tutela si estrinseca; conoscere il fatto e giudicare sulla attendibilità o maggiore attendibilità della ricostruzione già compiuta dall'amministrazione, rientra nella sfera del potere attribuito al giudice amministrativo, senza potersi ravvisare uno sconfinamento. Nel definire l'ampiezza dell'eccesso di potere giurisdizionale, il Collegio aderisce ai principi espressi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 ed enfatizza la portata innovativa della pronuncia su orientamenti ormai consolidati ma, nel richiamare la sentenza della Consulta, conferma che i profili di novità della sua decisione attoniscono alle tecniche di tutela, sono tutti interni alla giurisdizione e non vi è affatto uno “stravolgimento” delle norme di riferimento bensì la loro applicazione, sfruttando le caratteristiche strutturali del sindacato di legittimità. La riconsiderazione delle questioni intorno alla discrezionalità tecnica si traduce nella valorizzazione delle tecniche di tutela del controllo di legittimità, al riparo, laddove la decisione fosse impugnata, da ogni censura di “sconfinamento”.

³³⁴ Sentenza, alla quale non sono seguite pronunce conformi.

volta enucleati dal Giudice Amministrativo³³⁵, potendo egli assumere una decisione sostitutiva.

Un ultimo ancor più significativo rilievo è ritraibile dalla doppia puntualizzazione del Giudice Amministrativo rispetto all'eventuale sindacato delle Sezioni Unite.

Sottilmente il Consiglio di Stato rivendica a sé due competenze, annoverandole nei limiti interni della giurisdizione e, pertanto, insindacabili dalle Sezioni Unite: definire il regime degli atti amministrativi anche nei confini con il merito e fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria.

Ora, quanto alla prima attività, il Consiglio di Stato avoca a sé l'esclusiva competenza a istituire il confine tra la legittimità e il merito di un atto amministrativo, con ciò dequotando lo sconfinamento nel merito amministrativo e rimettendo alle Sezioni Unite meramente la verifica di compatibilità di eventuali parametri di legittimità extralegali.

Quanto alla seconda, il Consiglio di Stato avoca a sé l'esclusiva competenza a istituire il confine tra profili tecnici inopinabili, profili tecnici opinabili senza mediazione integrativa dell'autorità e profili tecnici opinabili con mediazione integrativa dell'autorità, dacché il fatto storico e la sanzione rientrano nell'esclusivo dominio del Giudice Amministrativo senza "zone franche" preesistenti.

Atteso l'ineluttabile affermarsi del sindacato pieno e sostitutivo sollecitato in vario modo da una parte della dottrina e dalle istituzioni sovranazionali, la stretta inerenza delle questioni implicate al dominio della giurisdizione amministrativa suggerisce che le Sezioni Unite si mantengano su un approccio prudentiale e deferente, recedendo sul punto dal sindacato sullo sconfinamento: dunque, anche sul piano astratto e non solo in concreto come già risulta dalla prassi.

2.5. *Il caso dell'abilitazione scientifica nazionale e della classificazione di una rivista giuridica in fascia A. L'ammissibilità di un sindacato di tipo sostitutivo in sede cognitoria e in sede di ottemperanza e le relative implicazioni in punto di sconfinamento.*

Un approccio simile è emerso in due vicende in tema di asserito sconfinamento nella discrezionalità tecnica: in realtà, si è trattato di attività di mera interpretazione di norme del codice del processo amministrativo, del tutto connaturale alla funzione giurisdizionale e ai limiti interni.

Come è noto, al Giudice Amministrativo è ammesso addentrarsi a valutare la fondatezza della pretesa al bene della vita non soltanto quando l'Amministrazione non disponga *ab origine* di discrezionalità, ma anche quando quest'ultima già si sia consumata.

³³⁵ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666.

L'art. 31, comma 3, c.p.a., richiamato dal successivo art. 34, comma 1, lett. c), infatti, legittima il giudice a pronunciarsi in tal senso anche «quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Il riferimento all'attività vincolata «in astratto o in concreto» evoca la teoria della riduzione progressiva della discrezionalità, anche tecnica, che consiste nell'individuare, pur in presenza di una discrezionalità inesauribile in astratto, ipotesi di consumazione del potere in concreto: un'inesauribilità, quindi, «limitata»³³⁶.

Dunque, in presenza di discrezionalità “esaurita”, sia pura che tecnica, il giudice è facultato a condannare l'Amministrazione all'emanazione di provvedimenti pienamente soddisfattivi.

Parimenti, in tema il divieto di pronuncia con riguardo ai poteri amministrativi non ancora esercitati di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., al quale è dedicato un paragrafo apposito del capitolo presente, non è inteso a salvaguardare il potere mai esercitato, dacché si tratterebbe di una disposizione pleonastica rispetto all'art. 7 c.p.a., bensì quello residuo dopo il giudicato.

Laddove quest'ultimo sia stato esercitato dopo il giudicato con un secondo esito sfavorevole per il ricorrente vittorioso, in base al principio del *one shot* temperato di matrice giurisprudenziale, la «riserva di procedimento amministrativo» viene meno e la tutela giurisdizionale può erogarsi fino alla condanna dell'Amministrazione all'emanazione del provvedimento soddisfattivo.

La cosiddetta «discrezionalità esaurita»³³⁷, quindi, ben può essere applicata anche al sindacato sulla discrezionalità tecnica: un'accurata istruttoria processuale, infatti, può condurre ad un pieno accertamento del fatto, tale da ritenere concretamente esaurita la discrezionalità tecnica³³⁸.

In tema, il Consiglio di Stato, sulla base della teoria della discrezionalità esaurita applicata alla discrezionalità tecnica, in forza del combinato disposto degli articoli sopra citati, ha concluso che, dopo tre consecutivi dinieghi di abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario, la discrezionalità tecnica spettante alla amministrazione si fosse progressivamente azzerata, legittimando il giudice a sindacare la spettanza del bene della vita e, conseguentemente, a ordinare di rilasciare l'abilitazione³³⁹.

³³⁶ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 14.

³³⁷ Cfr. D. VALIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714 e B. CIFERNI, *La “discrezionalità esaurita” ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2016.

³³⁸ V. L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 157-158.

³³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Non è certo questa la sede per affrontare *funditus* un dibattito di così ampia portata³⁴⁰: al di là delle problematiche di un accertamento conformativo in materia concorsuale fondato su una consulenza tecnica d'ufficio, si concedano alcune riflessioni.

Sul piano processuale, già Nigro osservava che lo sconfinamento non è altro che il cattivo uso del potere giurisdizionale (e quindi non il difetto del potere giurisdizionale) o, meglio, l'uso di poteri cognitori e/o decisorii più ampi di quelli conferiti dalla legge: con riguardo al «vizio di sconfinamento nel campo dei poteri dell'amministrazione», «l'ipotesi più importante è quella dell'uso da parte del giudice (normalmente, il giudice amministrativo) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge [...]»³⁴¹.

Nel caso di specie, il Collegio non ha “usato” poteri decisorii più ampi di quelli attribuiti dalla legge, giacché l'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a. espressamente lo facoltizza ad anticipare le misure attuative del giudicato già in sede cognitoria.

Sul piano sostanziale, in realtà, il Collegio ha individuato il momento in cui si è esaurita la discrezionalità tecnica in termini procedurali, ovvero nella frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino derivante dalla violazione dei principi di buona amministrazione e di affidamento, e non in meccanismi processuali o sostanziali, diversamente dalla discrezionalità pura che postula l'esaurimento dopo il secondo esercizio del potere.

Diversamente da quanto sostenuto da autorevole dottrina³⁴², che vi ha ravvisato uno sconfinamento nella sfera amministrativa dovuto all'indebito

³⁴⁰ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, secondo cui «il potere si esaurisce quando l'amministrazione non può più esercitarlo legittimamente secondo diritto» (ivi, 310). Id., *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *Persona e amministrazione*, n. 2/2018, 332., ove l'Autore ha precisato che «il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati opera a protezione del potere amministrativo visto nella sua fisiologia, e non nella sua patologia: assicura all'amministrazione il diritto di pronunciarsi per prima su un affare rimesso alle sue cure, sino a quando le è consentito farlo, non anche dopo la scadenza dei termini per provvedere, non anche quando il potere si sia esaurito a causa dell'inerzia dell'amministrazione». Parimenti, cfr. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2018, 17. Infine, v. M. D'ANGELOSANTE, *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 849 ss.

³⁴¹ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 179.

³⁴² V. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziamsieme.it*, 2020, ove l'Autrice afferma che, con la sentenza 7 settembre 2020 n. 18592, le Sezioni Unite hanno negato lo sconfinamento in un'ipotesi in cui, integrando *ultra petita*, il Consiglio di Stato, a seguito di consecutive censure di illegittimità del diniego di abilitazione per le funzioni di professore universitario, sulla base dei poteri spettanti al giudice di cognizione dall'art. 34, co. 1, lett. e, c.p.a. per assicurare l'attuazione del giudicato, in luogo di nominare un organo tecnico *ad acta*, ha condannato il Ministero al rilascio dell'abilitazione. La Suprema Corte, pur riconoscendo la natura tecnico discrezionale della valutazione, ha avallato il Consiglio di Stato in un'operazione che, oltre all'invasione della sfera amministrativa, si è sostanziata nella creazione di una norma ampliativa del potere giurisdizionale. Si legge, infatti, nella sentenza che: «Dalla riportata sintesi della sentenza in oggetto risulta evidente che è da escludere che il Consiglio di Stato - avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire alla La Macchia l'abilitazione scientifica nazionale (di seguito: “ASN”) alle funzioni di professore universitario di prima fascia senza sottoporre l'interessata al riesame di una nuova

rilascio dell'abilitazione, nel caso di specie l'attribuzione del bene della vita per esaurimento della discrezionalità tecnica non è affatto il risultato di un controllo di merito sulla valutazione tecnica precluso al Giudice Amministrativo, ma consegue ad una illegittimità particolarmente qualificata del procedimento amministrativo ovvero alla frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino: qui risiede il punto nodale della questione approdata all'esame delle Sezioni Unite³⁴³.

Il presupposto, sulla base del quale si è pervenuti al conferimento dell'abilitazione non in sede di ottemperanza ma in sede cognitoria, non è altro che il sopravvenuto difetto del potere amministrativo³⁴⁴.

Al di là delle particolari criticità³⁴⁵, la Corte di Cassazione ha escluso che il Consiglio di Stato, limitatosi ad interpretare estensivamente alcune disposizioni codicistiche assegnatarie di ampi poteri decisori in sede cognitoria, abbia superato i limiti esterni della propria giurisdizione³⁴⁶: in effetti, la suprema

Commissione e quindi avendo disposto l'attribuzione diretta alla ricorrente del bene della vita cui ella aspirava - abbia arbitrariamente invaso il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione», in quanto «la suddetta conclusione è il frutto di una interpretazione articolata ed «evolutive» delle norme del codice del processo amministrativo, a partire dall'art. 34, co. 1, lettera e) che consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta esercitando così un potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza. E va aggiunto che essa rappresenta una prima applicazione di un rimedio che il Consiglio di Stato ha inteso apprestare per fare sì che le proprie decisioni di annullamento anche - e forse specialmente in caso di provvedimenti delle Commissioni esaminatrici di concorsi pubblici dotate di discrezionalità tecnica, come si afferma nella sentenza - possano trovare una definizione della fattispecie sostanziale, conforme all'esigenza di una tutela piena ed effettiva dell'interessato «secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo», cui il codice del processo amministrativo attribuisce primario rilievo (art. 1), senza costringere il privato all'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatto».

³⁴³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592, in *www.giustamm.it*, n. 9/2020.

³⁴⁴ V. A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 473. Così F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 113.

³⁴⁵ Cfr. F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 503, per il quale problematica è l'individuazione del momento esatto in cui si è esaurita la discrezionalità ovvero nella frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, che lascia al giudice un margine interpretativo troppo ampio, aumentando il tasso di incertezza delle decisioni; A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 745; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, 382. La dottrina si è interrogata sul criterio del «one shot temperato», privo di fondamento teorico (L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss., spec. 622; F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2673 ss., spec. 2679), quando i medesimi risultati «potrebbero essere conseguiti anche senza passare per ben tre giudicati di annullamento»: G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (gennaio 2020), 31; in termini, S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1225-1226.

³⁴⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592, in *www.giustamm.it*, n. 9/2020.

magistratura amministrativa non si è addentrata in un controllo di merito sulla valutazione tecnica abilitativa ad essa preclusa, ma ha ravvisato nella motivazione dei dinieghi di abilitazione una grave patologia procedimentale tale da azzerare la discrezionalità tecnica residua.

Finora, la giurisprudenza ha applicato la teoria dell'esaurimento della discrezionalità soltanto a quella pura in relazione a preclusioni meramente processuali, per cui estenderla anche a quella tecnica con le dovute varianti incide sull'intensità del sindacato giurisdizionale e sul suo regime processuale: la discrezionalità tecnica non è più inesauribile né dal punto di vista ontologico, sebbene consista in un'attività interpretativa di specificazione di un concetto giuridico indeterminato; né dal punto di vista logico, dacché il limitato sindacato giurisdizionale, riespandendosi in presenza di una grave patologia procedimentale, può produrre un effetto conformativo sufficiente ad esaurirla³⁴⁷.

In conclusione, si è trattato di un arresto giurisprudenziale particolarmente innovativo³⁴⁸, per nulla censurato in sede cassatoria dalle Sezioni Unite.

Tenuto conto che inevitabilmente ogni effetto conformativo della sentenza di annullamento postula anche un effetto sostitutivo al provvedimento annullato³⁴⁹, a sostituire l'atto amministrativo, sul presupposto dell'azzeramento della discrezionalità, ben può essere sia la sentenza di annullamento del giudice della cognizione sia, a maggior ragione, la sentenza del giudice dell'ottemperanza.

Sul tema giova dare conto di un'altra vicenda relativa alla classificazione di una rivista in fascia A³⁵⁰.

³⁴⁷ In senso contrario, P. CARPENTIERI, op. cit., 410 ss.

³⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793; Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3159; Cons. Stato, Sez. VI, 24 marzo 2023, n. 3009; Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2023, n. 688.

³⁴⁹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, op. cit., 331. In siffatte ipotesi, «do sconfinamento del giudice nella sfera riservata all'amministrazione sussiste se l'effetto "sostitutivo" discende da una censura che non era consentita (perché, in ipotesi, inerente al merito) e non è dall'effetto sostitutivo che si ricava se la censura fosse consentita oppure no».

³⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, 11 gennaio 2016, n. 53. Nel caso di specie, avanti alle Sezioni Unite è stato denunciato eccesso di potere giurisdizionale, per violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 134 cod. proc. amm., in quanto il Consiglio di Stato avrebbe esercitato un potere giurisdizionale esteso al merito, sostituendosi all'amministrazione nell'esercizio di poteri discrezionali. Oggetto di impugnativa sono atti emessi dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e dall'ANVUR, aventi ad oggetto la mancata classificazione di una rivista scientifica nella classe A, ai fini dell'abilitazione scientifica nazionale di cui alla legge 30 dicembre 2010, n. 240. Il Giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile il ricorso, per difetto di interesse dei ricorrenti, per la parte relativa alla domanda di annullamento degli atti della procedura di abilitazione scientifica nazionale, e improcedibile quella di annullamento e di nullità dei provvedimenti di classificazione. Il Consiglio di Stato, con sentenza 25 marzo 2015 n. 1584, ha accolto il gravame, disponendo l'annullamento degli atti dell'ANVUR, che, tuttavia, ha confermato la collocazione della rivista nell'ambito della classe B. In sede di ottemperanza, il Supremo Giudice ha ordinato l'esecuzione della sentenza all'autorità amministrativa, ritenendo che la delibera dell'ANVUR fosse in violazione del giudicato. Il Consiglio di Stato ha però escluso la possibilità per l'amministrazione di pronunciarsi nuovamente, dopo già tre determinazioni, e ha ordinato all'ANVUR di provvedere all'iscrizione della rivista nella classe A, stabilendo che, in caso di permanente inottemperanza, il commissario ad acta vi avrebbe provveduto.

Poiché, ai sensi degli artt. 7 cod. proc. amm., comma 6, e 134 cod. proc. amm., in sede di ottemperanza al Giudice Amministrativo è attribuito espressamente un potere di giurisdizione anche nel merito, con possibilità sia di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo sia di sostituirsi indirettamente all'amministrazione, non potrebbe ravvisarsi alcuno sconfinamento, nel fatto che il Giudice Amministrativo, rilevata una violazione o un'elusione, abbia ordinato al Ministero di provvedere ad iscrivere una rivista nella classe A, nominando all'uopo un commissario *ad acta*³⁵¹.

Come già osservato nella fattispecie precedente, non viene in questione uno sconfinamento dato dall'uso di un potere decisorio più ampio o diverso da quello attribuito dalla legge, ma sopravviene l'azzeramento della discrezionalità tecnica, che legittima il giudice dell'ottemperanza a impingere nella valutazione tecnica opinabile.

Ciò che è nettamente precluso all'amministrazione è una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi annullati in sede giurisdizionale per vizi di legittimità e successivamente abbia riproveduto in violazione del primo giudicato, senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi del primo giudicato di annullamento³⁵².

In ossequio al principio di effettività, l'azzeramento della discrezionalità tecnica amplia l'ambito del giudizio di ottemperanza rispetto a quello di cognizione e, per l'effetto, l'ambito dei poteri di merito del Giudice Amministrativo e comprime il sindacato sullo sconfinamento.

A ben vedere il presupposto affinché il giudice si possa sostituire all'amministrazione, non solo in sede di giurisdizione di merito, ma anche nella giurisdizione di legittimità (o esclusiva), è sempre il medesimo ovvero che gli interessi delle parti non siano più soggetti al condizionamento dell'amministrazione, che agisca come autorità.

Ricorrendo tali condizioni, l'intervento vicario del giudice non determina l'assunzione diretta dell'interesse pubblico definito dalla legge oppure dalla stessa amministrazione nel corso del procedimento amministrativo.

Difatti, il limite che resta invalicabile dal giudice, anche in giurisdizione di merito, consiste nella persistenza del potere amministrativo, il cui criterio informatore è l'interesse pubblico.

Ma, ove tale barriera non sussista come occorso nelle due vicende illustrate, l'attivazione di un potere sostitutivo, lungi dall'integrare uno sconfinamento, permane entro i limiti interni della giurisdizione, dacché implica un'attività interpretativa del tutto in linea con l'attuale evoluzione del processo amministrativo.

³⁵¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 febbraio 2017, n. 5058.

³⁵² È la teoria del c.d. "*one shot temperato*" o *two shots*.

Ciò a prescindere dalle molteplici problematiche emerse nel rapporto tra discrezionalità tecnica e giurisdizione amministrativa messe in luce da autorevole dottrina³⁵³.

2.6. *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.*

Il problema dei limiti del sindacato del Giudice Amministrativo nei confronti dell'Amministrazione evoca il divieto del giudice di farsi amministratore.

Come già illustrato nel capitolo primo, il contenzioso amministrativo francese rispondeva ad una triplice esigenza, quale estromettere i tribunali ordinari inidonei a sindacare l'attività amministrativa, evitare le giurisdizioni d'eccezione dell'Antico Regime e, in deroga alla separazione dei poteri, affidare il contenzioso ad una amministrazione separata dalla amministrazione attiva³⁵⁴.

Si è istituito, quindi, non in ossequio alla separazione dei poteri, quanto in virtù della specialità del diritto amministrativo.

In questo quadro si collocava la dicotomia di Laférierre tra contenzioso di giurisdizione piena e contenzioso di annullamento, entro cui la giurisdizione amministrativa subisce limiti al proprio sindacato³⁵⁵.

³⁵³ V. M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Giappichelli, 2021. L'Autore afferma che: «Spesso si assiste, ad es., ad una lamentela sui limiti del controllo sulla discrezionalità tecnica, ma è una lamentela discutibile, sia perché posta in termini generali, senza distinguere tra le varie fattispecie, sia perché non tiene conto che tali limiti sono in buona parte il frutto prudente e sedimentato di momenti di equilibrio individuati dalla giurisprudenza appunto per tipologia di fattispecie. Facciamo un esempio facile: sarebbe ragionevole che, in caso di impugnazione di un concorso universitario, il giudice nominasse, come consulente tecnico, un altro professore per giudicare della qualità scientifica dei titoli? Certamente no, poiché si determinerebbe una situazione ingovernabile, ove ogni concorso verrebbe impugnato e rimesso ad una nuova categoria di superbaroni, super in quanto graditi dal giudice come consulenti tecnici d'ufficio. O si pensi ancora ai casi in cui il giudice si confronta con decisioni che si fondano su assunti espressi da grandi organismi tecnici presenti nell'amministrazione: si comprende bene che, salvo situazioni di palese irragionevolezza, il sindacato sia fatto con cautela e che non si possa normalmente pensare ad un vaglio basato sic et simpliciter sull'opinione diversa di un consulente tecnico d'ufficio».

³⁵⁴ Cfr. P. DEVOLVÉ, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, in *Mélanges Chapus*, Parigi, 1992, 137, secondo cui «se il principio di separazione dei poteri fosse stato strettamente applicato, avrebbe portato ad un risultato esattamente opposto a quello che fu rapidamente adottato». V. J. CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*, in *RFDA*, 1990, 712 ss., che osserva: «La sorte particolarmente riservata dai costituenti al contenzioso amministrativo porta in germe la dualità delle giurisdizioni: i litigi amministrativi dovevano essere tranciati da giudici indipendenti e distinti dai giudici giudiziari. Nondimeno, il conferimento del contenzioso all'amministrazione attiva interdice allora ogni possibile emergenza di un autentico ordine giurisdizionale amministrativo: gli affari contenziosi sono trattati negli stessi termini degli affari amministrativi; bisognerà attendere che la giurisdizione sia progressivamente dissociata dall'azione perché le conseguenze dell'affermazione della specificità del contenzioso amministrativo siano pienamente tirate» (p. 722).

³⁵⁵ Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 1888, 374. L'Autore afferma che «senza dubbio i poteri della giurisdizione amministrativa non sono gli

La conformazione del ricorso per eccesso di potere non si è determinata in funzione della separazione dei poteri, ma in relazione ad un potere di annullamento che si è intrecciato con la competenza cassatoria del *Conseil d'État* in materia di conflitti.

In quella sede non si è provveduto soltanto ad annullare invasioni giudiziarie nella sfera dell'amministrazione o anche invasioni della stessa amministrazione nella sfera giudiziaria.

Il ricorso per eccesso di potere è divenuto strumento generale di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, perché affetti da incompetenza, anche all'interno del potere amministrativo, da violazioni di legge e di regolamento, nonché da *détournement du pouvoir*.

In linea con un siffatto potere caducatorio/cassatorio della giurisdizione amministrativa equitativamente somministrato si è inserito il divieto di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

L'elasticità equitativa e la creatività pretoria hanno connotato, dapprima, il rapporto tra amministrazione attiva e amministrazione contenziosa e, successivamente, il rapporto tra amministrazione e giurisdizione amministrativa³⁵⁶, di talché si è sempre trattato di una relazione flessibile.

Storicamente, il divieto di farsi amministratore o, più correttamente, il divieto di sostituirsi in caso di poteri amministrativi non esercitati³⁵⁷, si è affermato quale strumento di legittimazione della primigenia giurisdizione amministrativa francese nei confronti dell'amministrazione, al fine di tacitare le critiche dei liberali della Restaurazione³⁵⁸.

stessi riguardo a tutte le decisioni che possono essere attaccate di fronte ad essa: tanto ha il diritto di revisionare, di riformare queste decisioni e d'imporre all'amministrazione delle decisioni nuove; tanto deve limitarsi ad annullare l'atto illegale che le è deferito, senza poterlo emendare né rimpiazzare».

³⁵⁶ Cfr. J.G. LOCRÉ, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère des ses actes*, 1810, 166-168. Per Locré, la *ratio* del contenzioso amministrativo risiede nell'esigenza di conciliare interesse pubblico e interesse privato. V. P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, 307-308. L'Autore afferma: «La conciliazione dell'ordine pubblico e dell'ordine privato, tale è la ragione profonda di questo diritto amministrativo [...]. L'essenza generale del diritto amministrativo è di costituire un diritto d'equità». Aggiunge: «È dunque divenuto necessario istituire una giustizia amministrativa che, avendo maggiore latitudine, possa tutto bilanciare [...] e fare prevalere, al bisogno l'equità e l'interesse dello Stato, [...] sulle disposizioni inflessibili e più strette della legislazione positiva».

³⁵⁷ Nell'ordinamento giuridico italiano si menziona la previsione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. secondo la quale «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati». Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, cit. L'Adunanza plenaria ancora alla norma codicistica, non solo, la questione della competenza, ma anche il divieto di sindacato sugli atti politici, il divieto di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali e tecnici dell'amministrazione, l'eccezionalità delle ipotesi di giurisdizione di merito.

³⁵⁸ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67-105. Sul punto, l'Autore richiama Ranelletti in O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 295-296: tra le ragioni a favore del contenzioso amministrativo, «non più considerato come una funzione accessoria dell'amministrazione attiva [...], ma era un vero e proprio giudizio», ricorda che «questi giudici del contenzioso amministrativo sono distinti, se non separati, dall'amministrazione

Corollario è stata la regola della *décision préalable* intesa come condizione di ricevibilità del ricorso³⁵⁹.

Nell'ordinamento giuridico italiano sul punto non risulta costituzionalizzata alcuna riserva di amministrazione, tale da precludere il sindacato al Giudice Amministrativo³⁶⁰, né risulta alcun corollario derivante dal principio di separazione dei poteri, che ne osta il giudizio³⁶¹.

In effetti, si tratta di un principio assoluto nell'ordinamento francese e relativo nell'ordinamento italiano, in ossequio al quale il Giudice Amministrativo ha potuto modulare il proprio sindacato sulle ragioni di giustizia delle singole fattispecie, così da non irrigidire il rapporto con l'amministrazione³⁶².

Tecnicamente, si è in presenza di un potere non esercitato con riferimento al caso in cui l'Amministrazione non abbia adottato alcun provvedimento, senza che lo stato di inerzia sia riconducibile ad un obbligo di provvedere ovvero, pur in presenza di tale obbligo, senza che si sia ancora concluso il procedimento.

Oppure nei casi in cui, sorgendo l'obbligo di provvedere, si consuma invece il percorso del procedimento, che esita o nel silenzio-inadempimento o nel provvedimento espresso o tacito³⁶³.

attiva», sicché «non si poteva, adunque, dire più contro i tribunali del contenzioso amministrativo che l'amministrazione era, per essi, giudice in causa propria».

³⁵⁹ Cfr. R. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899, 111. L'Autore afferma che «il contenzioso e la competenza della giurisdizione amministrativa non possono essere generati che a condizione che un atto amministrativo sia intervenuto preventivamente come fondamento del reclamo del privato».

³⁶⁰ In dottrina, v. F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: "dove non può la Costituzione può la legge statale?", in www.giustamm.it*, 2008. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cort. Cost., 8 maggio 2009, n. 137.

³⁶¹ Cfr. G. TROPEA, *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss. Già R. DARESTE, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France, 1855-1857*, 93-94, secondo cui «la separazione dei poteri ammessa in principio, non comporta per l'amministrazione il diritto di giudicare i reclami ai quali i suoi atti possono dare luogo. La giustizia amministrativa non esiste [...] che per deroga a questo principio, poiché essa serve da intermediaria tra la giustizia e l'amministrazione, e che, giudiziaria per le sue funzioni, è amministrativa per la sua composizione. La competenza attribuita dall'Assemblea nazionale alle giurisdizioni amministrative non si può dunque giustificare a priori: in effetti l'Assemblea la evocava perché la materia le pareva amministrativa di sua natura, e per applicare il principio di divisione dei poteri, o la evocava al contrario precisamente per levare al potere giudiziario la conoscenza di una materia che, di sua natura, non era amministrativa, e non poteva che divenirla tramite una legge espressa? L'una e l'altra supposizione sono egualmente ammissibili» e aggiunge «Quello che ci pare risultare dai fatti è che l'Assemblea costituente, senza avere su questo soggetto né sistema né teoria, comprendeva molto bene che i tribunali ordinari non sono egualmente propri a giudicare tutti i processi». V. E. ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XVII, 1902, 234 ss.; R. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899.

³⁶² Cfr. A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 27, secondo cui «emerge un dato che sembra di fondamentale rilievo: il pericolo che Santi Romano paventava, non era tanto l'acquisizione da parte di quel sindacato, di caratteri propri della giurisdizione; ma era il suo accostamento, a quella cognizione: fino ad una sua assimilazione».

³⁶³ Tradizionalmente, il problema, sulla scorta dell'esperienza francese, è stato risolto col silenzio-diniego, cioè con un atto tacito, sicché, pur tramite una fictio, il potere si considerava esercitato e nulla ostava, nella logica impugnatoria, l'accesso al giudice. Il silenzio-inadempimento è un altro caso di potere "non ancora esercitato", ma che, in deroga al principio

Infine, di quest'ultima evenienza occorre precisare che integra un potere non esercitato anche tutto ciò che dei presupposti del provvedere il Giudice debba rimettere nuovamente all'Amministrazione³⁶⁴.

In un'ottica espansiva, la giurisprudenza ha ancorato al divieto la necessità dello svolgimento di un'ulteriore attività amministrativa, laddove occorranno successivi adempimenti istruttori o di accertamento dei presupposti, valutazioni discrezionali o fasi procedimentali, che devono essere espletati o riespletati dall'Amministrazione.

Orbene, sia in materia di sanzioni antitrust sia in materia di abilitazioni scientifiche, il Giudice Amministrativo non si è ingerito in valutazioni tecniche opinabili, dacché, a fini garantistici, rispettivamente ha valutato anche la contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e non ha ordinato il conferimento dell'abilitazione in ragione di una preclusione processuale maturata, quanto per una pretestuosa condotta procedimentale dell'Amministrazione in presenza dei presupposti abilitativi.

Come risulta dalla disamina delle fattispecie in tema di presunto sconfinamento nella opinabilità tecnica, il Giudice Amministrativo ha diversamente modulato il proprio sindacato, conformandolo a quelle stesse ragioni di giustizia, che hanno da sempre animato la flessibilità e l'*aequitas* del contenzioso amministrativo.

2.7. *Il cosiddetto “one shot temperato” e “one shot puro” alla luce della novella dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241.*

tradizionale dell'art. 34, comma 2, c.p.a., non impedisce l'intervento del giudice, sia ai soli fini di dichiarare l'obbligo di provvedere, sia, a maggior ragione, per accertare il fondamento della pretesa. Significativamente, v. Cons. Stato, Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4962, secondo cui «l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere corrispondente alla tradizionale impugnativa del silenzio-rifiuto quale inadempimento dell'obbligo, non può che essere rivolta de futuro». Anche nella diversa opinione di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 203 e 215, per il quale il giudizio sul silenzio attiene all'inosservanza di un dovere di provvedere già pienamente maturato, si produce dunque una lesione dell'interesse legittimo e di conseguenza anche in questo caso la tutela giurisdizionale nei confronti di un potere amministrativo è successiva: «superata l'assimilazione fra silenzio e provvedimento negativo, l'azione nei confronti del silenzio dell'amministrazione ha assunto, per alcuni profili, un carattere preventivo: non viene impugnato un provvedimento e non è intervenuto alcun provvedimento».

³⁶⁴ V. Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652, secondo cui «Il mancato attendibile esercizio di un potere tecnico obbligatoriamente previsto nell'ambito del procedimento determina, seguendo anche i principi di cui a Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, it., l'assorbimento degli altri motivi, stante anche la previsione di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. che non consente al giudice amministrativo di pronunciarsi rispetto a poteri non ancora esercitati».

Del tutto opposto il giudizio sul cosiddetto *one shot* temperato³⁶⁵ o *one shot* puro³⁶⁶, che, seppur ispirati a esigenze di una tutela piena e soddisfacente³⁶⁷, non si conformano affatto al sistema giusprocessualamministrativistico, così come tradizionalmente consolidatosi³⁶⁸.

A riguardo, una parte della dottrina ha mosso non pochi condivisibili rilievi critici³⁶⁹.

³⁶⁵ Per ragioni di economia della presente opera e inerenza al diritto processuale amministrativo, non si esaminerà *funditus* la tematica delle preclusioni procedurali, di cui alle recenti novelle legislative apportate alla legge 7 agosto 1990 n. 241.

³⁶⁶ In dottrina, cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, fasc. 3. Il preavviso di rigetto previsto dall'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 enuclea sia l'obbligo per l'amministrazione di comunicare in via anticipata al privato i motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza di atto ampliativo, sia la successiva facoltà per l'interessato di controdedurre alle ragioni di rigetto. Le recenti novelle, a opera dell'art. 12 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, hanno aggiunto l'ulteriore obbligo in capo all'amministrazione di ancorare la decisione finale solo ai motivi esplicitamente oggetto di contraddittorio procedimentale e il conseguente divieto, nel caso di annullamento giurisdizionale del primo provvedimento, di emettere un nuovo diniego sia per motivi già espressi sia per motivi non espressi ma comunque implicati nell'istruttoria, se non sulla base di circostanze di diritto o di fatto sopravvenute o non esaminate in prima battuta per causa non imputabile all'amministrazione.

³⁶⁷ L'orientamento è stato inaugurato da Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Urb. app.*, 1999, 1129, con nota di A. RUSSO, *La frontiera dell'ottemperanza verso una vera effettività della tutela giurisdizionale*. Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 4 agosto 2022, n. 6829; Cons. Stato, Sez. II, 14 aprile 2020, n. 2378; Cons. Stato, Sez. IV, 11 marzo 2019, n. 1627, sostenendo che «...quello che afferma la giurisprudenza è che non possono porsi a carico del privato gli errori e le omissioni della fase istruttoria, che spetta all'amministrazione e che si connota per il dovere di completezza dell'acquisizione di fatti ed interessi (dovere ora positivamente previsto dall'art. 6 della legge n. 241 del 1990). Quindi l'amministrazione non può strumentalmente servirsi delle proprie attribuzioni di carattere generale per porre rimedio alle carenze procedurali del caso specifico, carenze provocate da fatti imputabili ad essa stessa».

³⁶⁸ Diversamente dalla teoria del c.d. "one shot" puro recentemente positivizzata, la discrezionalità amministrativa non si esaurisce già nella fase procedimentale, con l'emanazione del primo provvedimento, ma si consuma nel tratto di giudizio successivo e con la riedizione del potere amministrativo. Dopo un giudicato di annullamento, dal quale derivi per l'Amministrazione soccombente il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, la stessa è obbligata a riesaminare la materia nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, non potendo dopo di ciò tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. L'amministrazione, dunque, non dispone di una chance unica, ma di una "doppia chance", consumando la sua discrezionalità nella riedizione del potere successiva al primo giudicato di annullamento. Di talché si raggiunge il risultato di stabilizzare definitivamente i rapporti tra amministrazione e privato, ponendo un punto fermo già con il secondo procedimento amministrativo dopo il primo giudizio e, così, evitando che la realizzazione dell'interesse sostanziale possa essere frustrato dalla reiterazione di provvedimenti, basati sempre su inediti supporti motivazionali. L'amministrazione sarebbe tenuta a una disamina completa della vicenda inerente alla fondatezza della pretesa, in seno al giudizio successivo all'emanazione del provvedimento già annullato, così esaurendo la sua seconda chance di esercitare, una volta per tutte, la discrezionalità. La tesi, seguita dal Cons. Stato, 25 febbraio 2019 n. 1321, sembra introdurre la tesi della "terza chance", per cui si potrebbe individuare nella conclusione del terzo consecutivo giudizio di annullamento il punto di "frattura" insanabile del rapporto tra l'amministrazione e il cittadino, tale da esaurire la discrezionalità.

³⁶⁹ Cfr. F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss.; M. SANTINI, *Il principio*, cit., 386 ss.; A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 745; S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 1225-1226; F. ORSO, *Ancora*, cit., 1254 ss.; F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il*

L'accidente formalistico della preclusione processuale impartita all'amministrazione in caso di un secondo diniego all'istanza del privato in luogo di un più adeguato accertamento conformativo del giudice è estraneo al sistema di garanzie del diritto pubblico, posto a presidio degli interessi pubblici avversi o concorrenti all'istanza del privato, a presidio degli interessi del soggetto titolare di interessi legittimi oppositivi, che non può vantare un simile privilegio, e a presidio degli interessi del terzo controinteressato, cui incolpevolmente sono imputati gli errori della amministrazione.

Una soluzione estrema di cui non sfugge la palese incostituzionalità, per la sua irragionevolezza e per la violazione del principio di eguaglianza rispetto al terzo controinteressato.

Questi si vede illogicamente pregiudicato nei suoi diritti e interessi, in virtù dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa o tecnica.

La principale criticità risiede nel fatto che il giudice si sostituisce all'amministrazione in via definitiva e sulla base di una valutazione dei fatti e degli interessi in gioco, in forza di un automatismo processuale.

In difetto di una base legislativa, dalla quale si evinca la norma che specifichi quando in concreto si abbia esaurimento della discrezionalità, a prescindere dalla specifica novella dell'art. 10 bis della legge 241 del 1990 applicabile ai procedimenti ad istanza di parte.

Inoltre, le tesi che sostengono il venir meno della discrezionalità per effetto del decorso di un momento temporale preciso, sia esso il termine del procedimento, secondo la tesi del *one shot* puro, ovvero il processo successivo, secondo la teoria del *second shot*, attribuiscono portata risolutiva ad un mero automatismo.

In altri termini, la soddisfazione della pretesa deriverebbe esclusivamente dalla conclusione di una fase, identificabile o in un procedimento o in un processo, trascurando gli aspetti concreti della singola vicenda³⁷⁰.

provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?, in *Giur. it.*, 2012, 2673 ss., 2679; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss. Si allude, nel caso del meccanismo dell'esaurimento della discrezionalità, all'indebita trasformazione della condanna ad un *facere* in una sorta di strumento sanzionatorio per l'atteggiamento tenuto dall'amministrazione, dato che l'ordine di rilascio del provvedimento richiesto non si fonda su un accertamento conformativo del rapporto sostanziale, bensì sulla valutazione del rispetto delle regole di coerenza e trasparenza, che però costituiscono la premessa all'esercizio della discrezionalità e non il contenuto della stessa; oppure, all'eccessivo margine interpretativo demandato al giudice nell'individuare il momento in cui la relazione di fiducia tra amministrazione e privato si interrompe.

³⁷⁰ Del tema si sono occupate tre sentenze dell'Adunanza plenaria: la prima del 15 gennaio 2013, n. 2, la seconda del 9 febbraio 2016, n. 2, la terza del 9 giugno 2016, n. 11. In definitiva, nessun *one shot*, *second shot*, *remand* o altro strumento giuridico, esistente o creato dalla giurisprudenza, può giustificare la consumazione del potere, autorizzando la sostituzione del giudice amministrativo. Del pari, le sentenze dell'Ad. plen., n. 2 e 11/2016, hanno confermato questo orientamento. Nonostante quanto affermato dall'adunanza plenaria nel 2013, la giurisprudenza ha avvallato la teoria del c.d. *second shot*, sostenendo la consumazione del potere, con il limite alla riedizione del potere a seguito di pronuncia giudiziale.

In definitiva, si assiste alla negazione di quella elasticità equitativa e di quella creatività pretoria, che sempre hanno indotto il Giudice Amministrativo al gradualismo in funzione del massimo garantismo e della massima pienezza di tutela.

2.8. *Il caso della valutazione di esclusione dalle gare per “deficit di fiducia” riservata alla Pubblica Amministrazione e della valutazione di compatibilità di un aiuto statale con il mercato interno riservata alla Commissione europea dall'art. 107 TFUE.*

Diversamente dalle fattispecie precedenti, nelle quali l'acquiescenza e la deferenza censorie delle Sezioni Unite hanno deposto a favore della inconsistenza fenomenica dello sconfinamento nella opinabilità tecnica, in materia di appalti sovengono due declaratorie cassatorie aventi una portata potenzialmente falsificante, dacché volte a censurare lo sconfinamento nella discrezionalità amministrativa, quale legittimo critico-tipo deducibile in sede cassatoria avente una propria definita consistenza empirica.

Il confine tra legittimità e merito, quali predicati della discrezionalità amministrativa su cui si concentra il sindacato delle Sezioni Unite sotto il profilo dello sconfinamento, è tracciato dai parametri della “non pretestuosità” e della “non condivisibilità”, venuti in rilievo in una vicenda piuttosto risalente ma ancora di attuale rilevanza³⁷¹.

Il Consiglio di Stato ha annullato per eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà intrinseca e carenza motivazionale un provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura di evidenza pubblica disposta ai sensi del previgente art. 38, comma 1, lett. f), del decreto legislativo n. 163 del 2006, per gravi negligenze e innumerevoli contestazioni nell'ambito di progressi rapporti contrattuali tra le parti³⁷².

³⁷¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313. L'annullamento dell'esclusione da una gara è stato disposto dal Consiglio di Stato all'esito di una consulenza tecnica, che aveva rilevato incongruenze e irregolarità nella procedura volta ad accertare le gravi inadempienze contrattuali, oltre ad altri comportamenti contraddittori della stazione appaltante. Il Collegio, quindi, ha maturato «il ragionevole dubbio che il provvedimento impugnato [fosse] in realtà motivato da ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario». La Corte di Cassazione ha affermato che tali valutazioni eccedessero i limiti del sindacato di legittimità, dal momento che il parametro di attendibilità osservato per definire i limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche non sarebbe appropriato «ove utilizzato nello scrutinio di legittimità di scelte ad alto tasso di “soggettività” quale quella dalla legge consentita alla stazione appaltante». In questi ambiti, infatti, il giudizio deve mantenersi «sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti [...] come ragioni del rifiuto» e «non può avvalersi [...] di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa». Il giudice non può annullare l'esclusione sulla base della semplice insufficienza delle ragioni addotte per dimostrare la sussistenza di una delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. n. 163/2006, ma è necessaria «l'inesistenza di alcuna ragione giustificante» o «la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate» rispetto alla scelta della stazione appaltante.

³⁷² Cfr. Cons. Stato, 28 luglio 2010, n. 5029. pp. 249-270. Ad oggi, la medesima fattispecie è tipizzata all'art. 98 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante: «Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici».

In tema di esclusione da gara d'appalto per pregressa negligenza professionale, la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è l'esito 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 contraente³⁷³, sicché il controllo del giudice è meramente estrinseco, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è sostitutivo³⁷⁴.

In ordine al giudizio di affidabilità morale e professionale degli operatori economici, l'Amministrazione è tenuta a valutare se l'illecito contestato all'operatore economico sia di entità tale da comprometterne l'affidabilità e precludere la stipula di qualsiasi altro nuovo contratto.

In sede di scrutinio sull'abuso del «rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa», il Giudice Amministrativo deve mantenere il proprio controllo sul piano della «verifica puntuale del percorso logico attraverso il quale

³⁷³ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 533. In dottrina è dibattuto se amministrativa o tecnica. Cfr. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 2, 1° giugno 2015, pag. 705. Secondo l'Autore, la fattispecie normativa, da un lato, non prevede alcun margine di discrezionalità amministrativa, ancorando precise conseguenze alla sussistenza di alcuni presupposti quali negligenza, malafede e gravi errori, mentre, dall'altro, non fa riferimento a valutazioni di ordine tecnico, ma a concetti giuridici indeterminati, il cui contenuto può essere definito dal giudice in via interpretativa.

³⁷⁴ Cfr. F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limitati sindacato della discrezionalità tecnica*, cit., 693, secondo cui la valutazione tecnico-discrezionale, risolvendosi nel rilevare la sussistenza, nel caso concreto, dell'interesse da tutelare indicato in via astratta dalla legge, si declina in una valutazione sul merito. Anche la valutazione tecnica è valutazione su interessi affidati alle cure amministrative. Nel caso della discrezionalità tecnica, a differenza di quanto avviene in quella pura, l'interesse valutato coincide con quello che emerge, implicitamente e in modo astratto, dal presupposto descritto in termini non obiettivi dalla legge e non è ammessa comparazione con altri interessi. Tuttavia, questo interesse è rimesso all'amministrazione stessa, come nei casi di c.d. *discrezionalità pura*. Perciò, la Corte di Cassazione ha sostenuto che dalla valutazione sulla sussistenza delle negligenze contrattuali deriva implicitamente anche la valutazione sull'affidabilità del contraente e ha affermato che spetta solo all'ente pubblico valutare il c.d. *punto di rottura*. Il presupposto delle negligenze contrattuali si traduce nell'astrazione di quell'interesse pubblico che, nel caso specifico, è identificato proprio nell'interesse per l'amministrazione di trattare con contraenti affidabili. V. Cons. Stato, Sez. IV, 14 agosto 2013, n. 4174, in *Foro It.*, 2014, III, 117 ss., (che ha deciso sul rinvio di Cass. civ., Sez. Un., n. 2312/2012, cit.) con nota critica di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto d'equilibrio*, secondo il quale «l'esigenza di non superare i confini di un sindacato estrinseco (seppure condotto secondo una valutazione fondata su standard di comportamento definiti in via interpretativa) non potrebbe dipendere dalla natura discrezionale del potere esercitato (e quindi, fondamentalmente, da un aspetto qualitativo riconducibile alla norma attributiva del potere, che definisce un ambito di scelta tra possibili soluzioni alternative istituzionalmente riservato all'amministrazione), ma dall'inesistenza di regole in grado di garantire un risultato univoco, sia che si tratti di regole non giuridiche applicabili all'attività di comparazione e scelta tra interessi che caratterizza l'esercizio della discrezionalità amministrativa, sia che si tratti di regole tecniche funzionali all'accertamento dell'esistenza dei presupposti necessari a integrare la fattispecie normativa attributiva del potere — come normalmente avviene nei casi tradizionalmente ricondotti alla nozione di discrezionalità tecnica —, sia che l'esistenza di tali presupposti sia definita attraverso l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati». Di recente, G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 3; D. CAPOTORTO, *L'espulsione dal mercato per eccesso di lavoro: le derive giusnaturalistiche della nozione di moralità professionale e l'effettività del sindacato giurisdizionale nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2.

l'Amministrazione è giunta alla sua decisione, per accertare l'eventuale travisamento dei fatti o anche altri vizi come eventuali carenze motivazionali della decisione assunta che possano essere sintomatiche dell'eccesso di potere»³⁷⁵.

Ciò si converte nell'impossibilità per il giudice di esaminare il materiale probatorio valutato dall'Amministrazione in funzione dell'idoneità a compromettere il vincolo fiduciario, al fine di evitare un giudizio di condivisibilità.

Orbene, la censura della Suprema Corte si è incentrata sulla non condivisibilità della valutazione della Pubblica Amministrazione da parte del Giudice Amministrativo, che non avrebbe accertato il difetto di una ragione giustificativa o la sussistenza di una ragione dissimulata, ma avrebbe ritenuto insufficienti gli elementi adottati a sostegno dell'esclusione dell'operatore³⁷⁶.

Ebbene, a prescindere dall'errore di diritto in cui sarebbe incorso il Giudice Amministrativo a giudizio di una parte della dottrina³⁷⁷, il vizio della

³⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16; Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4253; Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2020, n. 1762; Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5690. Compete all'amministrazione valutare se la condotta dell'operatore economico — che nell'ipotesi esaminata dalla plenaria riguardava, nello specifico, le fattispecie di falsità dichiarativa di cui alle lett. c-bis) ed f-bis) dell'art. 80, comma 5, d.lg. n. 50 del 2016 — sia in grado di incidere in senso negativo sulla affidabilità: in difetto, essa non può essere rimessa al Giudice Amministrativo, in quanto osta a ciò il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, c.p.a.; laddove, invece, sia svolta, operano per essa i limiti del sindacato di legittimità. Si afferma nella sentenza che, rispetto alle valutazioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lg. n. 50 del 2016, operano i limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare il punto di rottura dell'affidamento, limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione. Nella sentenza delle Sezioni Unite, 17 febbraio 2012, n. 2312, si afferma che il sindacato deve essere mantenuto sul piano della « non pretestuosità » della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera « non condivisibilità » della valutazione stessa; l'adozione del criterio della « non condivisione » si traduce, infatti, non in un errore di giudizio [...] ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione. In dottrina, cfr. F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, cit.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.; M. DI CARLO, *La discrezionalità della stazione appaltante sulla valutazione di affidabilità del contraente e i limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Riv. trim. app.*, 2012, 4, 764 ss.; A. FALCHI DELITALA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1 comma, lett. f de d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2012, 12, 3143 ss.; P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, fasc. 3; D. CAPOTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3.

³⁷⁶ Cfr. B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, cit., 1593, secondo il quale «[C]osì ragionando, le Sezioni Unite hanno esercitato il più schietto controllo di merito su una decisione del Consiglio di Stato».

³⁷⁷ V. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017. A giudizio dell'Autrice, nel caso specifico, non vi è stata una valutazione di « non condivisibilità » della scelta amministrativa, più

“non sufficienza”, a differenza della “pretestuosità”, non integra una figura sintomatica di eccesso di potere se riferito all’esclusione in sé, ma non se riferito alla motivazione del provvedimento: sottende una sostituzione del Giudice Amministrativo alla stazione appaltante ed impinge nell’opportunità, esitando in un giudizio di non condivisibilità, esclusivamente nel caso in cui il giudice abbia formulato una valutazione sui presupposti dell’esclusione, ma nella fattispecie il giudice ha svolto un sindacato parametrico sulla motivazione del provvedimento.

Naturalmente il confine è labile, perché l’insufficienza della motivazione attiene al controllo di legittimità, mentre l’insufficienza dei presupposti dell’esclusione attiene al controllo di merito (tecnico o amministrativo che sia)

Se la motivazione del provvedimento di esclusione, di per sé già preceduto da una condotta contraddittoria della stazione appaltante declinata in rinnovi e proroghe all’escludendo, rinvia a supporto delle gravi inadempienze del medesimo ad un rapporto tecnico, inevitabilmente il sindacato del Giudice Amministrativo non può che soffermarsi per il tramite di un consulente tecnico anche sulle risultanze tecniche refertate alla stazione appaltante, dacché esse integrano *per relationem* la motivazione.

Di talché alcun giudizio di non condivisibilità risulta imputabile al Giudice Amministrativo, la cui cognizione ha interessato la motivazione dell’esclusione: l’attendibilità del rapporto tecnico è parte integrante della motivazione ed è strumentale ai fini della valutazione della non pretestuosità delle ragioni sottese all’esclusione.

In punto di accesso al fatto, dacché la “pienezza” di giurisdizione già risulta applicata in funzione compensativa ai provvedimenti amministrativi sanzionatori sostanzialmente penali, per analogia dovrebbe parimenti applicarsi anche ai provvedimenti latamente affittivi come l’esclusione da una gara d’appalto³⁷⁸.

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 lo ritiene 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. Il giudice non ha operato la prova di resistenza e non ha verificato se il provvedimento manteneva una sua coerenza epurato dalle motivazioni illegittime.

³⁷⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2014, pag. 685. Secondo l’Autore, il Giudice Amministrativo, quanto a poteri di cognizione, può esercitare un sindacato pieno per erogare effettiva, concreta e soddisfacente tutela. Non vi è nella Costituzione alcuna riserva a favore dell’amministrazione, tanto che in nessuna delle recenti declaratorie si fa riferimento a principi costituzionali. Invero, non mancano posizioni dottrinali che sostengono siano riservate alla pubblica amministrazione le soluzioni tecniche opinabili ed ugualmente attendibili, prevalendo il giudizio di quest’ultima su ogni altro e anche su quello del giudice, in ossequio al principio democratico. L’amministrazione sarebbe espressione di sovranità popolare, ancorché indiretta, e

Come acutamente osservato dalla dottrina³⁷⁹, il controllo sulla coerenza-razionalità o ragionevolezza-razionalità³⁸⁰, svolto secondo le categorie dell'indagine sull'eccesso di potere, soddisfa anche le esigenze del controllo sulla ragionevolezza-valutativa, di talché i vizi del primo pregiudicano le seconde.

Il “ragionevole dubbio”, cui il Consiglio di Stato attecnicamente si è riferito, inerisce alla abnormità o meglio alla irragionevolezza valutativa dell'esclusione, quale esito del controllo della irragionevolezza oggettiva del provvedimento sotto il profilo dell'istruttoria e della motivazione.

Accertata la non sufficienza (o più propriamente la deficienza) della motivazione dovuta a contraddittorietà e a difetto di istruttoria sul piano tecnico, il Consiglio di Stato ha svolto uno scrutinio di irragionevolezza oggettiva, addivenendo alla conclusione della non correttezza logica del processo decisionale della stazione appaltante sotto il profilo della contraddittorietà e, soprattutto, dell'insufficienza dei fatti (gravi negligenze) enunciati nelle premesse dell'esclusione.

Di talché, risultando il provvedimento di esclusione affetto da vizi di eccesso di potere, la valutazione amministrativa, che ne costituisce il contenuto, non può che esitare in manifesta abnormità o, altrimenti detta, irragionevolezza valutativa.

Ancora una volta, lo scrutinio delle Sezioni Unite non si è attenuto al riscontro dell'assoluto difetto di giurisdizione, che nel caso di specie non

il principio troverebbe copertura sotto l'art. 97 della Costituzione. Inoltre, gli artt. 24 e 113 della Costituzione prevedono una tutela giurisdizionale efficace, effettiva ed efficiente contro gli atti della pubblica amministrazione, come ribadito dall'art. 1 del codice del processo amministrativo. La Cassazione, invero, richiama la giurisprudenza convenzionale che, però, non ha legittimato un sindacato solo estrinseco sull'atto amministrativo, anzi richiede una giurisdizione piena. Ai sensi dell'art. 34 c.p.a., il giudice solo “nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”, mentre nessuna diversità, tra la legittimità ed il merito, vi è nei poteri cognitori e istruttori. Anzi, l'art. 34 del c.p.a. pare estendere i poteri decisorii propri del merito, anche in sede di legittimità, quando stabilisce che la nomina del Commissario *ad acta* “può avvenire anche in sede di cognizione”. E, dunque, il diritto positivo non consente di distinguere la cognizione “estesa al merito” da quella esercitata in sede di legittimità, la cui cognizione è egualmente “piena”. E allora, di fronte alla giurisprudenza convenzionale che ritiene essenziale la *full jurisdiction* per compensare la violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo, si deve concludere che al Giudice Amministrativo non è preclusa la cognizione piena, non limitata né dalla discrezionalità tecnica per fatti opinabili, né dalla discrezionalità pura perché nel procedimento amministrativo l'autorità decidente opera senza limitazioni e, in caso di procedimento condotto e concluso in violazione delle regole di garanzia previste, è necessario compensarvi in sede processuale.

³⁷⁹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 533.

³⁸⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss. Benvenuti, quando elabora il concetto di vizio della funzione criticando la costruzione delle figure di eccesso di potere come sintomi della deviazione dal fine legale, presenta la ragionevolezza come principio regolatore della funzione amministrativa, la cui violazione è motivo di illegittimità. Nella prassi il canone di ragionevolezza conferisce ulteriore giustificazione alle tradizionali figure sintomatiche di eccesso di potere di matrice giurisprudenziale.

sussisteva, ma a sindacare il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione declinata nell'attività sindacatoria ed interpretativa del giudice³⁸¹.

In altra fattispecie, si addivene, perfino, a “strumentalizzare” un'incidentale della motivazione della sentenza, per giustificarne la censura cassatoria³⁸².

Il Consiglio di Stato, annullando un'aggiudicazione, ha argomentato l'irragionevolezza della condotta della stazione appaltante, che ha aggiudicato ad un operatore nonostante questi fosse sottoposto a procedimento sanzionatorio istruito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sostenendo che al contrario la medesima ragionevolmente avrebbe dovuto sospendere la gara in attesa dell'esito.

Orbene, le Sezioni Unite vi hanno colto uno sconfinamento, dovuto al fatto che il Giudice avrebbe prescritto, oltre all'annullamento, anche la sospensione della gara o, comunque, lo avrebbe “imposto” all'amministrazione.

In realtà, l'incidentale del Giudice Amministrativo completava la motivazione dell'accoglimento dell'appello sul punto della irragionevolezza, senza con ciò precludere o conformare altro all'Amministrazione³⁸³.

³⁸¹ Come riconosciuto dalle Sezioni Unite a pag. 11 della sentenza.

³⁸² Un'altra declaratoria cassatoria, di cui incidentalmente occorre dare conto per la sua eccezionalità, che tuttavia non confuta l'alterità dello sconfinamento erroneamente ravvisato in un'incidentale argomentativa del Giudice Amministrativo, è Cass. civ., Sez. Un., 21 febbraio 2022, n. 5636, avente ad oggetto la sentenza Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1321. Nella fattispecie il Consiglio di Stato ha annullato un provvedimento di aggiudicazione, aggiungendo come fosse ragionevole attendersi che la stazione appaltante soprassedesse all'aggiudicazione fino alla conclusione del procedimento sanzionatorio istruito dall'AGCM, al fine di evitare di aggiudicare ad un concorrente gravemente indiziato di partecipazione ad un accordo illecito. Secondo le Sezioni Unite, il Consiglio di Stato ha sconfinato nel merito, sovrapponendosi alla valutazione fatta dall'amministrazione, poiché ha ritenuto insussistente la causa di esclusione di un'impresa dalla partecipazione ad una gara di affidamento di appalto di servizi di pulizia per inadempimento in precedente medesimo tipo di appalto, con la stessa stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, lett. f), d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La sentenza impugnata è censurabile nella parte in cui, affermata l'irragionevolezza della scelta della Consip di procedere ugualmente all'aggiudicazione, non si è limitata ad annullare il provvedimento impugnato, rimettendo alla stazione appaltante ogni valutazione, ma ha puntualizzato che sarebbe stato ragionevole attendersi il differimento dell'aggiudicazione. Tale precisazione costituisce un'indebita invasione della sfera riservata alla Amministrazione, la cui discrezionalità resta di fatto limitata alla sola determinazione delle misure interinali, risultando preclusa la rinnovazione dell'esercizio del potere discrezionale previsto dal D. Lgs. n. 163 del 2006, art. 81, comma 3. Nella specie, la pronuncia di annullamento avrebbe dovuto condurre ad una rinnovata valutazione discrezionale, all'esito della quale, l'Amministrazione avrebbe potuto optare anche per soluzioni diverse dal mero differimento dell'aggiudicazione, con il solo obbligo di motivare la propria scelta in conformità dei canoni di ragionevolezza individuati dalla sentenza impugnata. Tale discrezionalità risulta invece esclusa dall'unica soluzione prefigurata dal Giudice Amministrativo, che, imponendo la sospensione fino alla decisione dell'AGCM, finisce per condizionare alla determinazione di quest'ultima l'esito della procedura di gara, precludendo di fatto all'Amministrazione di orientarsi diversamente. Eppure, lo stesso Giudice Amministrativo ha tenuto ad evidenziare l'ampio margine di valutazione spettante alle stazioni appaltanti, osservando che, sebbene le segnalazioni d'intese restrittive della concorrenza non equivalgono a manifestazioni di una consapevolezza di criticità concorrenziali, cionondimeno è la stazione appaltante a decidere.

³⁸³ Estratto della sentenza del Consiglio di Stato: «2.5. In conclusione, il motivo di appello va accolto e la sentenza di primo grado riformata con l'accoglimento del terzo motivo di ricorso

Come già ampiamente attestato, quindi, sarebbe auspicabile da parte della dottrina e soprattutto da parte della giurisprudenza cassatoria espungere il critto tipo dello sconfinamento dal novero dei critti tipi dell'assoluto difetto di giurisdizione, in quanto trattasi di fattispecie che sottende un controllo tipico di un pieno giudizio cassatorio, ad oggi non costituzionalizzato.

In materia di aiuti di stato merita di essere illustrata una pronuncia delle Sezioni Unite, nella quale è venuto in rilievo il parametro della incompatibilità riservato alla discrezionalità della Commissione europea³⁸⁴.

La Suprema Corte, nell'evidenziare come la competenza a valutare la compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno sia prerogativa della Commissione, ha rinviato alla disciplina unionale sugli aiuti di Stato, nonché alla giurisprudenza eurounitaria, a cui si allineano i principi enunciati nel diritto interno.

La Cassazione si è soffermata, dunque, sulla disamina della disposizione nazionale di cui all'art. 133, comma 1, lett. z-sexies, c.p.a. che ha altresì previsto la possibilità di impugnare i provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, Tfu, nonché alla disamina della giurisprudenza euro-unitaria con riguardo al ruolo del giudice nazionale³⁸⁵, osservando, in conclusione, che «dal sistema complessivamente così ricostruito emerge la possibilità di un esame deliberatorio da parte del giudice nazionale».

In tal senso, la Corte ha evidenziato come debbano essere tenute distinte le nozioni di aiuto illegale e di aiuto incompatibile con il mercato interno: l'illegalità potendo essere rilevata dalla Commissione così come dal giudice

e conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione; la stazione appaltante, pertanto, dovrà nuovamente determinarsi a partire, per tutto quanto fino a questo momento detto, dalla valutazione dell'ammissione degli operatori economici, e questa volta, inevitabilmente, tenendo conto di tutte le sopravvenienze intervenute nel corso della durata del presente giudizio».

³⁸⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 marzo 2020, n. 7012. Oggetto del giudizio cassatorio è una pronuncia, con cui il Consiglio di Stato ha confermato, in relazione ad un finanziamento pubblico, la sentenza di annullamento del provvedimento di assegnazione del contributo e ordinato la sospensione del relativo pagamento. Secondo il Consiglio di Stato, sussisteva la giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. z-sexies c.p.a., senza usurpazione delle competenze della Commissione Europea, venendo in rilievo il rispetto dell'obbligo degli Stati membri di notifica preventiva dei progetti di aiuto e di differimento dell'esecuzione sino a quando la medesima Commissione si fosse pronunciata sulla compatibilità con il mercato unico. Il Consiglio di Stato ha confermato la valutazione in ordine alla configurabilità della misura come aiuto di Stato ex art. 107, par. 1, Tfu, reputando ultroneo il rinvio pregiudiziale. Il soggetto beneficiario ricorreva alla Corte di Cassazione, sull'assunto che la sentenza avrebbe statuito sulla compatibilità eurounitaria, qualificando il contributo come aiuto vietato ex art. 107, par. 1, Tfu in ragione della mancata notifica ex art. 108, par. 3, Tfu: il Giudice Amministrativo non si sarebbe, dunque, limitato ad esercitare poteri cautelari, né a sancire l'obbligo di notifica alla Commissione, ma avrebbe, al contrario, operato la valutazione sulla compatibilità, così esorbitando dai limiti della giurisdizione.

³⁸⁵ Ad. es. in relazione alla possibilità di sospendere l'esecuzione della misura ed ingiungere il recupero delle somme versate ovvero disporre misure provvisorie al fine di salvaguardare gli interessi delle parti nonché l'effetto utile della successiva decisione della Commissione, una volta constatato che la misura costituisce aiuto di Stato ex art. 107 Tfu, attuato in violazione dell'art. 108, par. 3, terza frase, Tfu.

nazionale; l'incompatibilità essendo, invece, riservata esclusivamente alla Commissione.

Addentrando nella questione, il giudice dei conflitti ha, a questo punto, osservato che «[L]a più corretta interpretazione delle affermazioni della Corte di giustizia, affinché esse non restino puramente astratte od assumano risvolti contraddittori, è nel senso di avere l'art. 108 Tfu inteso attribuire ai giudici nazionali ogni potere, tale da preservare l'efficacia della decisione della Commissione circa l'incompatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato comune, per quando essa arriverà».

In questo modo, «l'apprezzamento operato dal giudice nazionale - pur a fini di immediata tutela degli interessati e senza invasione del campo di operatività della Commissione - si estende, quale premessa, all'individuazione dell'esistenza di una situazione astrattamente qualificabile come aiuto di Stato e permette poi di valutare se sia rimasto inadempito un (a quel punto, giudicato sussistente) obbligo di comunicazione preventiva alla Commissione».

Trattandosi di «valutare se la situazione integr[asse] il superamento dei limiti esterni della giurisdizione per sconfinamento nella sfera riservata alla Commissione Europea», appartenendo alle prerogative di quest'ultima quella di «svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno», ci si chiedeva se il giudice avesse operato «non il mero controllo di legalità al medesimo affidato dall'art. 108 Tfu, ma una diretta valutazione di merito in ordine alla situazione di compatibilità dell'aiuto, riservata alla Commissione europea dall'art. 107 Tfu».

In tal senso, la Corte ha evidenziato come la decisione impugnata³⁸⁶ avesse concluso che la misura in oggetto non si sottraeva al procedimento di cui agli artt. 107 e 108 Tfu, costituendo «una misura finanziata con risorse statali che favorisce il destinatario con vantaggio economico dello stesso», tale accertamento non esulando «dai confini propri dei compiti che il diritto unionale assegna al giudice nazionale».

Quindi, seppur a fini meramente cautelari, l'accertamento incidentale del Giudice Amministrativo non ha impinto nella discrezionalità tecnica della Commissione, ma si è limitato, come parimenti previsto in materia di sanzioni antitrust, ad accertare il fatto storico (che qui non è l'intesa vietata ma l'aiuto di stato illegale) e ad annullare il provvedimento amministrativo, «senza valutare il presupposto della compatibilità con il mercato interno, al più considerato alla stregua di mero accertamento incidentale, che lascia persistere inalterato ogni potere attribuito alla Commissione».

All'esito della disamina delle due vicende si può concludere che in nessuna di esse si è integrato lo sconfinamento, che rimane una fattispecie più teorica che empirica, dacché nella prima vicenda, in realtà, la censura del Giudice Amministrativo verteva sulla carenza motivazionale del provvedimento di

³⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009.

esclusione, impropriamente qualificata dalle Sezioni Unite come non condivisibilità.

A maggior ragione dicasi per la seconda vicenda, nella quale il Giudice Amministrativo a fini cautelari formula una sommaria valutazione di illegalità dell'aiuto di stato, di cui, come nelle sanzioni antitrust, deve accertare i relativi presupposti di fatto.

2.9. *Il caso delle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di conferimento di incarichi giudiziari.*

Nelle fattispecie precedenti, la legge, ancorché in materia economica, richiama concetti qualitativamente indeterminati, quali “affidabilità” e “congruità”, e la scelta demandata all'amministrazione presenta un elevato tasso di soggettività, sicché il giudizio di attendibilità recede ad un sindacato estrinseco.

Per converso, se scema il tasso di relatività della regola extragiuridica tecnica che integra il precetto normativo, diminuisce l'opinabilità e, dunque, più intenso è il sindacato di attendibilità, che, in presenza di parametri giuridici, diviene più pregnante, senza con ciò esitare in uno scrutinio di condivisibilità.

Emblematico è il sindacato sulle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di conferimento di incarichi direttivi, di cui, al di là delle specifiche vicende, si intende soffermarsi sullo scrutinio svolto dalle Sezioni Unite, in quanto valevole anche per altre fattispecie a ridotto tasso di relatività delle regole extragiuridiche.

Vengono in rilievo due fattispecie del tutto eccezionali, dacché trattasi di provvedimenti amministrativi ad alto contenuto discrezionale, emanati da un organo a rilevanza costituzionale, seppur riconducibili a parametri determinati.

In entrambi i casi il Consiglio di Stato ha censurato per difetto di motivazione le delibere del Consiglio Superiore della Magistratura con opposte delibazioni da parte delle Sezioni Unite, che di fatto hanno esaminato per la terza volta la legittimità del provvedimento impugnato.

Delle due pronunce riveste portata falsificante rispetto alla tesi dell'alterità la seconda declaratoria cassatoria, che ravviserebbe lo sconfinamento nella irragionevolezza parametrica accertata dal Giudice Amministrativo in sede comparatistica.

Sul piano processuale, lo scrutinio cassatorio, come più volte sostenuto, non ha implicato meramente l'accertamento della parametricità, giuridicità o oggettività del sindacato del Giudice Amministrativo, ma ha postulato il riesame delle valutazioni comparatistiche del medesimo sulla base della ragionevolezza.

Il che ha comportato dissociarsi dall'assoluto difetto di giurisdizione per addentrarsi nei limiti interni della giurisdizione secondo un modello di giudizio per nulla giuspubblicistico.

Nel primo caso, non si è ravvisato alcuno sconfinamento nel merito da parte del Giudice Amministrativo, in quanto in effetti la delibera consiliare

difettava in punto di motivazione dei criteri adottati incorrendo in illogicità³⁸⁷; nel secondo, per converso, si è cassata la sentenza con rinvio, perché il Giudice Amministrativo avrebbe istituito un secondo raffronto comparativo tra i candidati, addivenendo ad un giudizio di “non condivisibilità” della valutazione³⁸⁸.

Nel primo caso, nell'evidenziare il *discrimen* tra il giudizio intellettuale avente ad oggetto il vaglio dell'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto e quello che si risolve nella scelta tra diverse possibili opzioni valutative, la Cassazione ha concluso come il sindacato del Giudice Amministrativo si fosse

³⁸⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 marzo 2012, n. 3622. Le Sezioni Unite hanno osservato che i rilievi compiuti dal Consiglio di Stato apparivano «esspressamente finalizzati ad evidenziare l'incongruità logica di una motivazione la quale, premessa l'eccellenza delle qualità professionali di entrambi i candidati, [aveva] poi fatto leva sulla versatilità e sulle conoscenze ordinamentali di uno di essi senza dar conto delle ragioni per le quali [aveva] considerato che tali elementi dovessero prevalere sulla varietà di esperienze professionali [...] dell'altro»: in tale prospettiva, la Corte ha evidenziato come non fosse l'uso «come parametro di valutazione dei suaccennati criteri della versatilità e dell'esperienza in materia ordinamentale ad essere stato censurato dal giudice amministrativo, bensì l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione adottata nella delibera del CSM per giustificare come essi [erano] stati applicati dal medesimo CSM soppesando e comparando la storia professionale dei due candidati in concorso».

³⁸⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787. In dottrina, F. PATRONI GRIFFI, *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, 723 ss. Il Consiglio Superiore della Magistratura ha deliberato il conferimento di un incarico direttivo con delibera impugnata da un altro aspirante eccependo come il magistrato designato fosse stato per molti anni fuori della magistratura, avendo prestato servizio presso l'Avvocatura dello Stato. Il T.A.R. respingeva le censure dell'aspirante, che venivano però accolte in appello dal Consiglio di Stato, con conseguente annullamento dell'atto di nomina per difetto di motivazione. Si osservava, in tal senso, come la valutazione comparativa dei due candidati fosse risultata carente per aver negletto che l'esperienza giurisdizionale complessiva del magistrato nominato era di vari anni inferiore a quella dell'appellante. Nell'annullare la delibera consiliare, il Consiglio di Stato faceva salvi i provvedimenti ulteriori, quali una rinnovazione della valutazione comparativa. Dopo un nuovo esame, si conferiva ancora l'incarico al magistrato originariamente designato, in particolare evidenziando come l'attività di avvocato dello Stato, se non del tutto assimilabile a quella giurisdizionale, fosse equiparabile; inoltre, e tra l'altro, il predetto magistrato aveva comunque esercitato le funzioni di legittimità da maggior tempo rispetto all'altro aspirante. Quest'ultimo impugnava la delibera dinanzi al T.A.R., che respingeva l'impugnazione, osservando, tra l'altro, come dovesse considerarsi la particolare prossimità alla giurisdizione dell'attività svolta presso l'Avvocatura di Stato, da equipararsi a quella svolta in una 'magistratura speciale', tanto da essere stata riconosciuta ai fini della riammissione del magistrato designato nell'ordine giudiziario. Con sentenza n. 3501 del 2014, il Consiglio di Stato accoglieva, tuttavia, l'appello, annullando la delibera impugnata. Nello specifico, è stata respinta l'argomentazione che, richiamando la pronuncia delle Sezioni Unite n. 23302 del 2011, aveva evidenziato come non residuasse interesse - anche in caso di esito positivo del gravame - all'ottenimento di una nuova delibera consiliare a sé favorevole avente ad oggetto il conferimento ora per allora dell'incarico, in quanto la parte appellante e la parte appellata erano frattanto cessati dal servizio per quiescenza. Il Consiglio di Stato rilevava che, stante la natura sostanziale dell'interesse legittimo fatto valere dall'originario ricorrente e dell'esigenza di giustizia, non potesse ritenersi esclusa una pronuncia di annullamento in ragione della quiescenza dei magistrati che avevano concorso per l'incarico. Nel merito, poi, il Giudice Amministrativo aveva ritenuto la fondatezza in ordine alla non equiparabilità dell'esperienza 'fuori dalla giurisdizione' del magistrato designato come avvocato dello Stato con l'attività svolta in una 'magistratura speciale', potendosi dar luogo ad una equiparazione tra Avvocatura dello Stato e magistratura solo ai fini economici: una minore durata dell'esercizio dell'attività giurisdizionale del soggetto designato non avrebbe potuto essere compensata dalla maggiore durata dell'esercizio delle funzioni di legittimità rispetto a quella dell'appellante.

mantenuto entro il predetto giudizio intellettuale: il Consiglio di Stato si era, nella specie, astenuto dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione, limitandosi ad annullare la delibera consiliare in ragione del vizio di eccesso di potere «desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio Superiore [aveva] dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati [erano] stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati».

Nel secondo caso, il Consiglio di Stato, piuttosto che valutare la legittimità della delibera consiliare, avrebbe rinnovato direttamente la valutazione comparativa con un giudizio di merito, e non già parametrico sulla base delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in ciò concludendo che gli anni in più che il magistrato designato poteva vantare nelle funzioni di legittimità nei confronti dell'altro aspirante non avrebbero 'ragionevolmente' potuto compensare un deficit di parecchi anni di attività complessiva come magistrato³⁸⁹.

In entrambe le vicende il *punctum dolens* intercorre tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa.

Ebbene, il confine tra sindacato di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere e sindacato del merito, insito nella prima operazione, appare piuttosto labile, al punto che si ascrive al secondo un giudizio sulla "ragionevolezza-razionalità"³⁹⁰ dell'atto, che è tipico del sindacato sull'eccesso di potere.

³⁸⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787, in *Foro it.*, 2015, I, 3440, secondo cui «[I]n realtà ciò che la vicenda in esame richiedeva al CSM, in disparte altri elementi valutativi, 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 magistrato poi risultato vincitore rispetto al candidato rimasto insoddisfatto. Dunque, «[Q]uesta 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 figure 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».

³⁹⁰ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 1 Giugno 2019, pag. 313. Secondo l'Autrice, anche all'interno del principio di ragionevolezza è possibile distinguere i profili oggettivi, che attengono alla correttezza logica della decisione, da quelli valutativi, che attengono all'accettabilità della decisione giudicata alla stregua di valori. Ineriscono al primo tipo i giudizi in ordine alla relazione tra le premesse e le conseguenze del processo decisionale, incluso il profilo della sufficienza dei fatti posti in premessa. Il giudizio di ragionevolezza-razionalità verte sulla correttezza del processo decisionale, e i difetti corrispondono alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che assumono una portata che va oltre la tradizionale indagine sull'eccesso di potere quale "sintomo" di sviamento. In questo ordine di idee il difetto logico del processo decisionale ne inficia il

Le Sezioni Unite sembrano muovere da una concezione cassatoria del sindacato di legittimità, in cui il Giudice Amministrativo ha un limitato accesso ai fatti, e deve fondare la cognizione sulla motivazione dell'atto, potendo annullare il provvedimento solo in caso di conclamata irragionevolezza o illogicità³⁹¹.

Si osservi come questa tecnica non abbia un addentellato codicistico e appaia fortemente messa in discussione dalla evoluzione del sistema di Giustizia Amministrativa.

Dunque, le perplessità, che le fattispecie dello sconfinamento non cessano di suscitare con intensità crescente in ambito dottrinale, si incentrano sull'oggetto del sindacato del Giudice Amministrativo, che non è più focalizzato sul controllo testuale dell'atto amministrativo, ma piuttosto sull'intera attività decisionale dell'amministrazione vagliata alla luce degli ampi poteri istruttori e decisorii, di cui il controllo di logicità, ragionevolezza e proporzionalità costituisce parte integrante.

Inevitabilmente, come riconosciuto dalla dottrina, «per decidere sulla fattispecie concreta la Cassazione deve riesaminare il contenuto delle valutazioni e dell'accertamento compiuto dal Consiglio di Stato», ovvero «individuare [...] la natura delle valutazioni espresse nella decisione», per tale via osservandosi che «anche se non è suo compito rilevare gli eventuali errori nei quali sia incorso il Consiglio di Stato *in iudicando*, sembra certo che l'indagine comporti la possibilità di un vero e proprio riesame della sentenza, che investe il merito della causa»³⁹².

Nel secondo caso, appare evidente che le Sezioni Unite abbiano esercitato un controllo di merito sulla decisione del Giudice Amministrativo e abbiano giudicato fondato un tipico *error in iudicando*.

Trattandosi di materia che la dottrina riconduce alla discrezionalità latamente tecnica³⁹³, non essendo particolarmente alto il tasso di relatività delle regole che integrano il precetto, il Giudice Amministrativo è abilitato a penetrare l'intrinseco del provvedimento, seppur sul piano della attendibilità, sulla base di

risultato indipendentemente dalla dimostrazione dell'intento malizioso dell'amministrazione. Si profila dunque la dicotomia tra la ragionevolezza-razionalità e la ragionevolezza valutativa, la quale è canone che si applica ai giudizi di valore e che verte sul trattamento da farsi agli interessi in gioco nella misura in cui il giudizio verta sul merito.

³⁹¹ Questa tecnica soddisfa esigenze di economia processuale, poiché volta al riscontro dei vizi testuali del provvedimento e a riservare la cognizione del fatto e la sua valutazione alla amministrazione.

³⁹² Cfr. C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 359.

³⁹³ Cfr. Nota alla sentenza di A. TRAVI in *Foro it.*, 2015, I, 3458-3459, il quale nega «la qualificazione delle valutazioni del CSM nell'assegnazione degli incarichi come apprezzamenti discrezionali (o addirittura «ampiamente discrezionali»)), non rilevando libertà di scelta. Osserva, in tal senso, l'Autore, che «indipendentemente dall'organo che provvede, il margine di apprezzamento che è riservato a una commissione nella valutazione di un candidato per un impiego pubblico o per le relative progressioni di carriera attiene essenzialmente alla meritevolezza del candidato», la valutazione amministrativa su tale meritevolezza presentando «connotati latamente tecnici».

parametri verificabili (anzianità professionale, tipologia di esperienze pregresse, valutazioni conseguite nell'arco della carriera).

Ne consegue che, diversamente da quanto sostenuto dalle Sezioni Unite e da una parte della dottrina amministrativistica, lo scrutinio non può arrestarsi ad un controllo meramente parametrico come le Sezioni Unite predicano per il Giudice Amministrativo, ma deve addentrarsi sino alla motivata ponderazione dei criteri applicati dalla amministrazione, come le esperienze professionali maturate.

La disamina di entrambe le vicende depone per l'inconsistenza sul piano non solo dogmatico ma addirittura fenomenico dello sconfinamento, che, laddove asseritamente accertato, cela una censura dell'attività interpretativa del Giudice Amministrativo e della funzione giurisdizionale in senso regressivo.

2.10. *Lo sconfinamento in sede di giurisdizione di merito: il sindacato per motivi di giurisdizione sui giudizi di ottemperanza relativi a facere impossibile. La giurisdizione esclusiva.*

La ricostruzione dei limiti del sindacato cassatorio non muta nel caso in cui il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 134, lett. c), c.p.a., risulti investito di cognizione estesa al merito.

L'ampliamento della cognizione, non vincolata alla legittimità del provvedimento amministrativo impugnato, opera, infatti, all'interno della giurisdizione amministrativa, il cui sindacato resta ancorato ai limiti di natura esclusivamente esterna³⁹⁴.

Neppure nei casi di cognizione estesa al merito è ammesso denunciare eventuali vizi di attività o vizi di giudizio e, dunque, il cattivo esercizio della cognizione da parte del Consiglio di Stato.

Al fine di discernere le fattispecie, nelle quali il sindacato cassatorio sulle decisioni del Consiglio di Stato rese in sede di ottemperanza³⁹⁵ è legittimo, è

³⁹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302.

³⁹⁵ Sul punto, v. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Napoli, 23-24-25 aprile 1960, Milano, 1962; R. VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 642 ss.; C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 2007 ss.; F.G. COCA, *Il giudizio di ottemperanza*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Una giustizia per la Pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, 113 ss.; Id., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, 1983, 199 ss.; A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, I, 1646 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 369 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 ss.; G. ROMEO, *L'ottemperanza, oggi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 38 ss.; B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000; A. ROMANO, *L'attuazione di giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 411 ss.;

dirimente stabilire se oggetto di censura sia il modo in cui il potere di ottemperanza è stato esercitato dal giudice, anche per il tramite dell'«esercizio di potestà amministrative attive», attenendo ai limiti interni, oppure la possibilità stessa di ricorrere all'ottemperanza, inerendo ai limiti esterni della giurisdizione³⁹⁶.

Assumono, in tal senso, rilievo i casi in cui si denunci l'indebito esercizio, da parte del Consiglio di Stato, di tale giurisdizione in fattispecie rientranti nella giurisdizione di legittimità o esclusiva, ovvero, più in generale, quando il giudizio di ottemperanza, esitando nell'emanazione di un ordine di fare o di non fare, si espliciti al di fuori dei casi previsti dalla legge³⁹⁷.

Ne consegue che, ove le censure mosse alla decisione del Consiglio di Stato riguardino l'interpretazione del giudicato, l'accertamento del comportamento tenuto dalla amministrazione e la valutazione di conformità di tale comportamento rispetto a quello esigendo, gli errori nei quali il giudice può essere incorso, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano interni alla giurisdizione stessa e non sono sindacabili dalla Corte di Cassazione³⁹⁸.

Qualora, dunque, l'ottemperanza sia stata instaurata a fronte di comportamenti elusivi o in violazione del giudicato, non potranno essere sindacati dal Giudice della giurisdizione errori ermeneutici del giudicato, così come errori negli effetti conformativi, ovvero errori nella ricostruzione della successiva attività amministrativa e errori nella valutazione di difformità di questa agli obblighi sorti dal giudicato³⁹⁹.

A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 3507 ss.; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza: profili ricostruttivi alla luce della l. n. 15 del 2005*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2005; A. TRAVI, *Codice del processo amministrativo e giudizio di ottemperanza*, in *Foro it.*, 2010, 12, 607 ss.; M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1291 ss.; D. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, Milano, 2011; B. MARCHETTI, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, in R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 829 ss.; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011; A. CERRETO, *Il giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2012; A. MAZZA LABOCETTA, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; M. CLARICH, *L'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 297 ss.; F. FIGORILLI, *La difficile mediazione della plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Urb e app.*, 2013, 957 ss.; G. MARI, *Giudice amministrativo e effettività della tutela*, cit., in part. 101 ss.; G. SORICELLI, *Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi*, in *federalismi.it*, n. 2/2013; M. CLARICH - G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1700 ss.; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014.

³⁹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 2023, n. 2405; Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2019, n. 15047; Cass. civ., Sez. Un., 14 gennaio 2019, n. 617.

³⁹⁷ Cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 34020; Cass. civ., Sez. Un., 14 gennaio 2020, n. 413.

³⁹⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 dicembre 2022, n. 37422; Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 2018, n. 13699; Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 2020, n. 9773.

³⁹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 settembre 2021, n. 25165. Afferiscono ai limiti interni gli errori nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità.

Per converso, alla Corte sono ammesse quelle censure che mettano in discussione la circostanza che, nella fattispecie, un siffatto potere, così come previsto, a detto giudice spettasse o meno, integrandosi un'ipotesi di sconfinamento⁴⁰⁰.

Come già esaminato nella vicenda relativa all'iscrizione di una rivista in fascia A, nelle controversie in cui il giudice esercita una giurisdizione di merito, come nel caso del giudizio di ottemperanza di cui all'art. 134, comma 1, lett. a, c.p.a.⁴⁰¹, il giudice può sostituirsi all'amministrazione, procedendo altresì a

⁴⁰⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2022, n. 27746; Cass. civ., Sez. Un., 18 giugno 2018, n. 16016; Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 2018, n. 13699; Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30421. In particolare, le Sezioni Unite hanno chiarito come il giudizio di ottemperanza si articoli in: interpretazione del giudicato, al fine di individuare il comportamento doveroso per l'amministrazione in sede di ottemperanza; accertamento del comportamento effettivamente tenuto dalla stessa amministrazione; valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello esigendo. Dunque, gli errori nel compimento di tali operazioni, così come i vizi inficianti la motivazione sui medesimi punti, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano all'interno della giurisdizione medesima e non possono costituire oggetto di sindacato cassatorio.

⁴⁰¹ In tema, cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss.; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 642 ss.; V. CAIANIELLO, *v. Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999; L. VERRIENTI, *v. Giudizio di ottemperanza*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991; C.E. GALLO, *v. Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 818 ss. Cfr. altresì A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo V, Milano, 2003, 4605 ss.; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 457 ss. Più di recente, F. D'ALESSANDRI, *v. Giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017; S. TARULLO, *v. Ottemperanza (giudizio di)*, ivi, 2017, 701; C.E. GALLO, *Ottemperanza*, cit., 818-819. Cfr. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, anche in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 175 ss.; Id., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1190. Nella definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione, Nigro precisa: «[F]orse però rovescerai l'ordine di prevalenza dei due momenti e non direi più che si tratta di un giudizio necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione (Sulla natura giuridica, [...]), ma che si tratta di un giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione» (1190, nota n. 33). Cfr. C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 3, secondo cui «si può dire sommariamente e approssimativamente che il giudizio di ottemperanza è un procedimento misto, con connotazioni sia di cognizione che di esecuzione, rispettivamente più o meno marcate e prevalenti a seconda dei casi; ma purché non si perda di vista che sia sotto l'uno che sotto l'altro aspetto il giudizio d'ottemperanza comporta la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione inottemperante nel rifacimento di un tratto di azione amministrativa». Evidenza «l'esistenza, in tale giudizio, di un momento cognitorio, diretto a verificare la sussistenza dei presupposti per l'intervento del giudice (in particolare l'inadempimento)» altresì E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1038. Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 392, il quale obietta che «la nozione di esecuzione di una sentenza non implica che tutti i contenuti dell'attività richiesta siano già definiti nella sentenza: presupposto dell'esecuzione è semplicemente una sentenza esecutiva che non abbia ricevuto esecuzione». Cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1168 e 1190, secondo cui «[...] la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo delle ripristinazioni resolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione

determinare il contenuto del provvedimento ovvero ad emanare lo stesso in luogo dell'amministrazione ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. a, c.p.a., anche nominando, ove occorra, un commissario ad acta ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. d, c.p.a..

Originariamente, la Corte di Cassazione ha ammesso al proprio sindacato pronunce del giudice dell'ottemperanza rientranti nel potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, in ragione del fatto che in tale fase vi è soltanto la possibilità di imporre all'amministrazione di adottare la misura che essa valuti corrispondente all'interesse pubblico, ma non di obbligare ad una determinata opzione.

Tuttavia, negli anni successivi, le Sezioni Unite si sono ravvedute⁴⁰².

Ciò perché, anche per influenza della dottrina, la annoverabilità del giudizio di ottemperanza nella giurisdizione di merito implica che la relativa pronuncia possa spaziare dalla nullità del provvedimento sino all'ordine di un determinato *facere*.

Naturalmente, qualora l'Amministrazione emani un provvedimento in violazione o elusione del giudicato, non può predicarsi che il giudice dell'ottemperanza, che rileva la violazione o l'elusione e vi provvede, invade la sfera riservata al potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, «[atteso che, in ossequio al principio di effettività della tutela giuridica, il giudizio di ottemperanza, al fine di soddisfare a pieno l'interesse sostanziale del soggetto

amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze» (1190). Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680, in cui si evidenzia il principio secondo cui la regola di comportamento derivante dal giudicato in capo all'amministrazione non è solo quella nel dispositivo, ma è suscettibile di essere puntualizzata e concretizzata dal giudice in sede di ottemperanza: tale regola viene, invero, esplicitata proprio nel giudizio di ottemperanza, che, dunque, non è meramente esecutivo, bensì anche cognitivo.

⁴⁰² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 368, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 430. Si afferma che, poiché nella giurisdizione di merito vi è il potere di sostituire l'atto, in caso di mancata esecuzione o elusione del giudicato vi deve essere la sostituzione dell'atto ritenuto non conforme al giudicato. Quindi il giudizio di ottemperanza non può esaurirsi nella mera declaratoria dell'obbligo della P.A. di provvedere «perché in sede di ottemperanza il giudice, direttamente o a mezzo del Commissario da lui nominato, può porre in essere provvedimenti di vario tipo, basati anche su valutazioni tecniche, e può compiere attività istruttorie strumentalmente necessarie per l'esecuzione della sentenza». Con la conseguenza che «è insito nei poteri del giudice la possibilità di scelta discrezionale fra più soluzioni o mezzi di attuazione. Il giudice si sostituisce pienamente alla P.A. nell'apprezzamento degli interessi pubblici in giuoco, incisi dal giudicato, fino alla regolamentazione definitiva del rapporto in coerenza con quel giudicato. L'attività sostitutiva del giudice nel procedimento di ottemperanza è preordinata al raggiungimento di risultati coerenti (oltre che consequenziali) a quelli discendenti dal giudicato». Al punto che «costituisce la prosecuzione e il completamento del giudizio che ha condotto alla sentenza da eseguire e la sostituzione del giudice all'Amministrazione, per soddisfare e compiere le indicazioni contenute nel giudicato». Di qui la conclusione che «in relazione a siffatta estensione della giurisdizione di merito nel giudizio di ottemperanza, è evidente che essa non può essere soggetta al sindacato della Corte di Cassazione sotto il profilo delle scelte operate in ordine alla nomina immediata di un Commissario ad acta, perché tale nomina non comporta l'esercizio di un potere esclusivo della P.A., posto che lo stesso potere è attribuito all'organo giurisdizionale. Il sindacato si convertirebbe - inammissibilmente - nell'esame di un preteso vizio nell'esercizio di un potere sostitutivo che è interno alla giurisdizione di merito e non rientra, pertanto, fra i motivi "inerenti alla giurisdizione"».

ricorrente, non può arrestarsi dinanzi ad adempimenti parziali o incompleti o a condotte addirittura elusive del contenuto della decisione del giudice amministrativo»⁴⁰³.

Per converso, si integra violazione dei limiti esterni nel caso in cui il Giudice abbia esercitato giurisdizione di ottemperanza in fattispecie rientranti nella giurisdizione di legittimità o abbia impartito ordini di fare o non fare al fuori dei presupposti di legge, come nel caso di una ottemperanza impossibile⁴⁰⁴.

Quanto alla prima ipotesi, se n'è dato conto compiutamente nei paragrafi precedenti in materia di procedure abilitative, opinando che, in realtà, a seguito dell'evoluzione del processo amministrativo, il giudice della cognizione può legittimamente ricorrere a poteri istruttori e decisori di per sé idonei a corrispondere satisfattivamente alla pretesa del cittadino al bene della vita, prevenendo defatiganti parcellizzazioni del rapporto sostanziale.

Più delicata è la seconda ipotesi, che interessa l'ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza rispetto al giudice della cognizione.

In sede di ottemperanza, lo sconfinamento assume veste prettamente processuale: il giudice vanta poteri esecutivi e poteri cognitori, ma nell'esercizio di quest'ultimi l'attività di integrazione è ammessa condizionatamente alla risoluzione di problematiche ermeneutiche prodromica alla verifica dell'esattezza dell'esecuzione⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 2018, n. 13702.

⁴⁰⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302.

⁴⁰⁵ V. L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, cit., 242, secondo cui l'esecuzione della sentenza comporta per l'amministrazione l'obbligo di effettuare attività restitutorie o ripristinatorie volte a mettere il ricorrente nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora l'atto illegittimo non fosse stato emanato. Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit. e G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 4, secondo il quale «l'annullamento di un provvedimento negativo non fornisce il soddisfacimento degli interessi legittimi correlati a poteri autorizzatori, concessori e simili, ma semmai rappresenta una prima tutela - che necessita di completamento - di quegli interessi» e, ancora, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, 102. Cfr. C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 4, secondo il quale «il giudizio di ottemperanza è dunque un procedimento di *prosecuzione* del giudizio amministrativo e un ponte di congiunzione tra giurisdizione e amministrazione per la ragione che solo attraverso il riesercizio (in proprio o da parte del giudice dell'ottemperanza) del potere amministrativo si può realizzare esaustivamente l'assetto di interessi ricercato e ormai dovuto». Cfr., anche, C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come «prosecuzione» del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre, 1981, cit., 159 ss.; F. GARRI, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1984, 267 e M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 94. L'Autore sottolinea che «il giudizio di ottemperanza consent[er]e al giudice di passare dalla conoscenza dell'aspetto formale dell'assetto di interessi alla disciplina sostanziale di esso, così progredendo secondo una nota direzione di sviluppo sulla strada dell'ampliamento del contenuto dell'interesse legittimo fino alla dimensione massima consentita dai limiti di resistenza di questa situazione giuridica: dimensione massima che invece [...] oramai è il *minimo* compatibile con il tipo di amministrazione e il tipo di relazioni fra amministrazione e amministrati che la costituzione scritta e l'effettività dell'ordinamento costituzionale disegnano». Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 369, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si evidenzia che il c.d. "effetto conformativo" del giudicato esplica effetti anche con riferimento ai giudicati di annullamento dei provvedimenti amministrativi per difetto di motivazione, giacché «anche in tali fattispecie

Un'ipotesi di sconfinamento può integrarsi soltanto allorché i poteri sostitutivi vengano esercitati impropriamente, non potendosi delineare la fattispecie di invasione della sfera decisionale discrezionale dell'Amministrazione.

Emblematica risulta una (risalente ma tuttora attuale) declaratoria delle Sezioni Unite, nella quale sarebbero indicati i tratti qualificanti della fattispecie integrata in sede di ottemperanza⁴⁰⁶.

Decisiva è la circostanza che il giudizio di ottemperanza risulta instaurato quando il ricorrente è stato già collocato a riposo per limiti di età e che la sentenza è emanata quando tutti gli aspiranti sono già in quiescenza, sicché l'incarico al magistrato designato dovrebbe essere oggetto di un nuovo concorso destinato a concorrenti del tutto diversi.

Non potendo il provvedimento di conferimento produrre gli effetti suoi propri, né, dunque, rispondere all'interesse pubblico al quale la sua emanazione è preordinata, mirando a soddisfare l'interesse previdenziale di un candidato da farsi valere in sede risarcitoria, le Sezioni Unite hanno concluso per la cassazione della sentenza senza rinvio.

Per la Suprema Corte la questione non attiene all'interesse ad agire, bensì all'oggetto e allo scopo del giudizio di ottemperanza, e dunque ai limiti entro cui è esercitabile la potestà del Giudice Amministrativo⁴⁰⁷.

l'esame dell'atto esecutivo deve [...] avvenire alla stregua delle ragioni giuridiche, e relative indicazioni, per le quali l'atto è stato ritenuto carente di motivazione, sicché, per logica conseguenza, il difetto di motivazione non può essere semplicemente integrato dal formale inserimento nell'atto originario della motivazione quale elemento originariamente assente, ma deve essere ovviato fornendo motivazioni riconducibili alle indicazioni sostanziali fornite dalla sentenza». Si aggiunge che «in via generale il potere discrezionale che residua (o può residuare) all'amministrazione in seguito a un annullamento giurisdizionale è fortemente condizionato dalla "motivazione" della sentenza, vincolata a sua volta dalle censure in concreto formulate dal ricorrente: di conseguenza, la clausola della salvezza delle "ulteriori attività procedimentali" - contenuta in sentenza - non restituisce all'Amministrazione una "facoltà di scelta" incondizionata, ma un potere-dovere di adottare un provvedimento di cura dell'interesse pubblico, che non contrasti o eluda la sentenza in discussione». Di qui la conclusione che «l'effetto conformativo, ove il "dictum" non si limiti a sancire il dovere di motivazione formale (ex art. 3 legge n. 241/1990) ma, come sviluppo delle censure accolte, lo ponga in relazione con le posizioni soggettive azionate dal ricorrente, determina che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione assume certamente maggiore intensità, nel senso che deve essere assolto permanendo all'interno della prospettiva giuridica sostanziale tracciata dalla decisione, al di fuori della quale l'atto di esecuzione risulta elusivo».

⁴⁰⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 23302/2011, cit. Nella fattispecie si sono susseguite delibere del Consiglio Superiore della Magistratura di conferimento di un incarico direttivo elusive del giudicato di annullamento del primo provvedimento consiliare, disposto per eccesso di potere sotto il profilo della illogicità del giudizio di comparazione tra i concorrenti. Il CSM impugnava la sentenza del Consiglio di Stato per tre motivi, l'ultimo dei quali, accolto, era la violazione dell'art. 105 Cost., in quanto, nel momento in cui l'impugnata sentenza di ottemperanza era stata pronunciata, i magistrati concorsisti avevano cessato per sopraggiunti limiti di età.

⁴⁰⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 23302 del 2011, cit., annotata da R. FINOCCHI GHERSI, *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 23302/2011*, cit., 726: «[U]n primo, problematico profilo, attiene all'ampiezza della valutazione che le sezioni unite ritengono esercitabile, dal momento che la valutazione dei presupposti, dell'oggetto e dello scopo del concreto giudizio di ottemperanza può condurre a considerare vicende che attengono ai fatti

Ne deriva che il giudicato amministrativo, formatosi su un provvedimento con cui l'Amministrazione abbia conferito un incarico pubblico, produce l'effetto conformativo di imporre a quest'ultima il rinnovo della procedura, solo se e fino a quando l'incarico sia conferibile e la procedura sia espletabile, eccettuato il risarcimento del danno per il ricorrente vittorioso.

A ragione, la Suprema Corte ha sottolineato come il giudizio di ottemperanza sia preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento cui l'Amministrazione risulti vincolata dal precedente giudicato, e non ad altre utilità economiche.

Tuttavia, è d'uopo osservare che, anche nella presente fattispecie, non sovviene un'ipotesi di sconfinamento, dacché, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., la valutazione sull'impossibilità di esecuzione in forma specifica è rimessa al Giudice Amministrativo "quale giudice dell'ottemperanza", di talché un'eventuale pronuncia di ottemperanza impossibile per sopravvenienze di fatto o di diritto è rimediabile all'interno della giurisdizione mediante un incidente di esecuzione e non per il tramite di un ricorso per cassazione.

Ne consegue che semmai il sindacato della Suprema Corte sembra configurabile nei soli casi in cui nel giudizio di ottemperanza non sia introdotta la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a. in quanto, una volta introdotta, rientra nella giurisdizione dell'ottemperanza anche la valutazione sull'impossibilità di esecuzione in forma specifica.

Incidentalmente, si dà conto anche di un'ottemperanza a un giudicato ordinario, al quale viceversa è garantita autonomia nell'attività interpretativa.

Il potere interpretativo/integrativo del giudicato da eseguire⁴⁰⁸, insito nella struttura stessa del giudizio di ottemperanza in quanto giudizio di esecuzione, allorché attenga ad un giudicato formatosi davanti ad un giudice diverso da quello amministrativo, non può che esercitarsi sulla base di elementi interni al giudicato da ottemperare e non su elementi esterni, la cui valutazione rientra in

intervvenuti nella vicenda di merito. Nel caso, l'intervenuto pensionamento dei candidati, i nessi dell'interesse ad agire, sono valutabili in sede di giudizio sulla giurisdizione, o riguardano il merito?». Oltre a G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit., cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 129, secondo cui: «[C]ome opportunamente osservato in dottrina, che l'ottemperanza trovi un limite oggettivo nelle sopravvenienze di fatto che rendono non più possibile l'esecuzione del giudicato è regola di giudizio in via di principio senz'altro condivisibile. Tuttavia, la violazione di tale regola, più che determinare uno sconfinamento nella riserva amministrativa e quindi un vizio di giurisdizione, sembrerebbe dar luogo ad un mero errore in giudicando. Ciò anche considerato che l'impossibilità di eseguire il giudicato trova uno specifico rimedio nell'ambito del giudizio di ottemperanza, rappresentato dall'azione di risarcimento prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. [...]».

⁴⁰⁸ Così Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812. Nell'occasione, la Corte ha evidenziato come «in tema di giudizio di ottemperanza di sentenza di condanna emessa dal giudice ordinario, il giudice amministrativo, dovendone individuare il contenuto e la portata precettiva sulla base del dispositivo e della motivazione, con esclusione di elementi esterni, non [possa] integrare la pronuncia carente o dubbia con il riferimento a regole di diritto o ad un determinato orientamento giurisprudenziale».

ogni caso nella giurisdizione propria del giudice che ha emesso la sentenza, né dar luogo ad una pronuncia sostanzialmente auto esecutiva⁴⁰⁹.

Al riguardo, le Sezioni Unite, a parere di chi scrive impropriamente, hanno cassato con rinvio al Consiglio di Stato una pronuncia asseritamente viziata da assoluto difetto di giurisdizione sotto il profilo dello sconfinamento per una sopravvenienza di diritto estranea al giudicato ordinario e, tuttavia, tenuta correttamente in considerazione in sede di ottemperanza dal Consiglio di Stato per ragioni di parità di trattamento⁴¹⁰.

Infine, in sede di giurisdizione esclusiva⁴¹¹, la giurisprudenza più risalente escludeva lo sconfinamento.

Il giudice dei conflitti, infatti, ha evidenziato come la giurisdizione prescindesse «dalla natura e dal contenuto della posizione soggettiva del privato nei confronti della pubblica amministrazione (sì che non [era] configurabile il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a vantaggio del giudice ordinario)» e, allo stesso tempo, non incontrasse «i limiti propri della giurisdizione di legittimità, indipendentemente dal fatto che [fosse] (anche) prospettato un vizio dell'atto amministrativo, poiché l'esame dell'atto è finalizzato all'accertamento ed alla determinazione della disciplina giuridica del rapporto sul quale eventualmente esso incide»⁴¹².

⁴⁰⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 agosto 2022, n. 25160; Cass. civ., Sez. Un., 14 dicembre 2016, n. 25625. Pertanto, ove il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza di una sentenza definitiva del giudice ordinario, effettui un sindacato integrativo, con una pronuncia sostanzialmente autoesecutiva, integra sconfinamento.

⁴¹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 dicembre 2016, n. 25625. Nella specie, il Giudice di prime cure ha accertato il diritto di alcuni dipendenti di fruire di un congedo aggiuntivo, confermata in appello e passata in giudicato. L'ente ottemperava solo in parte, comunicando che si sarebbe conformato ad una sopraggiunta sentenza della Cassazione, emanata ex art. 64 del D. Lgs. n. 165 del 2001. I lavoratori instauravano giudizio di ottemperanza per violazione del giudicato: tali doglianze venivano accolte dal T.A.R. ma respinte dal Consiglio di Stato, che, su appello dell'ente, evidenziava come quest'ultimo avesse ottemperato fino ad un certo momento e, successivamente, avesse correttamente seguito la diversa interpretazione propugnata dalla Cassazione. Alcuni lavoratori ricorrevano al Giudice della giurisdizione, censurando l'eccesso di potere del Consiglio di Stato, per aver proceduto ad una diversa valutazione del giudicato ovvero ad una sua integrazione. La Suprema Corte ha accolto il ricorso, in quanto il Consiglio di Stato non si era limitato ad esaminare la portata del giudicato emesso dal giudice ordinario, ma aveva considerato elementi a questo estranei, ed era incorso in eccesso di potere giurisdizionale «essendo stati valutati elementi non emergenti nella sentenza di appello emessa dal Giudice ordinario e passata in cosa giudicata di cui era stata chiesta l'ottemperanza al Giudice amministrativo».

⁴¹¹ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1971, 2717 ss.; G. ROEHRSEN, *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 2, 119 ss.; V. CAIANIELLO, *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di Antonino Papardo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, 179 ss.; L. BERTONAZZI, *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 929 ss.; F. SATTA, *v. Giurisdizione esclusiva*, agg. V, in *Enc. dir.*, Milano, 2001. Cfr. altresì AA. VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*. [Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18- 20 settembre 2003], Milano, 2004.

⁴¹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 1989, n. 5525, in *Foro it.*, 1991, I, 582 ss. La Corte, ha, infatti, così statuito: «[I]l suddetto sconfinamento postula, tuttavia, che il Consiglio di Stato decida nell'ambito della giurisdizione di legittimità, in relazione alla quale i richiamati principi sono stati, appunto, enunciati», diversa essendo «la situazione con riguardo alla materia

Ne consegue che «nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo, dovendo pronunciarsi sul rapporto, deve necessariamente averne cognizione piena sotto il duplice profilo di diritto e di fatto, sì che non avrebbe neppure senso distinguere fra legittimità e merito amministrativo dell'atto che su quel rapporto sia venuto a incidere».

La giurisprudenza recente, dal canto suo, ha rimarcato in tal senso il principio secondo cui «la giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché esclusiva, resta giurisdizione di legittimità e non si estende al merito, atteso il carattere eccezionale e tassativo della giurisdizione di merito demandata al detto giudice»⁴¹³.

Anche la dottrina disconosce la “terzietà” della giurisdizione esclusiva, in tale sede il giudice pronunciando «ora come giudice di legittimità, ora come giudice di merito, a seconda che le materie in essa confluite siano state attribuite al giudice in cognizione piena o limitata»⁴¹⁴.

del pubblico impiego, qual è quella in esame, in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva (che è giurisdizione piena sul rapporto e non sull'atto) e dispone di ampi poteri istruttori [...] e decisionali, quali si addicono, appunto, al giudice del rapporto dedotto in giudizio».

⁴¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882, che richiama, in tal senso, Cass. civ., Sez. Un., 17 ottobre 2002, n. 14751; Cass. civ., Sez. Un., 5 giugno 1989, n. 2704, ove, pur avendo escluso un tale vizio nel caso di specie, in questo modo rigettando il ricorso, sull'assunto che «non sconfinava certamente nell'ambito del merito il giudice amministrativo che nella risoluzione di una controversia, per la quale egli abbia soltanto la giurisdizione di legittimità, porti il proprio esame sui presupposti di fatto dell'atto impugnato al limitato fine di stabilire se, nel concorso dei medesimi, la legge consenta o meno all'amministrazione di adottarlo [...], omettendo nel contempo ogni diretta valutazione della corrispondenza dell'atto medesimo all'interesse pubblico in termini di convenienza e di opportunità [...]».

⁴¹⁴ Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 113. Cfr. altresì M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 110: «poiché la cognizione dei diritti soggettivi è aggiuntiva (o per sommatoria) rispetto a quella degli interessi legittimi, la giurisdizione esclusiva finisce per avere un carattere composito. Infatti, se il ricorrente fa valere nel ricorso soltanto un interesse legittimo, il processo segue le regole proprie della giurisdizione generale di legittimità». Cfr. R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE (a cura di), *La tutela del cittadino, 1. La giustizia amministrativa* [Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione], Vicenza, 1968, 199 ss., spec. 213 ss.: «[C]hi scrive ebbe sempre la convinzione che l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al Consiglio di Stato producesse soltanto una eccezionale estensione della causa petendi, ma non incidesse sul tipo di giurisdizione dell'Istituto - di legittimità in generale e anche di merito in casi speciali - e quindi neppure potesse incidere nei normali poteri del giudice amministrativo e nella particolare procedura che si ritiene pertinente a quel tipo di giurisdizione» (213); «[S]enonché», evidenzia il medesimo Autore, «considerazioni di equità, nel più alto significato etico-giuridico, e di parallelismo con la giurisdizione ordinaria, al fine di non scemare l'efficacia della tutela dei diritti, hanno indotto il Consiglio di Stato a due essenziali eccezioni: quella di ammettere, in materia di diritti patrimoniali [...] la proposizione del ricorso per l'adempimento dell'obbligo da parte della P.A. anche in assenza di un atto amministrativo [...]; e quella di applicare in questi casi [...] il termine di prescrizione anziché quello di decadenza, [...] salvo poi tornare ad applicare il termine di decadenza quando esista comunque un atto formale c.d. autoritativo o autoritativo della P.A.» (214-215-216). Critico G. ROEHRSEN, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 167: «[...] sicché non può, sic et simpliciter, parlarsi di una mera estensione della causa petendi: la estensione si ha, ma necessariamente accompagnata da ulteriori modifiche al sistema». In generale, cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, cit., 144-145, che osserva come non sia pacifico, «specie a far data dalle riforme intraprese alla fine degli anni novanta del secolo scorso, se anche la giurisdizione esclusiva presenti, al pari della giurisdizione di merito, carattere

Pertanto, i limiti di sindacabilità non mutano a seconda che le pronunce siano state emesse nell'esercizio della giurisdizione di legittimità o rientrino nell'ambito della giurisdizione esclusiva, riguardante anche i diritti, ciò in quanto «nulla consentirebbe di introdurre una siffatta distinzione nel sistema delineato dalla citata disposizione dell'art. 111 Cost., né essa risponderebbe ad un criterio logico-sistematico, essendo al contrario evidente che le medesime ragioni in base alle quali una determinata controversia risulti eventualmente attribuita alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ne giustificano anche il corrispondente regime d'impugnazione»⁴¹⁵.

aggiuntivo rispetto alla giurisdizione generale di legittimità oppure risponda a una logica totalmente diversa». Evidenza che «non è scontato se la giurisdizione esclusiva sia da intendere come giurisdizione che condivide la medesima natura della giurisdizione generale di legittimità, venendo in rilievo solo laddove vi sia esercizio di potere amministrativo, oppure se a quest'ultima si contrapponga, caratterizzandosi come giurisdizione nelle controversie in cui sia sufficiente la proposizione di un'azione contro una Pubblica Amministrazione, secondo la logica del modello dell'antico contenzioso amministrativo», sottolineando che «giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva partecipano della medesima natura, contrassegnata dalla circostanza che nelle relative controversie l'amministrazione agisce come autorità».

⁴¹⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 giugno 2006, n. 13176.

CAPITOLO III

IL DINIEGO DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 3.1. La qualificazione della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente quale interesse legittimo o interesse di fatto come questione di merito ontologicamente intestata in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa. - 3.2. L'inquadramento sistematico del diniego di giurisdizione nei motivi inerenti alla giurisdizione. - 3.3. Il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia nell'interpretazione autentica della Corte Costituzionale. - 3.4. Il discrimine tra diniego di giurisdizione e *errores in procedendo e iudicando*. - 3.5. Ipotesi di confine tra la violazione dei limiti esterni e la violazione dei limiti interni della giurisdizione: il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia. Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: l'azione risarcitoria autonoma, il ricorso principale e il ricorso incidentale incrociati, il radicale stravolgimento delle norme processuali (e sostanziali) quale diniego di giustizia sindacabile in Cassazione, il caso CEDU Staibano e Mottola; dal sindacato sul grave, radicale e manifesto stravolgimento delle norme di rito al sindacato per mera "violazione di norma convenzionale o europea". - 3.6. L'alterità del diniego di giustizia rispetto al diniego di giurisdizione. - 3.7. Il diniego di giurisdizione e i principi costitutivi del giusto processo. L'"eccesso di potere giurisdizionale" e la "soggettività" del processo amministrativo: la grave violazione dei principi processuali fondamentali quali elementi essenziali della giurisdizione come violazione dei limiti esterni. - 3.8. Il diniego di giurisdizione e il principio di effettività. Motivi inerenti alla giurisdizione o motivi inerenti alla giustizia? - 3.9. I rimedi giurisdizionali *de iure condendo* alle "strumentalizzazioni" del diniego di giustizia. Il ruolo del giudizio di revocazione e il generale *favor* per il sindacato della Cassazione a detrimento di una più auspicabile rimodulazione del giudizio di ottemperanza. I possibili rimedi: revocazione per errore sul "fatto processuale"; la tesi del ricorso per violazione dei limiti della giurisdizione e la natura meramente procedimentale del vizio; il giudicato a formazione progressiva. - 3.10. I rimedi istituzionali e strutturali *de iure condendo* alle aporie del diniego di giustizia mutuati dal sistema di Giustizia Amministrativa francese imperniato sul *Conseil d'État* quale Cassazione Amministrativa.

- 3.1. *La qualificazione della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente quale interesse legittimo o interesse di fatto come questione di merito ontologicamente intestata in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa.*

L'ultima metamorfosi evolutiva dell'«eccesso di potere in concreto» di matrice calamandreiana è una fattispecie, la cui riconducibilità alla categoria del diniego di giurisdizione, è particolarmente discussa in dottrina e assai disinvoltamente affermata nella giurisprudenza cassatoria⁴¹⁶.

Tanto «l'eccesso di potere» avanti al merito amministrativo, come già illustrato, quanto il «diniego di giustizia» avanti ad un interesse legittimo, come sarà dimostrato, postulano una questione di merito, di esclusiva pertinenza del Giudice Amministrativo per ragioni storiche, sistematiche e normative.

Sia la questione del controllo della discrezionalità sia la questione del rilievo giuridico dell'interesse azionato, infatti, insistono sui limiti interni della giurisdizione amministrativa.

Giova precisare che l'analisi di un ambito tematico - quale quello inerente alla concettualizzazione dell'interesse legittimo o, *rectius*, alla giuridificazione dell'interesse occasionalmente protetto - ricco di implicazioni di stampo logico, epistemologico, gnoseologico, che si collega all'indagine sulla natura di categorie, istituti, principi e fenomeni, la cui elaborazione è alla base dello sviluppo dei parametri di legittimità del sindacato giudiziale, esula dal tracciato della parte terza della presente ricerca⁴¹⁷.

L'unico profilo di stretto interesse ai fini della trattazione è l'interazione tra l'interesse legittimo⁴¹⁸ e il diniego di giurisdizione ovvero la questione della delibazione dell'interesse legittimo in funzione della delibazione del diniego di giurisdizione⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Promotore di un'accezione ampia di giurisdizione è stato Calamandrei in CALAMANDREI-FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1053 ss. In senso adesivo v. MARENGO, *Oggetto ed effetti*, cit., il quale vi riconduceva anche i vizi *in procedendo* di omessa pronuncia, extra-petizione e ultra-petizione, in grado di causare la nullità della sentenza per violazione della legge processuale. Calamandrei, fautore della giurisdizione unica, predicava un sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato esteso anche ad alcune ipotesi di nullità della sentenza e del procedimento. Sicché, seppur consapevole che nelle ipotesi descritte la legge attribuiva al Giudice Amministrativo il potere giurisdizionale, per evitare che tali vizi eludessero il controllo della Cassazione, proponeva di annoverarli sotto il profilo del difetto di giurisdizione. Ravvisava un «eccesso di potere» in concreto da parte del giudice, che, omettendo di pronunciare su una richiesta di parte o attribuendo più di quanto domandatogli, eccedeva dai limiti fissati dal principio della domanda e dalla regola di «corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato». Non vi era, però, un criterio in grado di perimetrare i confini dell'eccesso di potere in concreto e fissare l'ambito delle nullità. La Cassazione non si è uniformata alla tesi di Calamandrei, ma ne ha tenuto conto per interpretare estensivamente il difetto di giurisdizione, al fine di omologare il vizio di irregolare composizione del collegio giudicante ad un vizio attinente alla giurisdizione.

⁴¹⁷ Su tale tema, di particolare complessità, non si può sviluppare *funditus* l'indagine, che, per di più, si collega ad altri profili, oggetto di approfonditi studi ad opera della dottrina.

⁴¹⁸ V. F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017; Id., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1.

⁴¹⁹ V. F. FRANCARIO, *Diniego di giurisdizione*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 639 ss.

Se il Giudice Amministrativo afferma la propria giurisdizione in presenza di un interesse di fatto, incorre in difetto di giurisdizione; per converso, se la nega in presenza di un interesse legittimo, incorre in diniego di giurisdizione⁴²⁰.

Dirimente ai fini del diniego di giurisdizione, inteso quale fattispecie speculare al difetto assoluto di giurisdizione, è l'accertamento dell'interesse legittimo o, meglio, l'accertamento di un rapporto di diritto pubblico originatosi dall'esercizio del potere pubblico funzionalizzato ad un interesse pubblico.

Particolarmente controversa è l'inerenza alla delibazione sulla spettanza della giurisdizione della questione vertente sull'esistenza in astratto di una posizione giuridica soggettiva tutelabile di fronte al Giudice Amministrativo o, in termini più succinti, l'inerenza della questione sulla giustiziabilità della pretesa⁴²¹.

Prodromica all'accertamento della *potestas iudicandi* si pone la qualificazione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio o, meglio, la qualificazione della natura giuspubblicistica del rapporto.

Nel caso in cui essa sia scrutinata alla stregua di un interesse di mero fatto è evidente che ne debba conseguire una sentenza solo formalmente in punto di giurisdizione, in quanto sostanzialmente si nega, in virtù della qualificazione, il bene della vita azionato, così respingendo nel merito la domanda.

Dunque, l'assunto per cui la questione di giurisdizione è sempre una questione pregiudiziale di rito non pare affatto condivisibile, in quanto il difetto di giurisdizione a fronte del cosiddetto merito amministrativo o il diniego di giustizia a fronte di un interesse legittimo celano, in realtà, una questione di merito in senso tecnico spettante al Giudice Amministrativo⁴²².

Insomma, è pacifico che «la questione della giurisdizione [...] rifletta sempre [...] una soluzione data a una questione di diritto sostanziale», e che l'attribuzione di una controversia all'uno o all'altro plesso determini un diverso

⁴²⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 10 febbraio 2023, n. 4284; Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2022, n. 22074; Cass. civ., Sez. Un., 20 ottobre 2022, n. 30965; Cass. civ., Sez. Un., 4 ottobre 2022, n. 28803; Cass. civ., Sez. Un., 26 settembre 2022, n. 28021; Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2022, n. 27746; Cass. civ., Sez. Un., 15 settembre 2022, n. 27174; Cass. civ., Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25499; Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2022, n. 11528.

⁴²¹ Cfr. M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1 giugno 2021, 213 ss.; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1 giugno 2021, 369 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 2022, 1-8; Id., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008 e Id., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 46 ss. Sulla categoria degli interessi semplici e di fatto, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 117 ss. e I. ZINGALES, *op. cit.*, 153 ss.

⁴²² Cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione: il procedimento di primo grado, il sistema delle impugnazioni*, 4° ed., Milano 1997, 415 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 274, secondo cui «da sentenza dichiarativa del difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione è sentenza di merito alla stessa stregua di qualsiasi sentenza che rigetti la domanda per assenza nell'ordinamento di una norma che attribuisca giuridica rilevanza o tutela all'interesse azionato». *Contra*, D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, cit., 96 ss., secondo cui «da necessità di una soluzione uniforme impone di ricondurre al rito tutte le pronunce sulla giurisdizione».

modularsi della fattispecie di diritto sostanziale⁴²³, dacché «le norme sulla giurisdizione sono non solo norme dirette ad individuare a quale giurisdizione appartenga il giudice legittimato a pronunciarsi sulla singola controversia, ma anche norme sul procedimento e sui possibili contenuti della tutela [...]; le norme sulla giurisdizione (a differenza delle norme sulla competenza) sono per definizione destinate ad influenzare lo stesso risultato del processo, il contenuto della decisione, in quanto il giudice indicato come fornito di giurisdizione rinvia l'ambito dei propri poteri giurisdizionali dalle stesse norme attributive della sua giurisdizione»⁴²⁴.

Una soluzione data ad una questione di diritto sostanziale è implicata nelle questioni di giurisdizione riconducibili alla figura proteiforme dell'improponibilità della domanda correlata all'impossibilità di esercizio della funzione giurisdizionale, alla esistenza o meno di una norma che tuteli la situazione giuridica, alla concreta verifica sulla presenza delle condizioni, alla mancanza in capo al giudice del potere di emanare il provvedimento richiesto, alla stessa esistenza di una giurisdizione statale.

Già negli anni '50, le Sezioni Unite, in sede di regolamento di giurisdizione, hanno riconosciuto il difetto assoluto di giurisdizione in caso di improponibilità della domanda per inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, con ciò intestandosi una costante verifica sull'esistenza del diritto controverso in giudizio e un sindacato di fatto coincidente con uno scrutinio di terzo grado⁴²⁵.

⁴²³ Sul punto v. G. VERDE, *Il giudizio di responsabilità amministrativa: lineamenti di una riforma alla luce dei principi del giusto processo*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano 2006, 234, secondo cui sussiste «un nesso biunivoco tra la legge sul processo e la disciplina sostanziale che vi deve essere applicata»; A. CORPACI, *Il principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa: l'attribuzione del potere di azione al Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti*, *ibid.*, 266 che evoca l'interdipendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale»; P. PATRITO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*, in *Giur. It.*, 2010, 1709. *Contra*, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 236 s., il quale rileva che «essendo il processo 'strumento' di tutela del diritto», il diritto sostanziale è unicamente regolato «dalle norme sostanziali che lo disciplinano», «non risolvendosi il diritto sostanziale nel processo».

⁴²⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro It.*, 1984, V, 90 s., richiamato da A. LAMORGESE, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, in *www.federalismi.it*, 12, secondo cui «anche la decisione su questioni processuali è idonea ad attribuire alla parte un concreto bene della vita, e ciò vale soprattutto per le questioni di giurisdizione, anche perché la tutela sostanziale cui la parte può concretamente aspirare è diversa a seconda di quale sia il giudice (ordinario o speciale) individuato come competente». Nella giurisprudenza più risalente, v. Cass., Sez. I, 22 aprile 1963, n. 1023, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 440, secondo cui «da pronuncia sulla giurisdizione è pronuncia di merito in quanto affermazione astratta della sussistenza di un diritto e della sua lesione, ma non esaurisce l'esame di merito del fondamento della domanda, il cui accertamento la controversia richiede».

⁴²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 1951, n. 1330, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 35, con nota di E.T. LIEBMAN, *Domanda infondata e regolamento di giurisdizione* e la nota di A. SCIALOJA, in *Foro it.*, 1952, I, 701. V. E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 36, secondo cui «dichiarare l'inesistenza del diritto fatto valere dall'attore significa sempre decidere il merito della causa, e ciò tanto se la questione si presenta dubbia e complessa quanto se essa è invece semplice ed evidente». Cfr., altresì, V. ANDRIOLI, *Improponibilità assoluta della domanda fra privati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, I, in part. 16, per il quale si assiste all'«ennesima manifestazione della tendenza a conferire alla

Nel 1972 la Suprema Corte si è espressamente investita della competenza a verificare se la posizione giuridica soggettiva del privato avanti all'Amministrazione fosse o meno astrattamente qualificabile come interesse legittimo, sulla base dell'argomentazione secondo cui esulano dalla giurisdizione generale di legittimità «quelle posizioni soggettive che, corrispondendo a situazioni di semplice interesse di fatto, non sono suscettibili di alcuna tutela giurisdizionale»⁴²⁶.

La Suprema Corte, quindi, ha distinto la delibazione in astratto, rientrante nei limiti esterni della giurisdizione⁴²⁷, dalla delibazione in concreto, riconducibile ai limiti interni della giurisdizione⁴²⁸.

Corte di cassazione poteri di statuire definitivamente sul merito: tendenza, che, non paga del riconoscimento positivo della facoltà di correggere la motivazione in diritto e della efficacia vincolante del principio di diritto, ha dalla sua il futuro e finirà con il trasformare la Cassazione in giudice di revisione e, addirittura, di terza istanza».

⁴²⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 1972, n. 745, in *Foro it.*, 1972, I, 2482 ss. La Corte ha osservato come, al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, il Consiglio di Stato è investito esclusivamente della cognizione degli interessi legittimi, esulando dalla giurisdizione generale di legittimità «quelle posizioni soggettive che, corrispondendo a situazioni di semplice interesse di fatto, non sono suscettibili di alcuna tutela giurisdizionale» e «che, a far rientrare la controversia nella sfera di giurisdizione del giudice amministrativo di legittimità, non basta che il privato sostenga di essere stato leso, dall'atto amministrativo impugnato, in un suo interesse legittimo, ma occorre che la posizione giuridica di cui si lamenta la lesione, così come dedotta in giudizio, sia effettivamente, ma in astratto, configurabile come interesse legittimo alla stregua dell'ordinamento giuridico», concludendo che «[Q]uesto, e soltanto questo, è il sindacato che a queste Sezioni unite è affidato, in sede di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato per difetto assoluto di giurisdizione». Per il resto, «[s]i sottraggono [...] a tale sindacato così la concreta ed effettiva appartenenza al soggetto impugnante della vantata posizione di interesse legittimo, il cui accertamento attiene al giudizio di merito e, quindi, al modo in cui la giurisdizione fu esercitata, come la titolarità dell'interesse processuale a ricorrere, la cui sussistenza, come condizione dell'azione, anche dal Consiglio di Stato, come da ogni altro giudice, deve necessariamente essere verificata nell'ambito dell'esercizio della propria giurisdizione [...]». Cfr. Cass. civ. Sez. Un., 9 maggio 1983, n. 3145, in *Giust. civ.*, 1984, I, 506 ss., secondo cui il sindacato è limitato al controllo se l'atto impugnato riguardi il merito, in modo che debba escludersi, a priori e in astratto, l'esistenza di posizioni soggettive, laddove resta preclusa ogni indagine in ordine alla effettiva appartenenza al ricorrente di un interesse legittimo, ovvero, più in generale, di una sua legittimazione ad agire.

⁴²⁷ Nella giurisprudenza dell'epoca, v. Cass. civ., Sez. Un., 24 ottobre 1988, n. 5740, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 10, secondo cui «il difetto assoluto di giurisdizione si ha solo quando in ordine ad una determinata controversia manca in astratto, in qualsiasi giudice, il potere di emanare una decisione sia di merito, sia anche solo processuale [...]. Questa situazione si verifica per improponibilità assoluta della domanda esclusivamente quando, alla stregua dei fatti allegati, non si rinviene nell'ordinamento alcuna norma o principio astrattamente idonei a far rientrare la posizione dedotta fra quelle suscettibili di tutela giurisdizionale, quando, cioè, nell'ordinamento non sia dato rinvenire alcuna norma, o principio giuridico, in base ai quali le pretese allegate rientrino in una delle categorie di posizioni giuridiche soggettive suscettibili di tutela diretta o indiretta».

⁴²⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, 802, secondo cui «è questione che riguarda il modo in cui [la] giurisdizione è esercitata stabilire se chi domanda tutela davanti al giudice amministrativo versi nel caso concreto in una situazione di fatto corrispondente ad una situazione di interesse legittimo. Attiene invece alla giurisdizione stabilire se in relazione all'atto compiuto dalla pubblica amministrazione è configurabile, secondo l'ordinamento, una situazione di interesse protetto», concludendo che «risolvere la questione di giurisdizione consiste allora nello stabilire se esistono norme che, disciplinando l'agire della pubblica amministrazione come mezzo per la cura di un interesse pubblico, prevedono che, in

Negli anni '90, però, si è assistito ad un *revirement* da parte delle Sezioni Unite, che hanno annoverato nei limiti interni anche la questione in ordine alla improponibilità assoluta della domanda equivalente «alla dichiarazione di infondatezza della stessa e quindi ad una pronuncia di merito»⁴²⁹.

Negli anni successivi, talora la giurisprudenza cassatoria ha affermato che inerisce alla giurisdizione e non al merito stabilire se in relazione all'atto emanato dalla Pubblica Amministrazione è configurabile, secondo l'ordinamento, una situazione meritevole di protezione giuridica⁴³⁰.

Talaltra, si è confermato che non è possibile «confondere l'infondatezza della domanda con il difetto assoluto di giurisdizione in quanto le questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme o principi che astrattamente contemplino e tutelino la posizione di diritto soggettivo fatta valere in giudizio attengono al fondamento della domanda e non alla giurisdizione, anche quando sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile nei confronti della p.a.»⁴³¹.

Così è a dirsi, fino a un certo momento, per il complesso delle decisioni in tema di risarcimento dell'interesse legittimo: accanto a quelle che hanno

una data situazione tipica, trovino per questa via realizzazione interessi di privati convergenti con quelli pubblici». Cfr., altresì, Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 2003, n. 10734, secondo cui «l'art. 111, terzo (ora ottavo) comma, Cost., nell'ammettere il ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, rende ammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere. Non è, per contro, ammissibile il ricorso in cassazione che asserisca un'erronea interpretazione della norma di diritto, inidonea in concreto a tutelare l'interesse affermato dalla parte, poiché in tal caso la questione attiene al merito della controversia e non alla giurisdizione».

⁴²⁹ Nella giurisprudenza dell'epoca, v. Cass. civ., Sez. Un., 4 gennaio 1993, n. 5; Cass. civ., Sez. Un., 14 ottobre 1996, n. 8959; Cass. civ., Sez. Un., 29 settembre 1997, n. 9550, secondo cui la deduzione della improponibilità assoluta della domanda per insussistenza di una norma astratta idonea al riconoscimento ed alla tutelabilità della posizione soggettiva fatta valere in giudizio introduce una questione attinente al merito e non alla competenza del giudice. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 settembre 2007, n. 19391, secondo cui la problematica della tutelabilità della posizione soggettiva fatta valere riguarda non la giurisdizione ma il merito. Parimenti, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 31 ottobre 2008, n. 26299; Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30059; Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2014, n. 9943.

⁴³⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 1993, n. 5238, nella quale si precisa che l'interesse legittimo consiste in una posizione del soggetto collegata con l'interesse pubblico, in funzione del quale è attribuito all'amministrazione il potere; la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità è dovuta al novero dell'atto impugnato nella categoria di quelli operanti nel campo delle posizioni soggettive protette da quella giurisdizione; l'effettiva appartenenza al ricorrente dell'interesse legittimo, come dell'interesse processuale a ricorrere, non vincola in sé la giurisdizione del giudice amministrativo, ma costituisce condizioni o presupposti per ottenere una qualsiasi pronuncia sul merito del ricorso, con la conseguenza che l'apprezzamento circa la titolarità nel ricorrente dell'interesse sostanziale, della legittimazione ad agire o dell'interesse ad agire, anche se errato, implicando errori in iudicando o in procedendo, esula dai limiti esterni della giurisdizione.

⁴³¹ Così, Cass. civ., Sez. Un., 7 dicembre 1999, n. 865, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2461; Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 2016, n. 2050; Cass. civ., Sez. Un., 2 maggio 2019, n. 11588.

ricondotto l'ipotesi al difetto assoluto⁴³², ve ne sono altre che lo escludono per affermare che si rientra nel merito⁴³³.

La perifrasi ricorrente è quella secondo la quale il difetto assoluto di giurisdizione è rinvenibile «solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio», sicché non vi è alcun giudice che possa decidere⁴³⁴.

Specularmente, il diniego di giurisdizione si configura laddove vi sia una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sicché il giudice ha il dovere di decidere.

Come in giurisprudenza, così in dottrina si confrontano due posizioni opposte, delle quali chi predica l'inerenza alla giurisdizione non si premura di chiarire come i due profili, astratto e concreto, possano essere distinti⁴³⁵.

⁴³² Nella giurisprudenza dell'epoca, v. Cass. civ., Sez. Un., 2 giugno 1997, n. 4903, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 896; Id., 7 agosto 1998, n. 7751, in *App. urb. edil.*, 1999, 569.

⁴³³ Nella giurisprudenza dell'epoca, v. Cass. civ., Sez. Un., 18 maggio 1995, n. 5477, in *Foro it.*, 1996, I, 1008.

⁴³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 1 giugno 2023, n. 15601; Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2023, n. 15058; Cass. civ., Sez. Un., 16 marzo 2022, n. 8600.

⁴³⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, *A proposito di stile delle sentenze, effettività del diritto di azione e credibilità della giustizia dello Stato*, nota a Cass. civ., Sez. Un. 14 ottobre 1977, n. 4371, in *Foro it.*, 1977, I, 2422 ss. e Id., *Regolamento di giurisdizione per mancanza di domanda giudiziale?*, in *Foro it.*, 1979, I, 2704 ss.; Id., *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, 89 ss.; Id., *Appunti sulla giurisdizione*, in *Foro it.*, 1994, 14 ss.; A. BERLATI, "Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss. Per contributi più recenti, v. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017, 194; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 2022, 1-8. La dicotomia tra delibazione in astratto e in concreto, secondo V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 314, non esiste. Per converso, l'unica indagine ammessa "in astratto" per il giudice, in ordine alla improponibilità della domanda, «non può [...] essere riferita alla insussistenza di un interesse tutelabile, bensì alla impossibilità da parte del giudice, con riferimento ai poteri attribuitigli, di emanare un provvedimento del tipo di quello richiesto [...], oppure alla sussistenza di un ambito riservato al potere dell'amministrazione che sia per legge sottratto al sindacato del giudice». Cfr. S. GATTAMELATA, *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 48 ss., secondo cui «[È] evidente che nell'ipotesi in cui la posizione legittimante è un interesse legittimo, l'indagine che il giudice della giurisdizione deve effettuare involge necessariamente e, direi, automaticamente, il potere che è preposto a tutelarlo. Questo [...] significa esercitare pienamente il controllo sulla giurisdizione. Una differente impostazione sarebbe limitativa per la Suprema Corte che non potrebbe esplicitare il proprio potere (di regolamentare la giurisdizione), e sarebbe penalizzante per la figura stessa dell'interesse legittimo, che diverrebbe in tal modo difficilmente individuabile ed in progressiva dissoluzione». L'Autore osserva «la difficoltà di stabilire con la maggior esattezza possibile il punto in cui termina l'indagine in astratto (la sola consentita in sede di controllo sulla giurisdizione) ed inizi quella in concreto, con un sostanziale avvicinamento (ma non con una unificazione) tra la questione di giurisdizione e quella di merito». Non si entrerebbe nella sfera del merito della questione, «neppure se la Corte, nel ricercare a chi spetti la giurisdizione, consideri non tutelabile la posizione dedotta in giudizio», e ciò in quanto, «seppur si dovesse riscontrare l'insussistenza di alcun interesse legittimo (e cioè l'inesistenza di alcuna posizione che legittima l'azione)[.] il giudizio sulla giurisdizione avrebbe svolto perfettamente il suo compito, stabilendo che non poteva essere adito alcun giudice; il merito della controversia non sarebbe in tal modo intaccato né valutato, accertandosi solamente l'improponibilità della domanda in quanto esorbitante i limiti esterni delle attribuzioni del giudice adito».

In realtà, diversamente da quanto pur autorevolmente sostenuto, se il Giudice Amministrativo è in via esclusiva giudice dell'esercizio del potere pubblico quale situazione giuridica soggettiva, a maggior ragione lo è anche della situazione ad essa speculare ovvero dell'interesse legittimo, la cui conformazione è rimessa per ragioni storiche e sistematiche, in forza dell'alto tecnicismo e della specialità della materia, esclusivamente al medesimo Giudice Amministrativo⁴³⁶.

Tratto caratterizzante il diritto amministrativo, come ampiamente dato conto nel capitolo primo, è l'ampiezza degli interessi tutelabili, ammessi alla tutela costitutiva previo vaglio della magistratura amministrativa⁴³⁷.

Se il Giudice Amministrativo è il *dominus* della tutela degli interessi legittimi o meglio della cognizione del rapporto di diritto pubblico, i presupposti della tutela ovvero l'individuazione della posizione giuridica soggettiva lesa dal potere pubblico compete a sé medesimo e giammai il Giudice della giurisdizione, informato a ben altro sistema e principi, può incompetentemente ingerirvisi, a pena di occasionare un conflitto di attribuzione.

Se «ogni potere discrezionale (...) ha la sua origine in un norma di diritto obiettivo» e se verificare «se un potere discrezionale esista o non esista è attività interpretativa»⁴³⁸, ebbene essa pertiene al Giudice Amministrativo.

Sul piano logico, diversamente dal sillogismo normativo classico del diritto privato, il cui schema inferenziale (norma-fatto-effetto) evidenzia un legame tra premessa maggiore (norma) e premessa minore (fatto), tale per cui la norma tipizza la fattispecie astratta e, all'atto della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, la norma commina automaticamente effetti giuridici, lo schema inferenziale del sillogismo normativo del diritto amministrativo (norma-potere-fatto-effetto) indica una relazione per la quale la norma attribuisce alla Pubblica Amministrazione il potere di provvedere, che in linea generale implica discrezionalità amministrativa, da esercitarsi al verificarsi di una fattispecie concreta, previamente sussunta nella fattispecie astratta.

La mediazione del potere tra la norma e il fatto legittima il sindacato del Giudice Amministrativo su di esso e sull'interesse legittimo⁴³⁹.

⁴³⁶ In giurisprudenza v., tra le pronunce più recenti, Cass. civ., Sez. Un., 13 gennaio 2022, n. 929.

⁴³⁷ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXII(2), 2022, 167-178; Id., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008 e Id., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 46 ss.

⁴³⁸ Cfr. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative* in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. III, Milano, 1901, 530.

⁴³⁹ A riguardo, v. Cass., Sez. Un., 15 giugno 1987, n. 5256, annotata da L. IANNICELLI, *Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione fra privati per mancanza di posizione giuridica astrattamente tutelabile*, in *Foro it.*, 1988, 3393 ss. Cfr. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 179, il quale evidenzia che «[Q]uanto evidenziato dagli autori che contestano la linea interpretativa “classica” induce lo scrivente a ritenere che la verifica in ordine all'esistenza o meno, nella fattispecie dedotta in giudizio, di una posizione giuridica tutelabile nei confronti della pubblica amministrazione costituisca intrinsecamente questione di merito» (181-182). L'Autore, muovendo dalla constatazione secondo cui la Cassazione ha escluso, in controversie tra privati, che la questione relativa alla improponibilità della domanda afferisse alla giurisdizione, evidenzia come «l'intrinseca natura (a prescindere, dunque, dal

Nella ontologia dell'interesse legittimo difetta una compiuta tipizzazione normativa, essendo implicate sia l'azione della Pubblica Amministrazione sia la conformazione del Giudice Amministrativo, a cui storicamente spetta l'attività interpretativa ancorata allo spirito o allo scopo della legge ovvero scrutinare il contemperamento dell'interesse pubblico con la cura e la ponderazione degli interessi dei singoli.

In assenza di una norma che tutelasse direttamente gli interessi dei singoli di fronte alla discrezionalità, la interpretazione di secondo grado è stata lo strumento con cui giuridificare la discrezionalità amministrativa e tutelare i cosiddetti interessi occasionalmente protetti.

Alla norma attributiva del potere si è affiancata la norma di garanzia o norma di protezione dell'interesse o norma di riconoscimento dell'interesse, la cui individuazione e interpretazione rimane comunque in capo al Giudice Amministrativo.

Con la conseguenza che, se nella verifica della giurisdizione si include quella sulla proponibilità della domanda, nel senso di esistenza di una posizione giuridica soggettiva tutelabile, scompare del tutto il confine tra questione di giurisdizione e questione di merito e «diventa impossibile stabilire fino a che punto l'indagine è condotta in astratto e dove comincia in concreto, dato che dichiarare l'inesistenza dell'interesse legittimo significa sempre decidere il merito della causa»⁴⁴⁰.

Si orbita, infatti, in un ambito storicamente e sistematicamente riservato alla specialità del Giudice Amministrativo, costituzionalmente preposto ad identificare gli interessi meritevoli di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione.

disposto di cui all'art. 37 c.p.c.) della questione di qua non possa mutare sol perché una delle parti in causa sia una pubblica amministrazione o sol perché la controversia riguardi la sfera dei poteri dell'autorità amministrativa. Tali circostanze possono, infatti, determinare, nel vigente sistema, l'applicabilità di particolari istituti o di specifiche norme, ma non possono causare, a ben riflettere, l'ontologica mutazione di una questione che, di per sé, resta, sostanzialmente, sempre la stessa [...], a prescindere dalla qualità dei contendenti» (184), aggiungendo che «[P]ertanto, se è “di merito” l'indagine che compie, in controversie tra privati, il giudice nel ricercare una norma che tuteli la situazione dedotta in giudizio, non si comprende per quale arcana ragione la stessa indagine dovrebbe cambiare intrinseca natura nel caso in cui a contestare la giustiziabilità della pretesa azionata sia una autorità amministrativa» (185).

⁴⁴⁰ V. V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, cit., 23-24. L'Autore precisa che, diversamente dal diritto soggettivo, che ha una compiuta tipizzazione nella norma, l'interesse legittimo si realizza solo attraverso l'intermediazione della potestà. Ciò in quanto, se la tutela dei diritti soggettivi si esaurisce nel rapporto tra interesse del soggetto e norma che ne definisce il contenuto, la tutela degli interessi legittimi non si risolve nell'ambito del parametro normativo, assumendo come riferimento la norma mediante l'apprezzamento amministrativo sugli interessi pubblici e privati. In particolare, «[N]ella giurisdizione amministrativa di legittimità ed in quella di merito il sindacato del giudice sull'atto impugnato incide sull'esercizio del potere pubblico esercitato per cui l'interesse del soggetto si realizza e quindi la situazione soggettiva giuridicamente protetta risulta definita e conformata proprio per effetto del giudizio di verifica compiuto dal giudice amministrativo sul potere amministrativo esercitato».

Al riguardo, sovrviene la problematica degli interessi diffusi⁴⁴¹, sulla quale si è espressa negativamente autorevole dottrina⁴⁴², una parte della quale ha concluso che, siccome la differenza che le Sezioni Unite evocano fra “esistenza” della norma invocata a propria tutela e “idoneità” della stessa alla tutela non è affatto netta, non vi sarebbe una significativa differenza tra difetto assoluto di giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale⁴⁴³.

Su quest’ultima presa di posizione, alla quale già si è replicato criticamente nel corso della presente trattazione, ci si permetta di rinviare ai capitoli precedenti, nei quali si è tentato di dimostrare sia sul piano storico-dogmatico che sul piano sistematico l’alterità del cosiddetto “eccesso di potere giurisdizionale” *sub specie* dello sconfinamento (così come teorizzato in astratto da dottrina e giurisprudenza) dalla categoria dell’assoluto difetto di giurisdizione⁴⁴⁴.

Per quanto attiene all’oggetto del presente capitolo, alla problematicità storica del diniego di giurisdizione, del quale si offre un inquadramento preliminare, e alla presupposta dicotomica delibazione (in astratto e in concreto)

⁴⁴¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Il Consiglio di Stato*, 1978, III, 397, con nota di A. POSTIGLIONE, *L’iniziativa dei cittadini per la difesa degli interessi collettivi*, ove si legge che «la contestazione di un interesse sostanziale tutelabile dinanzi al giudice amministrativo involge [...] un problema di giurisdizione in quanto attiene ai confini esterni della giurisdizione nei confronti della sfera di attività insindacabile della Pubblica amministrazione» e, inoltre, che «sotto il profilo del difetto assoluto di giurisdizione, [...], la configurazione o meno dell’interesse legittimo implica necessariamente una indagine penetrante sul collegamento fra interesse pubblico e interesse del singolo, che renda differenziata la posizione di quest’ultimo secondo le norme attributive del potere: non si rende quindi senz’altro applicabile il principio, enunciato di solito a proposito dell’azione dinanzi al giudice ordinario [...], che individua un giudizio di merito in caso di interpretazione complessa della norma e delle condizioni della sua applicazione; interpretazione che, nella ipotesi dell’interesse legittimo, è invece connaturale all’istituto». La Corte di Cassazione, dopo avere escluso un interesse legittimo e un diritto soggettivo, conclude dichiarando il difetto assoluto di giurisdizione per aver il Consiglio di Stato annullato il provvedimento impugnato esercitando un inammissibile sindacato nel merito e cassa senza rinvio la sentenza impugnata.

⁴⁴² Cfr. G. ROEHRSEN, *La risoluzione dei conflitti di attribuzioni e di giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1981, in part. 693 ss.; Id., *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1116-1117. Cfr., ancora, M. MAZZAMUTO, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1693, secondo cui un monismo civilistico si impone così sul sistema pubblicistico, in quanto nulla impedisce che un interesse non trovi protezione nell’ordinamento civilistico e, al contempo, la trovi invece nel sistema pubblicistico, tradizionalmente caratterizzato da una sfera più ampia di interessi tutelati.

⁴⁴³ In dottrina si è sostenuto che la locuzione dell’«assoluto difetto di giurisdizione» non si differenzia in modo significativo da quella dell’«eccesso di potere giurisdizionale». In tema, F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 2009 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 197; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 502 e F. MODUGNO, *Eccesso di potere. Eccesso di potere giurisdizionale*, cit.

⁴⁴⁴ V. G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all’art. 111 Cost.)*, Relazione tenutesi in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia Amministrativa dell’Università di Siena presso il Castello di Modanella-Siena in data 19-20 maggio 2017 e confluita nell’opera “*La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*”, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, 2018, pp. 249-270.

della proponibilità della domanda si assomma l'altrettanta controversa fattispecie, recentemente coniata e ivi ricondotta, del diniego di giustizia.

3.2. *L'inquadramento sistematico del diniego di giurisdizione nei motivi inerenti alla giurisdizione.*

Mentre, secondo la dottrina amministrativistica maggioritaria, gli artt. 103 e 113 Cost. ratificano il dualismo importato dalla Francia a partire dalle riforme crispine⁴⁴⁵, secondo il monismo neoabolizionista, si tratta di un dualismo imperfetto, dacché il Giudice Amministrativo è privo di terzietà e imparzialità rispetto alle parti⁴⁴⁶.

Le soluzioni da ambo le parti proposte non sembrano idonee a risolvere i problemi correlati all'intrinseca evoluzione del ruolo della Giustizia Amministrativa, che imporrebbe di organizzare il dibattito muovendo dalle ragioni della specialità del giudice e dalle sue implicazioni istituzionali, anche in rapporto alle caratteristiche delle posizioni giuridiche soggettive tutelate⁴⁴⁷.

In ossequio all'impostazione costituzionale dualistica e alla specialità *ratione materiae* della giurisdizione amministrativa, all'esito di un'attenta disamina della giurisprudenza cassatoria, si può addivenire alla catalogazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione».

In particolare, secondo la dottrina⁴⁴⁸, sono deducibili in sede cassatoria il difetto assoluto di giurisdizione, per radicale assenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte di qualsiasi giudice; il difetto relativo di giurisdizione, per erronea devoluzione al Giudice Amministrativo di questioni inerenti a diritti soggettivi riservate al giudice ordinario; l'eccesso di potere giurisdizionale in senso stretto, per invasione delle prerogative riservate al legislatore ed alla Pubblica Amministrazione; l'irregolare composizione dell'organo giudicante; l'aprioristico rifiuto di giurisdizione, derivante

⁴⁴⁵ Cfr. A. DE TOQUEVILLE, *L'antico regime e la Rivoluzione*, trad. it. Milano, Rizzoli, 1981, 91 ss. (libro II, capitolo IV).

⁴⁴⁶ V. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 33 ss.; A. PROTO PISANI, *Intervento breve*, 775 ss.; Id. *Appunti sul giudice*, 379 ss. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, ove si afferma la necessità di riservare alle Sezioni Unite il compito di garantire «l'unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina».

⁴⁴⁷ Cfr. G. D. COMPORTI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) (a cura di)*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi* (a cura di) L. FERRARA, D. SORACE, Vol. 7, Firenze University Press, 2016, nel quale si segnala il contributo di F. VOLPE, *I «costi» del mantenimento del sistema dualistico*, 217 ss. Tradizionalmente si propone di introdurre un organismo a composizione mista assimilabile al *Tribunal des conflicts* francese: sul punto cfr. L. MORTARA, *Per la istituzione di un Tribunale Supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei Tribunali*, 1899, 241 ss.; Id., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile. I. Teoria e sistema della giurisdizione civile 2*, Milano, Vallardi, 1923, 573 ss. Soluzione promossa da L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione fra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 705 ss. e R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., 285 ss.

⁴⁴⁸ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.

dall'erronea affermazione della mancanza di rimedi giuridici a tutela delle parti, anche sulla base delle tutele assicurate dal diritto europeo; nonché l'abusivo esercizio di poteri sostitutivi nell'ambito della giurisdizione di ottemperanza.

Quindi, assunto che non possono ritenersi suscettibili di ricorso in Cassazione le sentenze del Consiglio di Stato che si assumono viziate per incompetenza, violazione o falsa applicazione di legge, nullità della sentenza ed errore di fatto, ne consegue che rientra nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa ogni questione nascente dall'interpretazione delle fonti, che conformano l'attività dei poteri pubblici e lo svolgimento del processo.

Rispetto a tali questioni il garante ultimo dei diritti e degli interessi resta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, intesa come organo apicale della giurisdizione amministrativa con specifiche prerogative nomofilattiche.

Parimenti, non è affatto scrutinabile l'ipotesi dello stravolgimento delle norme di rito o di merito applicabili alla singola controversia, trattandosi pur sempre di ipotesi di errori che attengono alla selezione o interpretazione della disciplina di riferimento, come tali sottratte al controllo sulla esistenza della giurisdizione⁴⁴⁹.

Si allude al cosiddetto “diniego di giustizia”, elaborato dalle Sezioni Unite nel dibattuto contesto dei rapporti fra tutela costitutiva e tutela risarcitoria, in tensione con l'autonomia del sindacato del Giudice Amministrativo⁴⁵⁰.

All'esito della rassegna, dunque, spetterebbe alle Sezioni Unite meramente verificare che il sindacato di legittimità condotto dal Consiglio di Stato attraverso norme non scritte sia fondato su «direttive generali coerenti con lo spirito informatore di tutto l'ordinamento», quali parametri di valutazione della giuridicità dell'agire dell'amministrazione⁴⁵¹.

Da siffatta prospettiva, infatti, competerebbe alle Sezioni Unite garantire che l'attività di integrazione svolta dal Consiglio di Stato, nell'ambito del sistema giustiziale, sia compatibile con i valori dell'ordinamento generale.

In questo senso, si può affermare che le Sezioni Unite sono tenute a garantire l'unità del diritto nei termini stabiliti dall'art. 65 del Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12.

“Unità”, scevra da connotazioni assiomatiche ma meramente finalistiche, quale compatibilità dei parametri giuridici dell'azione amministrativa rispetto ai valori che un intero sistema esprime in un dato periodo storico.

Sulla efficacia euristica della tesi dottrinale avanzata si è già replicato nel capitolo precedente, nel quale si sono espresse perplessità e apprezzamenti:

⁴⁴⁹ Oggetto della sentenza Corte Cost., 24 gennaio 2018 n. 6, esaminata nel paragrafo successivo.

⁴⁵⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 maggio 2016, n. 9282. Le Sezioni Unite hanno avallato un'interpretazione estensiva dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241/1990, in contrasto con la tesi di una parte della giurisprudenza amministrativa e costituzionale, che vieta la tecnica dell'integrazione *ex post* della motivazione dell'atto amministrativo.

⁴⁵¹ Cfr. Cort. Cost., 15 maggio 1956, n. 6, relativa ai limiti della potestà legislativa della Provincia autonoma di Bolzano.

indubbiamente se l'oggetto del sindacato cassatorio rimanesse circoscritto nei termini sopra evidenziati, difficilmente si assisterebbe a strumentalizzazioni del difetto assoluto in ipotesi di violazione di legge⁴⁵².

Tuttavia, l'accertamento del vizio in sede cassatoria, nella veste dell'arretramento, è tutt'altro che limitato ad uno scrutinio sulla parametricità, giuridicità, oggettività e compatibilità con i valori dell'ordinamento.

Come si avrà modo di illustrare nel paragrafo successivo, va rimarcato che la Costituzione, nell'ammettere il ricorso in Cassazione per «soli» motivi inerenti alla giurisdizione, introduce un regime derogatorio rispetto al generalizzato ricorso per «violazione di legge».

Ciò impone, dunque, una interpretazione restrittiva della locuzione di cui all'art. 110 c.p.a.

Si ritiene che un criterio selettivo possa essere ancorato alla struttura delle norme che disciplinano l'attività del Giudice Amministrativo, posto che proprio in rapporto alla diversa tipologia delle norme violate va istituita la distinzione sottesa all'art. 111, commi 7 e 8 Cost.

Ai fini che maggiormente interessano in questa sede, è possibile evocare le teorie, che tracciano una distinzione tra le norme di attribuzione del potere dalle norme di esercizio del potere: le prime attinenti all'*an* della giurisdizione, le seconde al *quomodo* della giurisdizione.

Ove si postuli che le prime abbiano ad oggetto la definizione dei presupposti e dei limiti della funzione giurisdizionale, si potrà inferire che coincidano con le sole norme inerenti alla giurisdizione amministrativa, mentre le seconde comprendono ogni regola inerente all'attività del giudice.

Sul piano costituzionale, il comma ottavo dell'art. 111 Cost. alluderebbe alle norme primarie inerenti ai limiti della giurisdizione⁴⁵³, mentre il comma settimo rinvierebbe alle norme secondarie inerenti ai modi di esercizio della giurisdizione, comprese le modalità di erogazione della tutela.

⁴⁵² Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss. Per l'Autore il controllo delle Sezioni Unite si addentra a vagliare il rispetto dei limiti dell'attività integrativa compiuta dal giudice; le Sezioni Unite si limitano a verificare il rispetto della struttura parametrica del sindacato, senza controllare il modo attraverso cui i parametri individuati dal giudice sono stati applicati in concreto; la natura parametrica del sindacato implica il divieto di scienza privata del Giudice Amministrativo, a garanzia della sua stessa terzietà; il sistema processuale non consolida una rigida separazione dei poteri, ma ammette una integrazione fra amministrazione e giurisdizione; infine, si individua un ruolo delle Sezioni Unite rispettoso del dualismo e della autonomia del sistema processuale amministrativo, il cui vertice rimane rappresentato anche a fini nomofilattici dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

⁴⁵³ Si precisa come le norme di attribuzione del potere giurisdizionale ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., possono ravvisarsi negli artt. 2 e 3 della l. n. 2248/1865 all. E, in rapporto all'assetto ribadito dagli artt. 24 e 103 Cost. e 7 c.p.a.; nell'art. 5 della l. n. 2248/1865 all. E, in rapporto all'art. 111, comma 2, 108, comma 2, 113 Cost., nella parte in cui prescrivono la parametricità del sindacato di legittimità.

Così delineata la questione, ne deriva che fra i molteplici critto-tipi solamente il difetto assoluto di giurisdizione e il diniego di giurisdizione sono compatibili con un'interpretazione restrittiva dell'art. 110 c.p.a.

I restanti critto-tipi, invece, sono correlati alla violazione di norme sull'esercizio della giurisdizione, avendo ad oggetto le modalità applicative della disciplina di riferimento: sia nel caso dei vizi inerenti alle modalità di composizione dell'organo giudiziale, sul postulato che preesista tale giurisdizione; sia nel caso delle fattispecie individuate dalle Sezioni Unite nel corso dell'ultimo decennio, che sanzionano il modo attraverso cui il Consiglio di Stato garantisce, in concreto, piena ed effettiva tutela alle posizioni giuridiche soggettive.

3.3. *Il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia nell'interpretazione autentica della Corte Costituzionale.*

Come anticipato all'esordio del presente capitolo, una fattispecie, la cui riconducibilità alla categoria del diniego di giurisdizione, di cui si è offerto un inquadramento preliminare, è particolarmente controversa in dottrina e disinvoltamente affermata in giurisprudenza, è il cosiddetto “diniego di giustizia” o, più propriamente, diniego di forme di tutela, che non è altro che l'ultima metamorfosi evolutiva del cosiddetto «eccesso di potere in concreto» in negativo di matrice calamandreiana.

Il tentativo esperito (e tuttora coltivato) in via interpretativa dalle Sezioni Unite, cui si è accennato nei capitoli precedenti, mira ad intestarsi la disamina di una presunta sottospecie di diniego di giurisdizione.

Non solo l'accertamento della titolarità della potestà giurisdizionale come potere, ma anche la verifica della sua erogazione come servizio in relazione ai principi di effettività e giusto processo.

Orbene, posto che in ipotesi il Giudice Amministrativo abbia giurisdizione e quindi non risulti integrato alcun difetto assoluto di giurisdizione in senso tecnico, se tuttavia egli non ha “erogato” la specifica forma di tutela tipizzata dal diritto nazionale o euro unitario in via normativa o giurisprudenziale, secondo un orientamento delle Sezioni Unite e di una parte della dottrina⁴⁵⁴, incorrerebbe in “diniego di giustizia”.

Sulla questione si è pronunciata autorevolmente la Corte Costituzionale, sollecitata a riguardo dalle Sezioni Unite, con una sentenza di inammissibilità non strettamente vincolante se non per l'intrinseca forza persuasiva delle argomentazioni in essa esplicate⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Nonostante la pronuncia n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale.

⁴⁵⁵ Come anticipato nei capitoli precedenti, la Corte Costituzionale, con sentenza 18 gennaio 2018 n. 6, al fine di chiarire i rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa in materia di pubblico impiego, ha definito il perimetro entro il quale è ammesso il sindacato cassatorio sulle pronunce del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. La questione di legittimità costituzionale, sollevata dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 6891

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'inammissibilità per difetto di legittimazione delle Sezioni Unite a sollevare la questione di legittimità costituzionale su normative esulanti dal sindacato sulla giurisdizione ad esse spettante.

Unitamente alla declaratoria di inammissibilità, la Consulta ha precisato che il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti - previsto dall'art. 111 Cost., comma 8, per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione - non può riguardare anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*, in quanto una siffatta opzione, basata su un'esegesi dinamico-evolutiva del concetto di giurisdizione, si porrebbe in contrasto con la lettera e lo spirito della norma costituzionale.

Sicché l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il Giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

E' stato, altresì, precisato come la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del Giudice Amministrativo, non concreta diniego di giurisdizione, atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione

del 8 aprile 2016, riguardava la compatibilità con il dettato costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restino attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. Il problema si era infatti posto perché, nelle more del giudizio in Cassazione, erano intervenute due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da soggetti in posizione analoga a quella dei ricorrenti, che aveva rilevato come l'interpretazione data dal Consiglio di Stato violasse l'art. 6, comma 1, della Convenzione EDU, ponendo un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato. Nel § 15 della motivazione, la Corte Costituzionale ha concluso nel senso che «l'eccesso di potere giudiziario' [...] va riferito [...] alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, [...] nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione». Secondo la Corte Costituzionale, il «difetto assoluto di giurisdizione» sussiste «quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento); il «difetto relativo di giurisdizione» sussiste, invece, «quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela⁴⁵⁶.

Alla luce del così circoscritto ambito di controllo sui limiti esterni della giurisdizione, sul piano costituzionale non è affatto ammessa la censura di sentenze, con le quali il Giudice amministrativo (o contabile) abbia adottato una interpretazione di una norma, processuale o sostanziale, ostativa alla piena conoscibilità del merito della domanda⁴⁵⁷.

La Corte Costituzionale, nonostante l'orientamento cassatorio tradizionale⁴⁵⁸, ha avvertito la necessità di un'autorevole presa di posizione, seppur temperata dalla declaratoria di inammissibilità della questione⁴⁵⁹.

In dettaglio, sulla base del criterio di interpretazione letterale, la Corte, istituendo un raffronto comparativo tra il comma settimo e il comma ottavo dell'art. 111 Cost., ne inferisce la diversità ontologica⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Conclusioni recepite nella giurisprudenza cassatoria successiva, come, *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 10 febbraio 2023, n. 4284; Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2022, n. 22074; Cass. civ., Sez. Un., 20 ottobre 2022, n. 30965.

⁴⁵⁷ Conclusioni recepite nella giurisprudenza cassatoria successiva, come, *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 4 ottobre 2022, n. 28803; Cass. civ., Sez. Un., 26 settembre 2022, n. 28021; Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2022, n. 27746. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 settembre 2022, n. 27174; Cass. civ., Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25499; Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2022, n. 11528.

⁴⁵⁸ Così, Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23395, in *Diritto e Giustizia*, 2016, 18 novembre; Cass. civ., Sez. Un., 9 maggio 2016, n. 9282, in *Guida al diritto*, 2016, 41, 55.

⁴⁵⁹ In particolare, con la sentenza Corte Cost. 18 gennaio 2018, n. 6, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 65 del 2001, sollevata dalle Sezioni Unite, per difetto di rilevanza, in mancanza della legittimazione del giudice a quo, in quanto non costituisce motivo inerente alla giurisdizione la censura relativa all'opzione interpretativa dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001 accolta dal Consiglio di Stato. Cfr., anche a fini bibliografici, la nota predisposta dall'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, v. P. TOMAIUOLI, L'«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018), in *Consultaonline*, Studi 2018/I, 24 gennaio 2018, Id., *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 2020, 35; Id., *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, III ed., 11 dicembre 2020; nonché G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Rivista Giurisprudenza Costituzionale* n. 1/2018, 125 ss. Cfr. altresì A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.; A. POLICE, F. CHIRICO, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

⁴⁶⁰ L'art. 111 della Costituzione, al comma settimo, dispone che: «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra» e, al comma ottavo, prescrive che: «Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Sul punto, v. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, cit. 705 ss., secondo cui «quanto all'articolo 135 Cost., sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato sono 'giurisdizioni superiori', nel senso che vanno considerati come organi istituzionali equivalenti, di vertice delle due giurisdizioni. Anche l'art. 135 corrobora il principio

Mentre il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze dei giudici ordinari o speciali è ammesso in via generale, il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è ammesso in via derogatoria ovvero limitatamente ai «soli» motivi inerenti alla giurisdizione.

Dunque, come già affermato in arresti precedenti⁴⁶¹, alla luce della lettera e dello spirito della norma costituzionale, è incompatibile un'estensione del sindacato sulla giurisdizione, che esorbiti dalla giurisdizione intesa in senso tecnico⁴⁶².

Sulla base del criterio di interpretazione storica, dai lavori dell'Assemblea Costituente emerge nettamente l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di Cassazione» e la sua limitazione «al solo eccesso di potere giudiziario, coerentemente alla unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»⁴⁶³.

Già una volta la Corte ha avuto occasione di precisare che la Cassazione, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., «può solo vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione»⁴⁶⁴.

Ciascuna giurisdizione si esercita con l'attribuzione, all'organo apicale interno al plesso giurisdizionale, del controllo e della statuizione finale sulla

— ribadito dalla Corte Costituzionale — per cui la Corte di Cassazione non può sindacare le modalità con cui il Consiglio di Stato eserciti la giurisdizione attribuitagli dalla legge». V. G. L. CONTI, *sub art. 135*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2621 ss. Ai fini del rispetto dei due commi dell'art. 111 si può sollevare un conflitto di attribuzione da parte del Giudice Amministrativo, v. M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 2022, 1-8; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 704 ss.; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro Amm. Tar*, 2008, 305 ss.

⁴⁶¹ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204 e Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77.

⁴⁶² V. E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione* (1915), in *Scritti e discorsi di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 227 ss. Secondo la concezione classica, la giurisdizione rappresenta una delle tre funzioni sovrane dello Stato, unitamente alla legislativa e alla amministrativa. Tale concezione si ancorava, da un lato, al principio della statualità della procedura e, dall'altro, alla configurazione del giudice quale funzionario dello Stato. Se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, la disciplina del processo va ricondotta nell'ambito del diritto pubblico e lo Stato può investirne solo un suo funzionario. La nascita dello Stato moderno ha condotto, sul continente europeo, fra il sec. XVII ed il sec. XVIII, alla nuova nozione di giurisdizione, quale potestà di imperio attribuita ad un giudice-funzionario. Oggi il primato del concetto è messo in discussione. Mentre il monopolio statale della giurisdizione va edulcorando, si afferma la «extrastatualità» della giurisdizione, intesa non più come «potere» sovrano, ma come «servizio». In altri termini, l'interprete può assumere ad oggetto del sindacato cassatorio anche la «qualità» del «servizio» giurisdizionale, da valutare in conformità con i principi del giusto processo.

⁴⁶³ Così l'On. Mortati nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947.

⁴⁶⁴ Cfr. Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77.

correttezza *in iure* e *in facto* di tutte le valutazioni prodromiche a decidere la controversia.

Dunque, non sono qualificabili come questioni di giurisdizione in senso tecnico le questioni attinenti al rispetto del principio di primazia del diritto europeo, al rispetto del principio di effettività della tutela⁴⁶⁵, al rispetto del principio di giusto processo e al rispetto del principio di unità funzionale della giurisdizione.

In particolare, la violazione delle norme dell'Unione europea o della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può considerarsi motivo inerente alla giurisdizione; i principi di effettività della tutela e del giusto processo debbono essere garantiti a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione; infine, è infondato il richiamo al principio di unità della giurisdizione, stante la non coincidenza fra unità funzionale e unità organica.

L'«eccesso di potere giudiziario», dunque, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione.

Il difetto di giurisdizione o, in negativo, il diniego di giurisdizione si riconduce alla violazione delle norme attributive del potere giurisdizionale e non alla violazione delle norme inerenti alle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, che integra piuttosto un «eccesso di potere giurisdizionale», come nel caso del «diniego di giustizia»⁴⁶⁶.

Ne consegue che il concetto di controllo sulla giurisdizione in senso stretto non può essere esteso con riferimento a sentenze cosiddette abnormi o anomale ovvero in casi in cui si sia in presenza di uno stravolgimento, a volte definito radicale, delle norme di riferimento, poiché attribuire rilevanza alla gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Sin dalla sentenza Corte di Giustizia UE, 15 maggio 1986, C-222/84 Johnston, è giurisprudenza costante che il principio di tutela giurisdizionale effettiva integra un principio generale di diritto comunitario, che «deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri».

⁴⁶⁶ Infatti, nei casi del cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale il potere di cassare con rinvio è ormai acquisito dalla Suprema Corte. In senso critico, M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. It.*, 2012, 6 e seg.

⁴⁶⁷ Così, A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit., 1131, il quale osserva che «[I] problema di fondo [...] non è più solo quello dell'applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost., ma è quello più generale del valore della legge rispetto alla giurisdizione [...]». Secondo l'Autore «[R]ivendicare il valore della legge (a maggior ragione, della legge costituzionale) rispetto alla funzione giurisdizionale non è espressione di una 'lettura' sorpassata, né tanto meno è frutto di una concezione culturalmente limitata del diritto, che tradurrebbe la funzione dei giudici a un mero 'meccanicismo' e così separerebbe artificiosamente il diritto dalla società e dalle sue naturali tendenze evolutive» (1131-1132). Lo Studioso ervidenzia che «l'esigenza di un nuovo diritto non rappresenta una ragione per giustificare un'interpretazione irrispettosa del diritto vigente, tanto meno se si tratta del testo costituzionale. Si perderebbero, altrimenti, a tacer d'altro, le ragioni di

Infine, la Corte, disconoscendo nelle premesse i presupposti e le finalità dell'interventismo della Suprema Corte, conclude rivolgendo un monito al legislatore, ovvero tipizzare un nuovo caso di revocazione *ad hoc* nell'art. 395 c.p.c., a sua volta richiamato nel codice del processo amministrativo e nel codice del processo contabile, per le sopravvenienze euro-unitarie o convenzionali da eccipire avanti agli organi di vertice dei rispettivi plessi giurisdizionali.

Limitatamente alla questione della configurazione nell'ordinamento giuridico nazionale del vizio del difetto assoluto di giurisdizione o del diniego di giurisdizione così come conformato dalla Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia, adita successivamente dalle Sezioni Unite⁴⁶⁸, non è intervenuta nel

una cultura giuridica che ha permeato in profondità quel modello di garanzie che rimane una componente importante del nostro Paese. E cercare un rimedio sacrificando l'interpretazione della legge non rende assolutamente un buon servizio neppure all'esigenza di ragionare con franchezza su nuovi modelli che superino il sistema attuale» (1132).

⁴⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598. Tra i commenti all'ordinanza in oggetto, cfr. R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Rivista.eurojus.it*, 2021, 167 ss.; M. CHITI, *La Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 1 ss.; M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 2, 172 ss.; C.C. GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Federalismi.it*, 2021, 12 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la Cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2021, 79 ss.; A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni unite della cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 31 ss.; A. TRAVI, *I motivi di giurisdizione nell'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020, fra ruolo della Cassazione ed esigenze di riforma costituzionale dell'assetto delle giurisdizioni*, in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 165 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020. Rileva che «[I]n tal modo [...] è inutile nascondere, si tenta di assoggettare il custode dei controllimiti alle eventuali conclusioni della Corte di giustizia, subordinando quindi il primo alla seconda»; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit. V. R. VILLATA, *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1124. In particolare, la Cassazione, nel primo quesito pregiudiziale, chiede «se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere

merito, in ossequio al principio dell'autonomia processuale degli Stati Membri dell'Unione Europea⁴⁶⁹.

In conclusione, la Consulta “ha espunto”, seppur con una declaratoria di inammissibilità, il cosiddetto “diniego di giustizia”, quale presunta sottospecie del diniego di giurisdizione, ravvisandovi i profili di un sindacato sugli *errores in procedendo* o *in iudicando* quali violazioni di legge e, dunque, non un limite esterno bensì un limite interno⁴⁷⁰.

3.4. *Il discrimine tra diniego di giurisdizione e errores in procedendo e iudicando.*

corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali».

⁴⁶⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia SpA, cui è seguita, a chiusura della vicenda processuale, Cass. civ., Sez. Un., 30 agosto 2022, n. 25503.

⁴⁷⁰ V. CAIANIELLO, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit., 653, ove l'Autore precisa che i limiti esterni sono individuabili nei limiti internazionali o costituzionali della giurisdizione, oltre i quali non può sconfinare nessun giudice; diversamente i limiti interni sono riconducibili alle ipotesi in cui «senza uscire dall'ordinamento giurisdizionale si cerca quali siano i limiti della giurisdizione affidata a ciascun tipo di organi giurisdizioni, o anche a ciascun organo appartenente ad un determinato tipo». L'Autore evoca P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, XXI, 53 ss., nonché R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974, vol. I, 235 ss. e E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, vol. I, 131 ss. al fine di affermare che un limite esterno si concretizza nell'esistenza di un ambito di poteri assolutamente discrezionali «sottratti del tutto al sindacato giurisdizionale, mentre l'esigenza di un limite interno è cagionato dall'esistenza di una pluralità di ordini giurisdizionali con la conseguenza di rendere necessario un criterio di distribuzione delle controversie fra essi». Sul tema, cfr. R. VILLATA, *Sui “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 3, 632 ss.; Id., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, ivi, 2014, 2, 285 ss.; Id., *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l'art. 103 della costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.; C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 553 ss.; A. CALDARERA, *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 873 ss. V. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 153 ss., ove l'Autrice annovera quali limiti interni il modo di esercizio della funzione giurisdizionale o la correttezza del modo di esercizio del potere giurisdizionale; le violazioni di norme di diritto o di norme che regolano il processo davanti al giudice amministrativo o ne disciplinano i poteri; l'erronea interpretazione di una norma di diritto o l'attribuzione da parte del Giudice Amministrativo di una portata precettiva ad una norma di legge; gli *errores in iudicando* e *in procedendo*; i presupposti processuali; astensione e ricasazione del giudice; osservanza dei termini per ricorrere e di tutti i termini processuali; requisiti essenziali dell'atto processuale, ovvero ammissibilità, proponibilità, ricevibilità, procedibilità, sia del ricorso che di tutti gli atti delle varie parti, motivazione della sentenza amministrativa, anche quando fosse carente, incompleta, illogica, arbitraria; errori quali l'inammissibilità della revocazione, tranne l'ipotesi concernente una questione di giurisdizione, dell'opposizione di terzo, dello stesso appello; le condizioni dell'azione: interesse legittimo, interesse a ricorrere; la sufficienza e la logicità della motivazione della decisione; la valutazione delle situazioni di illegittimità denunciate; l'interpretazione di atti amministrativi; la violazione del giudicato; le questioni relative alla ripartizione tra Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi regionali; la questione che attiene alla efficacia della legge nel tempo.

La disciplina degli *errores in procedendo* intesi in senso tecnico, ovvero quale violazioni della legge processuale, osserva quella propria degli *errores in iudicando*, che, invece, si esauriscono in violazioni della legge sostanziale: entrambe le violazioni si annoverano nei limiti interni della giurisdizione⁴⁷¹.

Talvolta, a differenza degli *errores in iudicando*⁴⁷², sono stati ritenuti censurabili in sede cassatoria gli *errores in procedendo*, in cui incautamente sia incorso il Consiglio di Stato, anche se, da una attenta analisi della giurisprudenza, si evince che l'*error in procedendo*, denunciabile come motivo di giurisdizione, di fatto è ricondotto alla stessa attività del Giudice Amministrativo, che abbia sconfinato nelle prerogative spettanti ad altri poteri⁴⁷³.

⁴⁷¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 2023, n. 2405; Cass. civ., Sez. Un., 13 gennaio 2023, n. 974; Cass. civ., Sez. Un., 28 ottobre 2022, n. 32002; Cass. civ., Sez. Un., 6 settembre 2022, n. 26164; Cass. civ., Sez. Un., 20 luglio 2022, n. 22684; Cass. civ., Sez. Un., 23 giugno 2022, n. 20279; Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2022, n. 17618; Cass. civ., Sez. Un., 27 maggio 2022, n. 17338; Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2022, n. 14301; Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2022, n. 12444. Con riguardo all'*error in iudicando*, cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, VIII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, 147 ss., secondo cui «[...] tra i motivi di nullità che si riferiscono all'ordo del processo od alla solemnitas della sentenza e quelli che riguardano invece la substantia del giudicato, passa una diversità profonda, poiché i primi consistono in un difetto di estrinseche formalità, ossia in vizi di attività, mentre i secondi consistono in un vizio di quell'intimo lavoro mentale del giudice che deve originare la decisione, cioè in vizi di giudizio [...]» (155). Sulla dicotomia tra vizi di giudizio e vizi di attività, l'Autore evoca G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 893 ss. e 1023 ss. In tema, cfr. ancora P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, cit., 285 ss.; Id., *La Cassazione civile (Parte seconda)*, in *Opere giuridiche*, VII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, 235 ss. e 265 ss.

⁴⁷² Cfr., Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 1963, n. 328, in *Foro it.*, 1963, I, 497 ss. e Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 1959, n. 2592, in *Foro it.*, Rep. 1959, voce Competenza civ., n. 406.

⁴⁷³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 settembre 2012, n. 15428. Le Sezioni Unite, in caso di sentenza in forma semplificata emessa all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare in violazione del termine a difesa di venti giorni tra il deposito del ricorso e l'udienza camerale, hanno ammesso il ricorso, dacché «con riferimento alle regole del processo amministrativo l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia (essendo peraltro il diritto ad un ricorso 'effettivo' sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)». Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847 in ordine alla violazione del principio di terzietà del giudice, secondo cui «ove il giudice speciale [...] abbia del tutto omissso di applicare le regole processuali sulla ricusazione ovvero ne abbia fatto un'applicazione solo apparente o abnorme, ci sarebbe un radicale vizio di giudice-terzo che può ridondare in vizio afferente alla giurisdizione». Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23306, commentata da R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*, 12. Secondo la sentenza, è ricorribile la decisione del Consiglio di Stato che abbia dichiarato il difetto di giurisdizione in assenza di apposita impugnativa e in quanto la violazione del giudicato interno o implicito sulla giurisdizione comporta la violazione di un limite esterno alla *potestas iudicandi*. Parimenti, Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 2015, n. 4682. È stata considerata sindacabile dalle Sezioni Unite la sentenza del Consiglio di Stato che, in violazione del giudicato implicito sulla giurisdizione, abbia nuovamente deciso su tale questione, in quanto «alla questione della giurisdizione attiene anche il sistema delle disposizioni che disciplinano il rilievo della medesima questione e l'irreversibilità della relativa decisione».

Perfino, gli *errores in iudicando* sono stati attratti nel sindacato delle Sezioni Unite sul rispetto delle norme sulla giurisdizione sotto il profilo delle violazioni del diritto euro-unitario⁴⁷⁴.

Norme sulla giurisdizione da intendersi in un'accezione talmente ampia da ricomprendersi i principi regolatori del processo amministrativo quali il principio del giusto processo ex art. 6 CEDU e, più in generale, il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, nonché il principio generale del primato del diritto dell'Unione europea e dell'unità funzionale della giurisdizione.

Il nucleo della questione si impernia sul discrimine tra l'*error in iudicando*, che consiste in una mera violazione di legge integrata da un errore interpretativo o applicativo - quali le violazioni dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche, da vizio del processo logico della decisione, da una omessa valutazione delle prove e dall'inosservanza delle norme disciplinanti lo

⁴⁷⁴ Non una mera violazione del diritto unionale, ma una violazione suscettibile di determinare denegata giustizia. Cfr., Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2017 n. 953, secondo cui «[È] opportuno precisare che l'ipotesi per cui è causa non rientra nei «casi estremi», menzionati da alcune sentenze delle sezioni della Cassazione [...], in cui un *error in iudicando* del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare «un radicale stravolgimento delle norme Europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» [...], si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali «casi», infatti, vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato «indebito rifiuto di erogare» tale tutela «a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale» [...], con un «aprioristico diniego di giurisdizione» [...]. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017 n. 31226, secondo cui: «[A]i limiti interni della giurisdizione attengono in genere gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio attinente alla giurisdizione [...], ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost. [...]. Ciò vale anche [...] per le norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione, per giurisprudenza parimenti consolidata, non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione [...], neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. [...] In epoca più recente, peraltro, alla tradizionale interpretazione “statica” - propria delle disposizioni codicistiche - del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si è andata affiancando una ulteriore interpretazione, “dinamica” o “funzionale”, sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e al primo comma dello stesso art. 111, come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. [...] L'apertura alla nuova concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive ha successivamente trovato ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui, alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia [...].»

svolgimento del processo⁴⁷⁵ - e quello che trasmodi in diniego di giurisdizione⁴⁷⁶, legittimando così il controllo della Corte regolatrice della giurisdizione⁴⁷⁷.

Il tema attiene al rapporto tra l'errata interpretazione delle norme di riferimento, che si sostanzia (pur sempre) in una violazione di legge, e il diniego di giurisdizione⁴⁷⁸.

Impropria è risultata la relazione di identità tra difetto di giurisdizione, *error in procedendo* e sconfinamento predicata da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo la quale il difetto di giurisdizione altro non sarebbe che

⁴⁷⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 luglio 1967, n. 1673, in *Foro it.*, 1967, I, 2565 ss. Cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 1966, n. 2889, in *Foro it.*, Rep. 1966, v. *Giustizia amministrativa*, n. 688; Cass. civ., Sez. Un., 30 gennaio 1967, n. 253, in *Foro it.*, 1967, I, 500 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 7 febbraio 1970, n. 285, in *Foro it.*, Mass. 1970.

⁴⁷⁶ V. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 42-43, che concorda con Raggi, secondo cui «[...] non qualunque cattivo uso del potere potrebbe essere considerato come eccesso, perché se no sparirebbe la differenza tra l'eccesso e la violazione di legge». Muovendo dalle ricostruzioni di Chiovenda e di Calamandrei, Carnelutti evidenzia che: «[...] quando la violazione di legge si qualifica come *error in procedendo*, torna ad essere quasi banale la osservazione che si risolve anche in un eccesso di potere: se la legge segna la strada al giudice, ne limita il potere; eccesso di potere e violazione di legge sono dunque due espressioni diverse di un medesimo fenomeno. Per l'*error in iudicando* può apparire invece meno comune e meno agevole l'affermazione che logicamente possa configurarsi quale un eccesso di potere, ma è pur giusta. Questa affermazione si dimostra considerando che un obbligo del giudice di decidere le liti *secundum ius* è compreso nell'ordine giuridico vigente» (35-36).

⁴⁷⁷ Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 60, che sottolinea come «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”». Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18240, secondo cui «la interpretazione - o qualificazione dell'esatto contenuto e degli effetti - degli atti amministrativi impugnati, così come l'interpretazione della legge da applicare, costituiscono - tanto più quando, come nella specie, l'atto amministrativo impugnato ha ad oggetto la previsione dei criteri generali cui la pubblica amministrazione si atterrà nelle valutazioni concrete - il *proprium* della funzione giurisdizionale, non certo una attività riservata alla autorità amministrativa. E poichè come visto il nucleo fondante della decisione in esame pertiene per l'appunto a tali attività di interpretazione e qualificazione onde verificare la sussistenza o non della violazione di legge (al di là di alcune considerazioni di natura esplicativa), ne deriva di necessità la conclusione che nella specie il giudice amministrativo non ha violato i limiti eterni della sua giurisdizione, indipendentemente dal modo in cui questa è stata nella specie esercitata, che come ricordato si colloca nel distinto ambito dei limiti interni della giurisdizione, non essendo peraltro neppure evocata la ricorrenza di un caso di interpretazione abnorme o di radicale stravolgimento di norme».

⁴⁷⁸ V. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1698-1699, che, dopo aver tratteggiato «una situazione di interferenza “strutturale” tra le due giurisdizioni», osserva che «[I]n potenza, se non già in atto, la situazione odierna appare di estrema gravità ed esige dunque uno sforzo importante di ricomposizione [...]». Cfr. altresì A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1260 ss., il quale non condivide «l'enfatizzazione della ‘violazione delle norme europee’, assunta a vizio idoneo ad identificare un difetto di giurisdizione o addirittura, come ormai si riscontra nel comune linguaggio giurisprudenziale, considerata un'espressione di un rifiuto di giurisdizione», al riguardo osservando che «[L]e norme sulla giurisdizione, per quanto discutibili esse siano, hanno un rilievo istituzionale, che è testimoniato anche dalla decisione (per quanto anch'essa criticabile) di una ricezione nell'art. 103 Cost. delle regole sul riparto; modificare la loro portata non inerisce alla disponibilità di un giudice, ancorché collocato al vertice del sistema giudiziario [...]» (1271). Cfr., per una visione critica, R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 106 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 75 ss., 75.*

uno sconfinamento⁴⁷⁹, così come il diniego di giurisdizione altro non sarebbe che un diniego di giustizia⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 1987, n. 302, ove si afferma che il «difetto di giurisdizione» consiste in una forma di *error in procedendo*, che ricorre quando con la sentenza contestata si sia sconfinato nella sfera di attribuzione di altri poteri dello Stato o si sia sconfinato nella sfera di attribuzione dell'ordine giudiziario ordinario o speciale; o si sia sconfinato nella sfera della giurisdizione di merito quando il Consiglio di Stato ha giurisdizione di legittimità; o vi sia stato un diniego di pronuncia; o la sentenza sia stata emanata da un organo irregolarmente costituito. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 1963, n. 948, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 268, secondo cui è sindacabile l'errore in procedendo, che abbia indotto il Consiglio di Stato a sconfinare nell'ambito dei poteri spettanti ad altri organi di giurisdizione ovvero ad altri organi di natura diversa. Nella stessa pronuncia, che aveva qualificato il «difetto di giurisdizione» come «una forma di *error in procedendo*», si afferma che «è inammissibile l'impugnazione che denunci un *error in procedendo* del Consiglio di Stato, non attenendo tale censura ai limiti della potestà giurisdizionale dell'organo adito [...]», in conclusione la Corte rinvenendo nella fattispecie concreta la denuncia di un vizio di ultrapetizione che si risolve (proprio) in un «vizio in procedendo sottratto al sindacato delle Sezioni unite [...]».

⁴⁸⁰ Così, Cass. civ., Sez. Un., 14 settembre 2012, n. 15428. In dottrina, cfr. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, 325 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 121 ss., che qualifica il «radicale stravolgimento delle norme di riferimento» «locuzione tanto vaga quanto utilizzabile con grande elasticità, ed infatti utilizzata dalla pronuncia, sempre delle Sezioni Unite, 29 dicembre 2017 n. 31226, per un ulteriore anomalo annullamento con rinvio ad altra Sezione del Consiglio di Stato» (124); cfr. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1083 ss., che afferma: «[N]ella sentenza del 2017 [Cass. n. 31226/2017, cit., ndr] [...] il richiamo al vizio di giurisdizione è addirittura inconferente giacché non c'è realmente un esame incrociato di censure [...]. Invero, non aiuta a dare un saldo riferimento alle ragioni del diniego di giurisdizione neanche il richiamo alla violazione del diritto europeo. Manca infatti un confine definibile circa la «gravità» della violazione. Anche in questo caso si tratta di un artificio per mascherare l'intendimento di disattendere il principio nel caso concreto [...]. Peraltro, la questione va oggi aggiornata alla luce delle condivisibili rigorose posizioni assunte da C. cost., 18 gennaio 2018, n. 6 e Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11; 5 settembre 2018, n. 14 e 28 settembre 2018, n. 15 sul tema [...]: le interpretazioni della Cassazione, anche nel caso del ricorso incidentale escludente, sono viziata da un'inaccettabile dilatazione del concetto di giurisdizione» (1101-1102). In senso critico, F. CHIRICO - A. POLICE, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 138-139, secondo cui «[...] la riserva al giudice della giurisdizione del potere di sanzionare il «diniego di giustizia» andrebbe intesa in via strumentale alla garanzia del diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale, come definito dal diritto dell'Unione Europea. Trattasi di esigenza che, sul piano sostanziale, non può che ritenersi condivisibile, alla stregua dei principi fondamentali del diritto interno prima ancora che del diritto sovranazionale. Tuttavia, sotto il profilo strettamente processuale, non appare in linea con l'assetto duale della tutela giurisdizionale voluto dalla Costituzione la tesi per cui una simile esigenza sostanziale giustificerebbe ed anzi «imporrebbe», nella prospettiva della Corte di Cassazione, l'allargamento dell'oggetto del sindacato sulla giurisdizione alla garanzia di diritti che, per quanto fondamentali, restano attratti nella sfera di potere di cui è titolare ciascun ordine giurisdizionale, a cui spetta per mandato costituzionale garantirli. Il problema diviene, allora, stabilire se ed in quali termini l'ordinamento dell'Unione Europea imponga l'introduzione di specifici rimedi che prevenano la formazione di un giudicato incompatibile con le pertinenti fonti sovranazionali (ovvero di rimedi che ne comportino la caducazione successiva), problema che peraltro si pone in concreto per la generalità delle norme del diritto dell'Unione e in relazione all'attività di ciascun ordine giudiziario, ordinario o speciale, di volta in volta chiamato a farne applicazione». Sul tema dei rapporti tra sentenze nazionali e sentenze sovranazionali, cfr. A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4, 1169 ss. In generale, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., spec. 1694 ss.; R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica*, cit.; Id., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione»*

Secondo la tesi prospettata, la ricorribilità di una decisione del Consiglio di Stato, limitatamente alla giurisdizione, ben può essere conseguenza anche di un *error in procedendo*, sia nella interpretazione della norma processuale sia nella determinazione della esistenza o meno di una condizione del processo, della quale un *error in iudicando* costituisca inscindibile presupposto o formi parte integrante⁴⁸¹.

A conclusioni oltremodo radicali approda chi legittima un sindacato delle Sezioni Unite addirittura nel merito, seppur formalmente strumentale all'accertamento del difetto o del diniego di giurisdizione: una tesi per nulla condivisibile, in ragione della portata eversiva rispetto al dualismo giurisdizionale e all'espresso dettato costituzionale⁴⁸².

3.5. *Ipotesi di confine tra la violazione dei limiti esterni e la violazione dei limiti interni della giurisdizione: il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia. Il diniego delle forme di tutela e il diniego di giustizia: l'azione risarcitoria autonoma, il ricorso principale e il ricorso incidentale incrociati, il radicale stravolgimento delle norme processuali (e sostanziali) quale diniego di giustizia sindacabile in Cassazione, il caso CEDU Staibano e Mottola; dal sindacato sul grave, radicale e manifesto stravolgimento delle norme di rito al sindacato per mera "violazione di norma convenzionale o europea".*

Alla luce dell'inquadramento sistematico del diniego di giurisdizione, sul piano epistemologico, si prosegue l'indagine in ossequio al metodo scientifico falsificazionista di matrice popperiana o, altrimenti detto, metodo ipotetico-deduttivo o, come lo definisce Popper, «metodo deduttivo dei controlli»⁴⁸³.

nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, cit., 151 ss.; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 161 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 643-644.

⁴⁸¹ In dottrina, v. C. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 318. Sulla distinzione tra *errores in iudicando* e *in procedendo*, v. P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo"*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 213 ss.; A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, in part. 359 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Torino, 2007, in part. 278 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013, in part. 95 ss. In generale, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1956, vol. II, 175 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 491 ss.; S. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 188; A.L. PESERICO, *Errores in procedendo e giudizio di fatto in Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 638 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, 851; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. II, in part. 324 ss.; F. MAZZARELLA, *voce Cassazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 1 ss.

⁴⁸² V. C. CERETI, *op. cit.*, 324, secondo cui la Corte di Cassazione ha «potestà di scendere anche all'esame del merito sia per decidere sulla sussistenza o meno dell'interesse legittimo che il ricorrente abbia sostenuto essere stato leso, sia per accertare l'effettività delle posizioni soggettive che si siano volute tutelare con il ricorso».

⁴⁸³ K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, in M. TRINCHERO (a cura di), Torino, 2010.

In particolare, si intende sottoporre l'ipotesi della alterità del diniego di giustizia rispetto diniego di giurisdizione, quale fattispecie speculare dell'assoluto difetto di giurisdizione, a severi tentativi di falsificazione ovvero a dettagliati e severi controlli ad alto tasso di falsificabilità e, quindi, ad alto tasso di corroborazione.

Sia lo sconfinamento nella sfera amministrativa in senso ampio, come illustrato nel capitolo secondo, sia il diniego di giurisdizione evolutivamente reinterpretato da una parte della dottrina amministrativistica⁴⁸⁴, oggetto del capitolo presente, nonché qualunque altra fattispecie che ne condivide i tratti caratterizzanti individuati all'esito della indagine, ineriscono alla violazione di limiti interni e, dunque, non integrano il diniego di giurisdizione, quale fattispecie speculare dell'assoluto difetto di giurisdizione, e meritano di essere estromessi in sede cassatoria.

Dalla disamina critica delle declaratorie cassatorie più significative assunte a falsificatori potenziali in grado di corroborare un'ipotesi falsificante alternativa si intende concludere nei termini dell'accettabilità scientifica provvisoria della ipotesi ivi prospettata.

Orbene, la data di avviamento dei "sussulti interventistici" delle Sezioni Unite è pressoché emblematica, dacché immediatamente successiva alle sentenze della Corte Costituzionale in ordine alla dilatazione delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo⁴⁸⁵.

In questa sede non giova ripercorrere lo sviluppo della vicenda della cosiddetta pregiudizialità amministrativa diramatasi dagli anni 2006 - 2008 sino all'anno 2010, allorquando è intervenuto il legislatore codicistico.

Tuttavia, una compiuta indagine critica sul diniego di giustizia, quale controversa sottospecie del diniego di giurisdizione, non può prescindere dalle matrici giurisprudenziali, che hanno delineato i contorni della fattispecie, senza addentrarsi *funditus* nelle singole problematiche giusprocessualistiche per ragioni di economia dell'opera.

In particolare, si allude al rapporto tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria, al rapporto tra il ricorso principale e quello incidentale in materia di appalti, nonché al rapporto tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale.

⁴⁸⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziansime.it*, 2020.

⁴⁸⁵ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140. Secondo la Cassazione, la dilatazione delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ha alterato il criterio di riparto della giurisdizione a danno del giudice ordinario. In modo particolare, l'attribuzione al Giudice Amministrativo del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, qualificata come rimedio e non come materia, e il ruolo marginale residuo al giudice ordinario nelle controversie con la Pubblica Amministrazione.

La prima fattispecie a venire in rilievo, di cui occorre dare conto in un'ottica ricostruttiva delle ipotesi di confine tra limiti esterni e limiti interni e in un'ottica falsificazionista rispetto alla ipotesi avversa ivi sostenuta della alterità, risale alle ordinanze gemelle del 2006 sull'autonomia dell'azione risarcitoria.

Asseritamente ricondotta dalle Sezioni Unite ad un'ipotesi di diniego di giurisdizione, in realtà trattasi del primo diniego di forma di tutela, censurato dacché in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁴⁸⁶.

In particolare, trattasi di diniego di tutela risarcitoria, la cui azione non è stata preceduta dall'esperimento dell'azione caducatoria, e, quindi, trattasi di una declaratoria di improcedibilità.

Nel caso di specie, la spettanza della tutela dell'interesse legittimo sotto il profilo della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione connessa all'attività provvedimentale compete al Giudice Amministrativo e la giurisdizione amministrativa è incontrovertita: dunque, non risulta alcun diniego di giurisdizione in senso tecnico.

Nonostante ciò, le Sezioni Unite, in sede di regolamento di giurisdizione, hanno legittimato sé stesse ad accertare se nel caso concreto il Giudice Amministrativo, in conformità al principio di effettività, ha erogato la forma di tutela richiesta.

Alla luce di un attento *excursus* del quadro normativo di riferimento, nelle ordinanze del 2006⁴⁸⁷ le Sezioni Unite hanno affermato che «il giudice amministrativo non possa, allo stato della legislazione, se non esercitare la

⁴⁸⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, 1007 e n. 13660, in *Giust. civ.*, 2006, 10, I, 2000. Le Sezioni Unite attenzionano che «è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione. Tuttavia, una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione». L'esame della domanda risarcitoria autonoma non può «risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento, né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità. Dunque, il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene». Possono essere così enunciati i seguenti principi di diritto: «1) la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano; 2) spetta al giudice amministrativo disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere, e tra queste forme di tutela rientra il risarcimento del danno; 3) il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti».

⁴⁸⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660.

giurisdizione che le norme gli attribuiscono quanto alla tutela risarcitoria autonoma, prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento» e hanno espressamente aggiunto che «il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene»⁴⁸⁸.

La Cassazione ha ritenuto che il Giudice Amministrativo, rilevando la violazione della pregiudizialità amministrativa quale causa ostativa alla pronuncia nel merito della domanda risarcitoria, non abbia esercitato la propria giurisdizione.

Al contrario, a sommosso parere di chi scrive, sembra che nella affermazione della necessità della domanda di annullamento e del suo favorevole scrutinio in funzione della somministrazione della tutela risarcitoria si radichi il fatto che il Giudice Amministrativo abbia esercitato la propria giurisdizione.

Infatti, così disponendo, il Giudice Amministrativo non ha negato, ma ha disimpegnato la propria giurisdizione, come se fosse in presenza di una preclusione o una decadenza⁴⁸⁹.

Nell'anno 2008 la Cassazione ha enunciato nettamente la tesi della ermeneutica evolutiva della nozione di giurisdizione e ha elaborato una nuova "lettura" dei motivi inerenti alla giurisdizione: tali sono non solo quelli che attengono a ripartire «tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia», ma anche quelli che riguardano, «da un lato le forme di tutela che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio»⁴⁹⁰.

In un primo tempo, le Sezioni Unite hanno rammentato che «le norme sulla giurisdizione hanno subito una profonda evoluzione, passando da limite ai

⁴⁸⁸ Con ciò espungendo la c.d. "pregiudiziale amministrativa", in quanto trattasi di «una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo» rendendo detto «termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione».

⁴⁸⁹ Nelle ordinanze del 2006 si evidenziava che la previsione della tutela risarcitoria degli interessi legittimi introdotta per gli appalti di lavori pubblici dall'art. 13 della legge comunitaria 19 febbraio 1992 n. 142, espressamente abrogata dal decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, che, all'art. 35, generalizzava la tutela risarcitoria degli interessi legittimi devolvendola alla giurisdizione esclusiva, «ha contribuito a smantellare il precedente sistema orientato ad evitare il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo; e per altro verso che per il suo mezzo sono state poste le premesse perché la Corte costituzionale fosse indotta a riconoscere nella concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso giudice una piena attuazione dell' art. 24 della Costituzione».

⁴⁹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

poteri del giudice nei confronti dell'Amministrazione o di altri giudici a strumento per una più appropriata tutela delle parti»⁴⁹¹.

Ne consegue che «se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio»⁴⁹².

In seguito, le Sezioni Unite hanno puntualizzato che «l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia»⁴⁹³.

Il sindacato sull'asserito diniego dei Giudici Amministrativi di pronunciarsi sulle azioni risarcitorie non precedute dall'annullamento dell'atto illegittimo (o dalla declaratoria di illegittimità del silenzio) è ammesso, in quanto dipendente «non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda ad una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma», il che «si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo»⁴⁹⁴.

Una volta conclusasi la vicenda della pregiudizialità amministrativa, la Cassazione ha confermato la nuova lettura in una successiva occasione, sorta in relazione a ricorsi reciprocamente escludenti, ma attinente in effetti alla legittimazione (o all'interesse) a proporre ricorso al Giudice Amministrativo da parte di imprese concorrenti ad una gara di appalto, che siano state escluse da essa⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294. Pertanto, «può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione».

⁴⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁴⁹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 settembre 2012, n. 15428; Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24468; Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2015, n. 20413; Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964.

⁴⁹⁴ Al punto 11.1, si precisava che «Rientra d'altra parte nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma», in quanto «è pacifico [invero] che possibile oggetto di sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione sia anche la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito».

⁴⁹⁵ Non si nega, del resto, la complessità della tematica che, in termini succinti, si incentra sulla natura dell'interesse legittimo, come situazione strumentale o finale, nonché sulla configurazione della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, tra titolarità di una situazione giuridica protetta, come sostenuto da A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit., 3415 ss., o prospettazione della medesima, come sostenuto da F. SAITTA, *La legittimazione a*

Anche lo sviluppo di questa seconda vicenda non interessa di per sé: ciò che rileva è la motivazione della declaratoria, che si è inserita nel prolungato contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia⁴⁹⁶.

Le Sezioni Unite si sono allineate alla giurisprudenza euro-unitaria e hanno cassato con rinvio la sentenza del Consiglio di Stato “dissidente”⁴⁹⁷.

Per inciso, l'unica situazione in cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il ricorso dell'operatore economico escluso è inammissibile è quella in cui l'esclusione dalla gara sia rimasta incontestata o la decisione di esclusione sia stata accertata con sentenza passata in giudicato⁴⁹⁸.

Ebbene, il tema dell'omessa pronuncia, quale *error in procedendo* sussumibile nel diniego di giurisdizione, è emerso allorché le Sezioni Unite, dopo un primo tentativo nel 2012, hanno considerato l'omessa pronuncia sul ricorso principale, una volta accolto il ricorso incidentale escludente, come fattispecie da annoverare nelle ipotesi di diniego di giurisdizione, ancorando tale questione alla “grave violazione” del diritto europeo rispetto alle pronunce della Corte di Giustizia.

Nel 2015 la Cassazione ha stigmatizzato una pronuncia del Consiglio di Stato⁴⁹⁹, che, in presenza di ricorsi reciprocamente escludenti in una gara con due offerenti, ha applicato i principi tradizionalmente espressi dalla giurisprudenza amministrativa in tema di improcedibilità⁵⁰⁰.

Secondo la Cassazione, anche se il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non include la verifica della conformità di una sentenza al

ricorrere: titolarità o affermazione, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss. e da L. FERRARA, *Un errore di fondo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 919 ss.

⁴⁹⁶ Il contrasto è sorto, dapprima, tra Cons. Stato, Ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4 e C. Giust. UE, Sez. X, 4 marzo 2013, C-100/12, Fastweb; è proseguito, poi, tra Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014 e C. Giust. UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica; si è attenuato tra Cons. Stato, Ad. pl., (ord.), 11 maggio 2018, n. 6 e CGUE, Sez. X, 9 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; infine, si è concluso con Cons. Stato, Ad. pl., 17 dicembre 2019, n. 14, con la quale il Giudice Amministrativo ha condiviso l'orientamento del giudice europeo.

⁴⁹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327, avente ad oggetto Cons. Stato, 12 febbraio 2013, n. 815. Pur confermando che «le Sezioni Unite non hanno il potere di sindacare la scelta ermeneutica del giudice amministrativo (che, in ipotesi, possa riverberarsi nell'*error in iudicando* oppure in quello in *procedendo*), né la scelta di rinviare o meno la questione all'interpretazione alla Corte di giustizia europea, come previsto dall'art. 267 del TFUE, comma 3», ha annoverato la negazione della legittimazione a ricorrere e la negazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale come uno dei “casi estremi” in cui l'errore esita in diniego di giurisdizione. Siffatto orientamento è stato confermato da una successiva declaratoria (Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226), secondo cui «le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione europea, vanno considerate quali ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giustizia, nel senso indicato da Cass. civ., Sez. Un., 15428/2012, cit., e successive conformi (tra le quali Sez. Un., 2403/2014, cit., richiamata anche da Cass. civ., Sez. Un., 2242/2015), in considerazione anzitutto della particolare posizione istituzionale della Corte di giustizia e del principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale».

⁴⁹⁸ Cfr., in particolare, la sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, Archus.

⁴⁹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242.

⁵⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4.

diritto dell'Unione europea, tuttavia ne sarebbe affetta la sentenza che, in tema di ricorso escludente, contraddica l'interpretazione della Corte di Giustizia⁵⁰¹.

Infine, ai fini di una compiuta valutazione della posizione della Corte di Cassazione⁵⁰², merita accennare alla sentenza, che, per la terza e ultima volta, ha disposto una 'cassazione' per 'diniego di giustizia'⁵⁰³.

Nella specie, accogliendo il ricorso dacché «contrastante con il diritto dell'Unione europea, così come statuito dalla Corte di Giustizia, una norma nazionale che, per quanto concerne ricorsi simmetricamente escludenti relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti, consenta al giudice di non procedere all'esame nel merito delle censure che un concorrente abbia azionato avverso l'ammissione del secondo concorrente quale conseguenza dell'accoglimento del ricorso di quest'ultimo rispetto all'ammissione del primo», le Sezioni Unite hanno rinviato la definizione della controversia al suo 'giudice naturale', con ciò implicitamente confermandone la giurisdizione.

Con l'occasione, la Suprema Corte ha rimarcato che il diniego di giustizia è censurabile solo se è aprioristico e se non è frutto di un errore interpretativo⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, ove si è ritenuto che: «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in iudicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

⁵⁰² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24468; Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847; Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11380; Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2107, n. 964; Cass. civ., Sez. Un., 19 settembre 2017, n. 21620, secondo cui si osservava che «L'apertura alla nuova concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive ha successivamente trovato ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui, alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia».

⁵⁰³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, immediatamente precedente all'arresto della Corte Costituzionale.

⁵⁰⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771, di cui si riporta: «È stato infatti chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, che non possa per questo essere da lui conosciuta, sicché l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., co. 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori *in iudicando* o *in procedendo* che si prospettino dal medesimo commesso in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame». Parimenti, nella sentenza Cass. civ., Sez. Un., 1 aprile 2015, n. 6605 si affermava che è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un elidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge ed inoltre che, ove il problema si ponesse eventualmente in relazione alla

interpretazione della giurisprudenza comunitaria, anche l'eventuale erroneità della decisione sul punto non la renderebbe perciò solo sindacabile in questa sede. V., *ex multis*, declaratorie cassatorie particolarmente significative per la densità di contenuti e la profondità di analisi sul rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo, che non è oggetto della presente trattazione per ragioni di economia dell'opera. Con riguardo alla questione se l'esigenza di una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea e la necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione, impongano di ritenere ricorribili le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano adottato una interpretazione della norma interna non conforme o abbiano violato l'obbligo di disapplicazione, le Sezioni Unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione da parte del Giudice Amministrativo integri violazione dei limiti esterni. In questa prospettiva, si è affermato (Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013) che l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia non configura sconfinamento, e che non sussistono le condizioni perché la Corte prospetti alla Corte di Giustizia quesiti che attengono al merito e non alla giurisdizione (Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16886). Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403, secondo cui «4. - Nella specie il ricorrente non denuncia un rifiuto di giurisdizione: non si duole, cioè, che il giudice amministrativo, al quale si è rivolto, si sia rifiutato di erogare la richiesta tutela per l'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda proposta. Egli lamenta, piuttosto, che il giudice amministrativo, nell'esaminare la domanda, l'abbia rigettata per un errore interpretativo, non avendo dato alla L.R. Siciliana n. 11 del 1988, art. 11 una lettura conforme a quella risultante da pronunce della Corte di giustizia con riguardo alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio. Il ricorrente contesta la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e quindi finisce in realtà per sollecitare, al di là della prospettazione formale, un sindacato per violazione di legge. La doglianza non attiene alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione - che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere - ma investe un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso. Sennonché, l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale solo perché viene in gioco, nell'interpretazione della norma sostanziale attributiva di diritti, il diritto dell'Unione. Non ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di cassazione, a meno che non ci si trovi di fronte ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale. "Qualsiasi erronea interpretazione o applicazione di norme di cui il giudice possa incorrere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ove incida sull'esito della decisione, può essere letta - hanno ricordato queste Sezioni Unite (sentenza 17 maggio 2013, n. 12106) - in chiave di lesione della pienezza della tutela giurisdizionale cui ciascuna parte legittimamente aspira, perché la tutela si realizza compiutamente soltanto se il giudice interpreta ed applica in modo corretto le norme destinate a regolare il caso sottoposto al suo esame. Non per questo, però, ogni errore di giudizio . . . imputabile al giudice è qualificabile come un eccesso di potere giurisdizionale assoggettabile ai sindacato della Corte di cassazione". 5. - Il Collegio ritiene che, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione che la Costituzione affida alla Corte di cassazione non includa la funzione di finale verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea. La tesi, prospettata dal ricorrente, di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che - fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni Unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze - nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 234 TCE), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello jus commune europaeum. Del resto, la soluzione prospettata dal ricorrente,

In sintesi, secondo la prospettazione diffusa, la Suprema Corte ha cassato pronunce che, in difetto di base normativa come nel caso della pregiudiziale amministrativa o in violazione del diritto europeo come nel caso dei ricorsi reciprocamente escludenti, hanno inibito, in modo aprioristico e astratto, l'accesso alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridicamente protette, che, in virtù della protezione, non possono essere precluse dal Giudice Amministrativo.

Poiché si è sostenuto da una parte della dottrina che il rifiuto astratto e aprioristico di una forma di tutela prevista dall'ordinamento integri una forma di "eccesso di potere giurisdizionale" a danno del legislatore, la Cassazione lo ha circoscritto alle forme più abnormi⁵⁰⁵: il giudice, mediante una indebita usurpazione del potere riservato alle fonti normative nazionali o europee e con un indebito 'arretramento' dalla *potestas iudicandi*, preclude in modo astratto e aprioristico l'accesso alla giustizia.

Così facendo, si è tentato di disancorare il diniego di tutela dalla problematica distinzione tra attività ermeneutica e attività nomopoietica⁵⁰⁶.

ad essere conseguenti, dovrebbe valere non solo quando l'azione amministrativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma anche quando essa abbia un'origine esclusivamente nazionale: anche in tal caso, infatti, il principio di effettività della tutela richiederebbe, per coerenza, la garanzia dell'uniformità dell'interpretazione delle norme attributive di diritti soggettivi, tanto più quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona (di cui sempre più spesso conosce il giudice amministrativo, con un catalogo di materie rientranti nella sua giurisdizione esclusiva che si va facendo via via più fitto ed esteso), e quindi una nuova configurazione dell'eccesso di potere giurisdizionale derivante dall'errore interpretativo. A questo risultato, tuttavia, le Sezioni Unite, sinora, non hanno ritenuto di poter pervenire, pur nella consapevolezza dell'esistenza di profili problematici, perchè il principio di eguaglianza postula "l'esigenza della uniforme interpretazione della legge", la quale invece, "stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici amministrativi per violazione di legge", non ha "strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso diritto vivente, quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni . . . nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi" (Sez. Un., 30 marzo 2000, n. 72). Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone nè di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito nè di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica (cfr. Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2003, nel procedimento C-224/01, Kobler e Repubblica d'Austria; Corte di giustizia, sentenza 13 giugno 2006, nel procedimento C-173/03, Traghetti del Mediterraneo s.p.a., in liquidazione, contro Repubblica italiana; Corte di giustizia, sentenza 24 novembre 2011, nella causa C-379/10, Commissione europea contro Repubblica italiana)».

⁵⁰⁵ Eccesso astrattamente individuabile anche rispetto a norme di diritto sostanziale, ipotesi che, però, in concreto, è stata sempre esclusa in nome della labilità del confine con l'attività ermeneutica.

⁵⁰⁶ Ciò si avverte dal principio di diritto: «Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice

Ciò sulla base della premessa secondo cui è norma sulla giurisdizione non soltanto quella sui presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che lo sostanzia⁵⁰⁷.

Quindi, il diniego di giustizia, che, in un primo momento, è veicolato *sub specie* di diniego di giurisdizione nella categoria dell'assoluto difetto di giurisdizione, in seguito viene concettualizzato come vizio autonomo, che per la sua abnorme e radicale gravità trascende dall'ambito degli errori ermeneutici rientranti negli insindacabili limiti interni per approdare ai ricorribili limiti esterni⁵⁰⁸.

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».

⁵⁰⁷ L'evoluzione del sistema risulta dalla rilevanza del diritto sovranazionale e dal principio del primato del diritto europeo; l'affermata possibilità di risarcimento degli interessi legittimi; l'espansione della giurisdizione esclusiva; la rilevanza del principio di effettività della tutela e di unità funzionale della giurisdizione; l'importanza del principio del giusto processo; il valore del diritto pattizio internazionale; l'emersione della regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia.

⁵⁰⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, secondo cui «presupposto [...] che rientri nei poteri del giudice amministrativo erogare la tutela risarcitoria autonoma, il rigetto della relativa domanda si risolve in un rifiuto di erogare la relativa tutela. Ed infatti, tale rifiuto dipenderebbe non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda ad una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma. Ma ciò si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo». Tra i commenti alla sentenza, cfr. F. SATTÀ, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle sezioni unite?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 10, 2653 ss.; A. AULETTA, *Risarcimento del danno e «abuso» della giurisdizione. Ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2009; M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa: una nuova smentita da parte della cassazione alla vigilia di un chiarimento legislativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 731 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.*, 2009, 647 ss.; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 548 ss.; O. FORLENZA, *La parte può scegliere se fare ricorso alla tutela risarcitoria o alla demolitoria*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 4, 64 ss.; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 480 ss.; P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1320 ss.; I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, 10, I, 2721 ss.; A. PALMIERI, *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedimento*, in *Foro it.*, 2009, 3, I, 733 ss.; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 659 ss.; R. TISCINI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009, 12, 2738 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Morire per la "pregiudiziale amministrativa"?*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 385 ss.; G. VERDE, *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009, 2, 463 ss. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Giust. civ. mass.*, 2014, ove si afferma che «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tenere conto anche del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: onde rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia

Con una differenza: mentre nel 2015 le forzature al concetto di limite esterno della giurisdizione sono strumentalizzate a perpetuare il vincolo comunitario, nel 2017 la doglianza è del tutto inconferente, giacché non risulta affatto un esame incrociato di censure.

In particolare, la Cassazione ha accertato che il Giudice Amministrativo, non avendo tenuto conto né del caso *Fastweb*⁵⁰⁹, né del successivo caso *Puligienica*⁵¹⁰, meramente ha violato il diritto europeo.

Più in dettaglio, dopo aver esposto l'interpretazione tradizionale, secondo cui la violazione di norme del diritto dell'Unione europea non costituisce vizio attinente alla giurisdizione, bensì questione di merito inerente al fondamento della domanda, per cui è da escludere che possa annoverarsi tra i soli motivi inerenti alla giurisdizione, la Cassazione ha avvallato l'interpretazione “dinamica” o “funzionale”.

Interpretazione, che concepisce la giurisdizione come tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, comprese le tutele attraverso cui si garantisce l'effettività dell'ordinamento⁵¹¹.

Donde il «radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in denegata giustizia» può far assurgere alla sede cassatoria perfino *errores in procedendo e in iudicando*.

Tra le deroghe vi rientrano, quindi, le ipotesi di disallineamento dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di efficacia diretta del diritto dell'Unione europea, sia per la posizione istituzionale della Corte di Giustizia sia per il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea, in forza dell'obbligo dei giudici nazionali di disapplicare il diritto interno laddove in contrasto con quello dell'Unione.

Tale violazione del diritto dell'Unione esiterebbe in denegata giustizia in quanto l'intervento della Corte di Giustizia esaurisce ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale, per cui l'omessa disapplicazione determina la violazione, e l'erronea applicazione della norma interna comprime il diritto alla tutela del cittadino⁵¹².

Invero, nell'ultima declaratoria cassatoria, non solo appare inconferente rispetto allo scrutinio sulla giurisdizione il richiamo alla violazione del diritto

concretamente erogata e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale».

⁵⁰⁹ Cfr. C. Giust. UE, Sez. X, 4 marzo 2013, C-100/12, *Fastweb*.

⁵¹⁰ Cfr. C. Giust. UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*.

⁵¹¹ Sicché è da intendere norma sulla giurisdizione anche quella che fornisce contenuto essenziale al potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca, non soltanto quella che costituisce i presupposti per il potere.

⁵¹² Con ciò violando l'art. 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

europeo, che accede ad una violazione di legge in termini qualificativi, ma soprattutto difetta una perimetrazione circa la “gravità” della violazione⁵¹³.

Non pare affatto condivisibile la tesi secondo cui l'ipotesi di un interesse legittimo sotteso al ricorso principale non esaminato vizierebbe le sentenze non “*in procedendo*” ma “*in iudicando*”, nella parte in cui si tutelerebbe un interesse di mero fatto, quello del ricorrente principale escluso per difetto dei titoli legittimanti alla gara.

Si tratta di una tesi aggiornata, non condivisibile trattandosi di questione di merito sottratta al sindacato cassatorio, come già illustrato all'esordio.⁵¹⁴

È su questi specifici profili che ricorre il tema dell'omessa pronuncia: la mera omessa pronuncia sul ricorso principale non può essere sindacata dalla Cassazione, in quanto trattasi di un *error in procedendo*; né essere oggetto di annullamento con rinvio ex art. 105 c.p.a., non concretando alcuna violazione del diritto di difesa; né diniego di giurisdizione in senso tecnico, semmai ravvisabile in caso di “totale omessa pronuncia”, né nullità della sentenza.

Né, al contrario, è sostenibile che l'accoglimento del ricorso incidentale escludente, dando tutela ad un interesse di mero fatto, legittimerebbe l'intervento della Cassazione⁵¹⁵.

Dalla seconda fattispecie inerente al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, quale frutto di radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento così come interpretate dalla Corte di Giustizia⁵¹⁶,

⁵¹³ Cfr. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, cit., 338; A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1271, il quale osserva che «non mi sembra condivisibile l'enfaticizzazione della “violazione delle norme europee”, assunta a vizio idoneo ad identificare un difetto di giurisdizione o addirittura, come ormai si riscontra nel comune linguaggio giurisprudenziale, considerata un'espressione di un rifiuto di giurisdizione. Le norme sulla giurisdizione, per quanto discutibili esse siano, hanno un rilievo istituzionale, che è testimoniato anche dalla decisione (per quanto anch'essa criticabile) di una ricezione nell'art. 103 Cost. delle regole sul riparto; modificare la loro portata non inerisce alla disponibilità di un giudice, allorché collocato al vertice del sistema giudiziario».

⁵¹⁴ V. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 266 ss.; Id., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa e i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss. Cfr. anche S. CASSARINO, *Il Procedimento amministrativo*, 1987, II, 744. Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 172-174, è da considerarsi “malcerta” la figura dell'improponibilità assoluta della domanda per difetto di potere giurisdizionale, non annoverandosi nel difetto di giurisdizione l'improponibilità del ricorso per difetto di legittimazione, oltre che difetto di interesse ad agire. Sul tema, v. M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 707; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 2022, 1-8.

⁵¹⁵ V. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 1 dicembre 2019, pag. 1083. In ogni caso, secondo l'Autore, il tema di cui all'oggetto sottende l'eterno rebus dell'interesse legittimo e i suoi rapporti con le condizioni dell'azione, mentre ne va sostenuta l'estraneità rispetto ai temi dell'omessa pronuncia e del diniego di giurisdizione.

⁵¹⁶ La questione concerne il rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale. Nella sentenza Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294, le Sezioni Unite, evocando la pronuncia n. 30254/2008, ribadiscono che la funzione giudiziaria è ormai collegata a un'idea più di servizio che d'imperio e che pertanto la questione di giurisdizione si collega anche ad una mancata

il passaggio successivo ad un sindacato pieno sulle violazioni del diritto convenzionale o del diritto unionale, seppur particolarmente qualificate, è stato alquanto breve⁵¹⁷.

Al fine di comporre un contrasto tra un “giudicato” amministrativo reso in ossequio ad una disposizione legislativa nazionale e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), le Sezioni Unite, in sede di giurisdizione⁵¹⁸, hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale, evocando espressamente l'accezione evolutiva di

valutazione della richiesta di tutela. Si eccipisce una possibile violazione della direttiva comunitaria basata sul fatto che l'Adunanza plenaria non avrebbe considerato che l'ordine di scrutinio dei ricorsi incide sull'esercizio della funzione giurisdizionale, inteso come servizio per assicurare la giustizia sostanziale. Pur esprimendo, pertanto, perplessità sulla ricostruzione operata dall'Adunanza Plenaria, ritengono che non ci siano elementi sufficienti per la cassazione, perché non si può ravvisare un aprioristico diniego di giustizia. Quindi, si addivene ad un ricorso ammissibile, ma infondato. Nella sentenza Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, le Sezioni Unite rilevano che il quadro giurisprudenziale si è profondamente modificato. Il diritto vivente, statuito in precedenza dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2011, è stato inciso dalla sentenza della Corte di Giustizia del 4 luglio 2013, che ha fornito una diversa interpretazione del rapporto fra i ricorsi. Il giudice europeo ha, infatti, concluso che vanno esaminati entrambi i ricorsi quando simmetricamente escludenti. L'Adunanza Plenaria, con la sentenza Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, non ha modificato la propria posizione e le Sezioni Unite hanno rilevato che in tal modo risulta confermato l'errore e il contrasto di una siffatta interpretazione con l'art. 1 del codice del processo amministrativo, alla stregua del quale la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. L'eccesso di potere giurisdizionale viene così indicato nell'errore del giudice amministrativo che si è tradotto in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di Giustizia.

⁵¹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 6891, in *Foro it.*, 2016, 5, I, 1667. La vicenda concerne il diniego di pronuncia come motivo di giurisdizione e il concetto di decisione anomala o abnorme. Il Giudice Amministrativo, applicando la disciplina nazionale, ha negato il riconoscimento del trattamento previdenziale nei confronti di alcuni soggetti con riferimento alle modalità in cui l'azione era stata proposta. In altra vicenda processuale, diversa da quella richiamata, con protagonisti soggetti che versavano nella medesima condizione, veniva fatto ricorso alla Corte EDU, perché fosse dichiarato che la legge italiana fissava decadenze per l'azione, tesa ad ottenere il diritto, contrastante con le garanzie apprestate dall'art. 6 della Convenzione. Sulla base della conclusione conseguita nell'altro giudizio, veniva così proposto ricorso alle Sezioni Unite, invocando il diniego di tutela derivante dall'applicazione compiuta dal Consiglio di Stato di una norma successivamente ritenuta in contrasto con la Convenzione dei diritti. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha applicato la normativa, senza sospettare del suo contrasto con la Convenzione dei diritti e con la disciplina costituzionale, e dunque non risulta alcuna decisione anomala. *Contra* Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, che ha giudicato su un ricorso in cui veniva eccepita la violazione della direttiva 1999/70 CEE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia europea, in ordine al divieto di discriminazione tra dipendenti a tempo determinato ed indeterminato. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 2016, n. 14042, in *Giust. civ. mass.* 2016, che richiama Sez. Un., 20 maggio 2016, n. 10501.

⁵¹⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 6891, ove si legge: «il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi» (punto 14 della motivazione). V. Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4001, che aveva applicato la disposizione nazionale senza tener conto della norma convenzionale.

giurisdizione in senso strumentale ad avviare il consolidamento di un'antinomia anticonvenzionale⁵¹⁹.

Mentre la Corte Costituzionale ha escluso che spetti al Giudice della giurisdizione sciogliere le antinomie nei rapporti tra Corti di diversi ordinamenti nonostante l'assenza di un rimedio esperibile, la Suprema Corte presuppone che l'accesso al giudice debba essere garantito; diversamente opinando, oltre a violare il diritto europeo, sarebbe resa non effettiva la richiesta di giustizia con conseguente responsabilità dello Stato.

Ad avviso della Corte di Cassazione, il Giudice Amministrativo, che abbia emanato una sentenza in contrasto con una pronuncia della Corte di Giustizia o Corte Edu, trasmoderebbe dalla propria giurisdizione, poiché contravverrebbe all'assetto giuridico di riferimento (quello edificato dall'ordinamento sovranazionale), con ciò integrando un diniego di giustizia.

Il Giudice Amministrativo trascenderebbe i limiti interni, determinando non soltanto una cesura rispetto all'uniforme interpretazione della disciplina europea, ma addirittura una decisione anomala e abnorme, cui sarebbe chiamato a porre rimedio, anche in funzione nomofilattica, il Giudice della giurisdizione.

Il Giudice Amministrativo, denegando tutela, finirebbe per negare la propria funzione, così come delineata dalla Costituzione e dai principi.

In tal modo, il giudice oltrepasserebbe il perimetro dei poteri conferiti, alterando i connotati evolutivi del concetto di giurisdizione quali il primato del diritto europeo, l'effettività della tutela giurisdizionale, l'unità funzionale della giurisdizione, il giusto processo.

Ci si chiede se la mancata conformazione al diritto sovranazionale incrina l'unità del diritto oggettivo nazionale ovvero il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.

Promiscuamente, la Corte di Cassazione evoca il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia.

Giova chiedersi se le nozioni di giurisdizione e giustizia coincidono e se al concetto di giurisdizione vada attribuito un contenuto strutturale o anche funzionale⁵²⁰.

Come anticipato all'esordio della trattazione, il tema relativo ai contenuti del concetto di giurisdizione è tra i temi più complessi dell'intero arco degli studi giuridici.

⁵¹⁹ Ma tale problematica non può trovare soluzione in sede di controllo sulla giurisdizione, ma «all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 del c.p.c.» (punto 14), come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018. Posizione che era stata anticipata anche in precedenti sentenze, come Cass. civ., Sez. Un., 6 giugno 2017, n. 13976, secondo cui ciascuna giurisdizione si esercita con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in diritto e in fatto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia.

⁵²⁰ Inoltre, ci si chiede se è vero che se si nega la giustizia e si incorre, pertanto, in diniego di giustizia, si nega al contempo la giurisdizione o, trattandosi di violazione di legge, l'unico possibile rimedio potrebbe essere quello revocatorio.

Al riguardo sovviene un saggio di Satta, il quale, in relazione al rapporto tra giurisdizione e giustizia, conclude nei termini della coincidenza: «Questa risoluzione della giurisdizione nella giustizia che il legislatore fa, in aderenza all'intuizione e al linguaggio comuni, è a nostro avviso di grande e non trascurabile valore. Non si tratta di un termine filosofico, o di un termine vagamente generico, quale talvolta tutti adoperiamo prescindendo da ogni ordinamento giuridico o magari in opposizione ad esso: qui vi è una consapevole identificazione della giurisdizione con la giustizia (poiché tutto quello che nelle norme si dispone riguarda “la” giurisdizione), onde il termine ha un valore strettamente giuridico, assurge ad un autentico sinonimo dell’ordinamento»⁵²¹.

Tale coincidenza, in ottica romaniana, è di particolare utilità, perché attraverso essa Satta addiviene ad una nozione “istituzionale” di giurisdizione, per la quale in assenza di giurisdizione non vi è ordinamento, essendo lo *ius dicere* carattere essenziale della *societas*: ne deriva che la giurisdizione anticipa legislazione e amministrazione e che è equivoco legare la giurisdizione alla sovranità dello Stato⁵²².

Come è stato rilevato di recente, «i concetti richiamati dal giudice di “essenza della giurisdizione”, “giurisdizione in senso dinamico”, “concreta possibilità di tutela”, “necessità di evitare che il provvedimento giudiziario, una volta definitivo, espliciti effetti in contrasto con una norma sovranazionale alla quale occorre dare applicazione”, formano una trama, su cui si fonda il ragionamento giudiziario, che sembra prescindere da tutti i condizionamenti formali qualificatori che la, pur richiamata, giurisprudenza ha elaborato. Si tratta [...] della punta estrema nell'evoluzione di un concetto che si trasferisce nell'affermazione secondo la quale il giudizio sulla giurisdizione supera la verifica sulla qualificazione della situazione soggettiva e l'accertamento del potere di conoscere controversie, come distribuito ai diversi ordini di giudici, per divenire “uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi?”⁵²³.

⁵²¹ V. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 218; E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916, anche in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, Giuffrè, 1962, 227. Satta ha ricordato che «in uno studio ormai lontano nel tempo, Redenti scriveva che in quegli anni il concetto di giurisdizione veniva impiegato con rinnovata frequenza come premessa o fattore di ragionamenti senza che vi fosse in proposito “la necessaria chiarezza e concordia di idee”. Non si può purtroppo dire che queste parole abbiano perduto la loro attualità».

⁵²² Si incrina sia l'accezione funzionale chiovendiana di giurisdizione, quale funzione giurisdizionale della giusta composizione delle liti in attuazione della legge dello Stato sovrano, sia quella strutturale di Allorio, quale tipo di effetto giuridico che attraverso l'esercizio della giurisdizione si produce vale a dire l'incontrovertibilità del *decisum*.

⁵²³ V. G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017, 194.

Da concetto tradizionalmente statico, la giurisdizione ha assunto carattere dinamico in relazione agli ordinamenti sovranazionali dotati della loro giurisdizione, che non pone limiti esterni alla giurisdizione dello Stato⁵²⁴.

Quindi, mentre la dicotomia della Cassazione è tra giustizia erogata e giustizia denegata, quella della Corte Costituzionale intercorre tra limite esterno e limite interno della giurisdizione.

La Consulta non ha stigmatizzato il sindacato cassatorio sul diniego di giurisdizione in senso tradizionale, ma il diniego di giustizia quale ‘abnorme’ errore interpretativo di norme processali o sostanziali, a prescindere dal tema delle sopravvenienze convenzionali o eurounitarie, per le quali occorre chiedersi se il rimedio revocatorio in luogo del ricorso cassatorio sia più adeguato⁵²⁵.

Assunto che la Corte di Cassazione non possa pronunciarsi sull'eventuale diniego di giustizia derivante dal contrasto di una pronuncia del Consiglio di Stato con altra della Corte Edu, occorre comprendere quale rimedio possa essere esperito all'interno della giurisdizione amministrativa.

Come verrà esaminato nel paragrafo all'uopo dedicato, in luogo del rimedio revocatorio *de iure condito* o *de iure condendo*, per il tramite del giudizio di ottemperanza si potrebbe estendere il cosiddetto giudicato a formazione progressiva elaborato dalla Adunanza Plenaria n. 11/2016, secondo cui, ferma l'intangibilità della *res iudicata*, è rimessa al Giudice dell'ottemperanza, nell'ambito del sindacato flessibile e dinamico, la facoltà di completare il giudicato con statuizioni integrative e specificare la portata e gli effetti, in vista di “giudicato a formazione progressiva” conforme alla sopravvenienza sovranazionale.

In un'ottica sistematica, una parte della dottrina ha affermato che il rifiuto radicale di giustizia, *sub specie* di ‘arretramento’ aprioristico e astratto dall'obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento nazionale o europeo, adducendo ostacoli in rito manifestamente confliggenti con il sistema normativo primario, è una *species*, particolarmente grave, del *genus* ‘eccesso di potere giudiziario’ nei confronti del potere legislativo⁵²⁶.

Le Sezioni Unite, per sussumerlo nella attività nomopoietica, hanno affermato, in termini generali, che l'orientamento evolutivo «era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto

⁵²⁴ È la tesi sviluppata da Nicola Picardi, che si è concretizzata nella consapevolezza della extrastatalità della giurisdizione, per cui le funzioni giurisdizionali sono sempre più affidate a organi non riconducibili allo Stato, con la possibilità che pronunce di Corti di altri ordinamenti possano produrre effetti diretti nel nostro in assenza di delibazione.

⁵²⁵ Investendo lo stesso casi nei quali il vizio della sentenza è da ricondursi ad una causa esterna alla decisione: nell'ipotesi di sentenza precedente della Corte Edu, invece, il giudice nazionale avrebbe dovuto tenerne conto, ma non lo ha fatto o scientemente o per ignoranza.

⁵²⁶ V. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.

dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia [...] esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale - censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione»⁵²⁷.

In questi termini, soltanto se e in quanto il diniego si concretizza rispetto ad una fonte europea, viene in rilievo il diritto eurounitario, che, quindi, rispetto al sistema di Giustizia Amministrativa e alla trattazione presente assume una rilevanza meramente incidentale, poiché per le stesse ragioni addotte prima dalla giurisprudenza cassatoria e poi da una parte della dottrina amministrativistica dovrebbe censurarsi anche un radicale e aprioristico vuoto di tutela integrato in violazione del quadro normativo nazionale⁵²⁸.

Per quanto sopra esposto, il rifiuto aprioristico di tutela di una posizione giuridica nelle forme stabilite dall'ordinamento di per sé non è una mera 'violazione di legge', ma è una 'questione di giurisdizione'.

Il diniego di giurisdizione si ravviserebbe allorché il Giudice Amministrativo rifiuti in via generale ed astratta la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento nazionale o europeo vuole invece protetto e le Sezioni Unite potrebbero dichiarare, senza pregiudicare le questioni sulla spettanza del diritto e sulla proponibilità della domanda, che una determinata tipologia d'interesse sia meritevole di protezione giurisdizionale ovvero che non lo sia⁵²⁹.

A riguardo, si concettualizza un diniego di giustizia, invocabile a garanzia di un interesse legittimo non solo quale interesse al bene della vita, ma anche quale interesse strumentale collegato seppur mediatamente all'interesse finale, come quello riconosciuto in capo all'operatore economico escluso ricorrente principale⁵³⁰.

⁵²⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598.

⁵²⁸ È quanto affermato nelle ordinanze sulla pregiudiziale amministrativa e nelle sentenze n. 30254 del 2008 e n. 3854 del 2012.

⁵²⁹ Come risulta dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale, «L'«eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

⁵³⁰ V. F. FRANCIARIO, *'Quel pasticciaccio' della questione di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 16 dicembre 2020. Francario aggiunge che «Ora, a mio avviso, il problema di fondo posto da questo processo riformatore è che la (tendenziale) realizzazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni

A prescindere dalla impropria sussunzione della fattispecie nella quanto mai opinabile categoria cassatoria dell'“eccesso di potere giurisdizionale” nella veste di arretramento ai danni del legislatore, che, come anticipato nella Premessa, si rimette alla più autorevole Dottrina stante i confini altamente speculativi, il punto critico, a sommosso avviso di chi scrive, risiede nella nozione di “diniego di tutela”, perché, come più volte pleonasticamente riconosciuto dalle Sezioni Unite medesime, esso è censurabile in sede cassatoria solo se aprioristico e scevro da “contaminazioni” ermeneutiche.

Orbene, al di là di formule tratlative e digressioni ridondanti, nei casi in cui le Sezioni Unite hanno cassato per diniego di giustizia, è ravvisabile una matrice eminentemente ermeneutica nelle violazioni della legge processuale integrate dal Giudice Amministrativo, ben lontana dalla mera affermata estraneità della domanda o della materia alle attribuzioni giurisdizionali: sia che si controverta sulla procedibilità della domanda risarcitoria autonoma rispetto alla pregiudiziale amministrativa⁵³¹, sia che si discorra della procedibilità del ricorso principale rispetto a quello incidentale escludente o di una condizione dell'azione quale la legittimazione o l'interesse a ricorrere rispetto all'ordito euro-unitario, sia che si tratti di una decadenza maturata rispetto alla CEDU.

Se si assume come parametro di riferimento la classificazione operata da Nigro, si coglie come la tipizzazione dei motivi di giurisdizione non solo comprenda espressamente la categoria del diniego di giurisdizione, ma come l'elencazione esordisca con la accezione tradizionale: «a) rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; b) invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (giudice ordinario o giudice speciale); c) c.d. eccesso di potere giurisdizionale [...] sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali...»⁵³².

Sembra che la giurisprudenza cassatoria, prima della pronuncia della Corte Costituzionale, e una parte della dottrina amministrativistica, a seguito della medesima, avvallando un uso promiscuo di «diniego di giurisdizione» e di «aprioristico diniego di giustizia», abbiano elaborato un'ermeneutica in tensione con l'autonomia e l'esclusività della giurisdizione amministrativa, in

soggettive, che rischiano di rimanere ibridate in una forma indistinta che sembra mutuare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo; altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva».

⁵³¹ V. M.A. SANDULLI, *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 4-5, I, 898 ss.

⁵³² V. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna 1979, p. 197.

contraddizione con l'assetto disegnato dall'art. 111, commi settimo e ottavo, Cost.

L'elemento di fragilità consiste nella sollecitazione a deflettere dal dato processuale e formale in funzione di quello sostanziale e a traslare il raggio degli effetti del giudicato dal diritto soggettivo al diritto oggettivo.

Dopo la autorevole pronuncia della Consulta, la giurisprudenza delle Sezioni Unite si è andata consolidando nel senso che la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del Giudice Amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, co. 8, Cost., atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione⁵³³.

Tale orientamento conferma espressamente anche gli *errores in procedendo* nell'area dell'insindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato⁵³⁴.

Nell'ambito di detto indirizzo, si è anche affermato che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto europeo non integra, di per sé, l'eccesso di potere giurisdizionale denunciabile ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio⁵³⁵.

Con l'ulteriore precisazione che la non sindacabilità delle violazioni del diritto europeo è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato della giurisprudenza costituzionale ed europea, in quanto correttamente ispirato a esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione⁵³⁶.

⁵³³ Conclusioni recepite nella giurisprudenza cassatoria successiva, come, *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 10 febbraio 2023, n. 4284; Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2022, n. 22074; Cass. civ., Sez. Un., 20 ottobre 2022, n. 30965.

⁵³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 2023, n. 2405; Cass. civ., Sez. Un., 13 gennaio 2023, n. 974; Cass. civ., Sez. Un., 28 ottobre 2022, n. 32002; Cass. civ., Sez. Un., 6 settembre 2022, n. 26164; Cass. civ., Sez. Un., 20 luglio 2022, n. 22684.

⁵³⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 giugno 2022, n. 20279; Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2022, n. 17618; Cass. civ., Sez. Un., 27 maggio 2022, n. 17338; Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2022, n. 14301; Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2022, n. 12444.

⁵³⁶ Nella ordinanza Cass. civ., Sez. Un., 18 gennaio 2022 n. 1454, le Sezioni Unite ribadiscono che il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione è ammissibile nei casi di difetto assoluto e relativo di giurisdizione e, quindi, non può estendersi al sindacato a sentenze abnormi od anomale o che abbiano stravolto le norme di riferimento, neppure se

Muovendo da una prospettiva dogmatica, la soluzione più coerente non sarebbe quella del cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale da diniego di giustizia aprioristico e astratto latamente inteso, tale da ricondurvi la lesione di ogni specifica tutela; bensì quella di un diniego di giurisdizione inteso nell'accezione tradizionale o, altrimenti detto, quella di un diniego di giustizia aprioristico in senso tecnico, quale affermata assoluta estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali tale da precludere qualsivoglia tutela, stante l'errata qualificazione di un interesse di fatto in luogo di un interesse legittimo.

Tuttavia, pur accedendo ad una interpretazione ossequiosa del dettato costituzionale, che estrometta ermeneutiche evolutive o apparentemente tradizionali ma in realtà regressive, residuerebbe la problematica, illustrata nei primi paragrafi, della competenza esclusiva in capo al Giudice Amministrativo a conformare l'interesse legittimo o, meglio, a qualificare un rapporto in termini giuspubblicistici.

3.6. *L'alterità del diniego di giustizia rispetto al diniego di giurisdizione.*

La riconducibilità delle violazioni del diritto europeo ai limiti esterni della giurisdizione, che ha occasionato la concettualizzazione del “diniego di giustizia”⁵³⁷, ha dovuto tener conto di due ordini di obiezioni.

La prima è che l'omesso rinvio pregiudiziale o la violazione dell'obbligo di disapplicazione, in caso di violazione di una normativa europea, sembra avere i caratteri del limite interno, configurandosi nel primo caso un *error in procedendo* e nel secondo un *error in iudicando*.

La seconda è che al Giudice Amministrativo va riconosciuta una funzione nomofilattica anche per il diritto europeo, sebbene la stessa, attribuita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, non sia eguale a quella delle Sezioni Unite, giacché il Giudice Amministrativo conosce in via esclusiva dei rapporti di diritto pubblico.

Nonostante orientamenti contrari⁵³⁸, a favore di una dilatazione del

direttamente applicative del diritto UE, né può essere accolta la richiesta di rimettere alla Corte di Giustizia questioni volte a fare emergere errori in cui sia incorso il Consiglio di Stato nell'interpretazione ed applicazione di disposizioni di diritto interno applicative del diritto UE, non attenendo queste a motivi di giurisdizione.

⁵³⁷ In ordine al *déni de justice*, v. L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1964, il quale osserva come al concetto classico, ricollegato all'atteggiamento del giudice («ne rendre la justice quand elle est due, c'est de la part du juge trahir ses devoirs, manquer à ses concitoyens et tromper le souverain qui se repose sur lui de l'aposition la plus noble de son autorité»: *Encyclopédie méthodique (Jurisprudence)*, Paris, t. III, 621, voce *Déni de justice*), se ne affianca, un altro, caratterizzato dalla circostanza che il *déni de justice* è connesso ad una sorta del fallimento dello Stato nel garantire la giustizia, per cui sarebbe sufficiente un intervento legislativo (535 ss.).

⁵³⁸ Cfr. A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, cit., 1041 ss., il quale osserva come «da nozione di motivi inerenti alla giurisdizione, su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti tra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che

diniego di giustizia⁵³⁹ hanno parteggiato la garanzia di un'unica nomofilachia sui diritti soggettivi, il rifiuto di giurisdizione da parte del Giudice Amministrativo derivante dalla affermata estraneità della domanda rispetto alle attribuzioni giurisdizionali⁵⁴⁰, la natura anomala o abnorme della decisione dovuta allo stravolgimento delle norme di riferimento⁵⁴¹ e, infine, il rispetto del diritto convenzionale.

Sul punto, sia nell'ordinamento giuridico italiano sia nell'ordinamento giuridico francese emerge nettamente l'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un processo equo, e della giurisprudenza convenzionale, che ha riconosciuto una portata molto estesa all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione⁵⁴².

hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali». V. F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 90, che parla di «tentativo di abbattere il limite esterno a favore di una tutela effettiva». Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 giugno 2022, n. 20279; Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2022, n. 17618; Cass. civ., Sez. Un., 27 maggio 2022, n. 17338; Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2022, n. 14301; Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2022, n. 12444, secondo cui «anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nella formulazione dell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del Consiglio stesso, ovvero all'esistenza di vizi che riguardano l'essenza di tale funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo», con la motivazione che si tratta «di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio [...], non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa ma solo al modo in cui è stata esercitata». V. Cass., Sez. Un., 3 aprile 2014, n. 7847, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, la quale afferma che «anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nella nuova formulazione dell'art. 111 Cost., restano esclusi dal sindacato delle sezioni unite della corte di cassazione sulle decisioni rese da un giudice speciale gli errores in procedendo non riconducibili ai limiti esterni della giurisdizione». V. la *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 2012, 5, in www.cortedicassazione.it, secondo cui «la tensione che si coglie da queste decisioni, dunque, è quella di considerare come norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale ma anche quella che dà contenuto a questo potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca: i motivi inerenti alla giurisdizione possono riguardare anche gli errores in procedendo ma solo se questi abbiano determinato uno stravolgimento del processo. Ciò, tuttavia, è sufficiente a rendere ammissibile il ricorso alle Sezioni Unite ma non ancora a giustificare la cassazione della decisione per «eccesso di potere giurisdizionale», soluzione che sembra richiedere che la statuizione impugnata abbia realizzato un concreto diniego o rifiuto di giustizia».

⁵³⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 2, 358; Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771.

⁵⁴⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 1, 116; Cass. civ., Sez. Un., 6 giugno 2017, n. 13976, in *Diritto e Giustizia*, 2017, 8 giugno; Cass. civ., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23395, cit.; Cass. civ., Sez. Un., 20 maggio 2016, n. 10501.

⁵⁴¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 settembre 2012, n. 15428, cit.; Sez. Un., 24 luglio 2013, n. 17933.

⁵⁴² V. Y. GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2011, 124; A. VAN LANG, *Le dualisme juridictionnel en France: une question toujours d'actualité*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2005, 1760 ss., secondo cui costituisce fattore di avvicinamento tra le due giurisdizioni il diritto convenzionale: l'influenza della Cedu «se propage par le truchement du droit au procès équitable

Giova aggiungere che nell'ordinamento giuridico francese si è assistito ad una accelerazione della "soggettivizzazione" del ricorso per eccesso di potere giurisdizionale⁵⁴³.

Orbene, stante l'accezione 'teorica' di giurisdizione, la dottrina e la giurisprudenza hanno incrementato le ipotesi ricomprese nella accezione 'positiva'.

Non si tratta dei soli casi tipizzati dall'art. 37 c.p.c., ma anche di vizi attinenti all'elemento soggettivo, quale l'irregolare composizione del collegio giudicante, oppure all'omessa pronuncia, all'*extra* petizione o all'*ultra* petizione: in generale, trattasi di vizi inerenti alla violazione di principi processuali fondamentali, all'esercizio di poteri processuali esorbitanti dalla giurisdizione pur riconosciuta al giudice o, ancora, all'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al rifiuto di somministrare la tutela risarcitoria in difetto della impugnativa del provvedimento illegittimo, al rifiuto di annullare il provvedimento

de l'article 6 par. 1, dont les différents implications modifient progressivement notre droit processuel»: in particolare, se la Cedu in sé non minaccia il principio della dualità delle giurisdizioni, essa, nondimeno, ne evidenzia gli inconvenienti, in punto di contrarietà delle decisioni e di durata del processo (1764 s.). Per contro, all'art. 6 della Convenzione riconduce la sussunzione dei principi fondamentali di procedura nell'*excès de pouvoir du juge*. S. GUINCHARD, *Le procès équitable: un droit fondamental?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n. spécial, *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, 1998, 198, ove si definisce tale sussunzione come un' «*évolution récente*». Infine, M. GUYOMAR, *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat*, in *A.J.D.A.*, 2001, 524, secondo cui non si può «nier le rôle d'aiguillon qu'a pu, et que pourra encore, jouer le juge européen en provoquant ou en accélérant des évolutions de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne la publicité des audiences, comme du fonctionnement de la justice, en matière de délai raisonnable par exemple. Mais, en matière de tribunal indépendant et impartial, l'application de l'article 6§1 intervient dans un contexte juridique national déjà respectueux des principes qu'il énonce». Nella dottrina italiana, v. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 157, secondo cui «in oltre mezzo secolo di vigenza degli art. 24, 103 e 113 Cost. nessuno si era mai accorto dell'esistenza di una norma costituzionale immediatamente precettiva che imponesse la tutela dell'interesse legittimo alla stessa stregua del diritto soggettivo, e perciò anche con sentenze di mero accertamento», mentre «la realtà è che una evoluzione costituzionale c'è stata, ma solo nel 1999, con l'introduzione di un nuovo articolo della Costituzione, in modifica dell'art. 111, secondo cui tutte le giurisdizioni, e perciò anche quella amministrativa, si attuano «mediante il giusto processo». È questa la norma costituzionale immediatamente precettiva che impone di tutelare la legittima pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, se del caso, anche attraverso una sentenza di accertamento» (158). In generale, sul rapporto tra giustizia amministrativa e diritto comunitario, v. R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, e E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, 2° ed., Padova, 2003; sul rapporto tra giustizia amministrativa e Convenzione europea, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007. Sul punto, v. I. M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e giurisdizione*, in V. PARISIO - A. PERINI, *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, 20 ss., secondo cui se «il problema costituzionale della giurisdizione poteva trovare convincente soluzione anche prima della modifica dei primi due commi dell'art. 111 della Costituzione [...], con la novella dell'art. 111 la Costituzione diventa più chiara su due aspetti fondamentali: il giusto processo e la parità delle parti [con la conseguenza che] il (livello) costituzionale del più chiaro collegamento della giurisdizione al principio del giusto processo deve, in tal modo, ormai fargiustizia della tesi dei 'limiti esterni' su cui si è attestata la giurisprudenza delle Sezioni Unite: queste non potranno più disconoscere che fra i 'motivi inerenti alla giurisdizione' dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost. rientrino i valori del 'giusto processo'».

⁵⁴³ V. P. DELVOLVÉ, *Constitution et cassation*, in *Justice et Cassation*, n° 1, 2005, 136 ss. In origine a tutela della legalità oggettiva, quale «recours destiné à faire respecter le droit, [...] devient un recours destiné à faire respecter les droits».

illegittimo⁵⁴⁴, o alla violazione di norme processuali di modo che l'*error in procedendo* si sia risolto in un radicale stravolgimento delle norme di rito tale da esitare in un diniego di giustizia, o, infine, alla violazione, integrata da parte di una sezione semplice, del principio di diritto reso dall'Adunanza plenaria⁵⁴⁵.

Dunque, questione di giurisdizione intesa non più quale riparto, ma anche esercizio del potere giurisdizionale in modo conforme ai principi processuali fondamentali: principi che, pur essendo già impliciti nell'ordinamento quali i principi del contraddittorio⁵⁴⁶, della parità delle parti, dell'imparzialità del giudice⁵⁴⁷,

⁵⁴⁴ Con riguardo alla decisione del Consiglio di Stato di non annullare, ma di dichiarare l'illegittimità, senza effetti caducanti.

⁵⁴⁵ Cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 108 ss.; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 57; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, 2, *Impugnazioni*, Torino 1990, 145 ss. In precedenza, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1033 ss.; F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, cit., 320 s.; L. CANNADA BARTOLI, *Impugnabilità in Cassazione, ex art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 958, secondo cui «la stessa nozione di giurisdizione quale esplicazione di sovranità e fondamentale funzione statale viene sensibilmente incisa dall'obbligo di rinvio nei casi non chiari, e perciò va in qualche misura riconsiderata nel suo modo d'essere (al pari di quantopiù generalmente si riconosce per il potere legislativo e quello esecutivo), in relazione alla limitazione di sovranità cui lo Stato ha acconsentito ex art. 11 Cost. aderendo alla costruzione europea»; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e 'non annullamento' dell'atto illegittimo*, in *Urb. e App.*, 2011, 939; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, cit., 87 ss. V. Cass. civ., Sez. Un., 9 febbraio 2015, n. 2361, che, in luogo dell'invasione delle attribuzioni dell'Adunanza Plenaria e dell'omissione della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, accerta un *error in procedendo*.

⁵⁴⁶ Cfr. N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974; N. PICARDI, *Torniamo al giudizio?*, in Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 233 ss.; E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 861 ss., ove si afferma che «c'è processo, quando nell'iter di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla sfera di ricognizione dei presupposti su piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare». Fazzalari aggiunge che «nonostante l'art. 24 della Costituzione abbia costituzionalizzato il principio del contraddittorio sostanziale facendone, come è stato efficacemente detto, la magna charta di ogni tipo di processo, ivi compreso il processo amministrativo, il contraddittorio vive nel processo amministrativo una vita grama: le prescrizioni legislative sono minime; la giurisprudenza oscilla fra il pragmatismo del caso per caso e il quieto vivere; la dottrina lo ha quasi completamente ignorato, probabilmente perché lo ritiene di scarso interesse teorico. Ridotto alla sua essenza, il principio del contraddittorio presenta due direzioni di applicazione: a) alla posizione delle parti nel processo che deve essere paritaria [...] nello scontro dialettico che costituisce l'essenza del processo; b) alla costituzione del rapporto processuale, dove il principio *audi et altera pars* impone che tutte le parti che saranno coinvolte dal disposto della sentenza siano presenti nel, o comunque chiamate a partecipare al, processo». V. F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in B. CAPPONI - V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile*, Napoli, 2002, 57.

⁵⁴⁷ V. E.T. LIEBMAN, *Fondamento del processo dispositivo*, cit., 559, il quale definisce l'imparzialità come «la posizione dell'organo che provvede, nei confronti della regola giuridica cui è data attuazione, posizione che consiste nell'estraneità dell'organo stesso alla regola e quindi alla natura su cui deve esercitare il suo giudizio» e aggiunge che è «una delle note distintive essenziali della figura del giudice» e che «l'imparzialità del giudice rischia di rimanere compressa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo» (561). Sul rapporto tra principio della domanda e imparzialità del giudice, v. V. ANDRIOLI, *Prova*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, 1967, 278 s.; E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 337 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma del*

essi sono assurti dalla Convenzione al rango di diritti fondamentali, tali da non poter essere compresi da parte del Consiglio di Stato⁵⁴⁸.

Secondo la dottrina maggioritaria, la questione di giurisdizione non è altro che una questione pregiudiziale di rito⁵⁴⁹, dacché le questioni pregiudiziali di rito concernono requisiti, quali competenza del giudice, giurisdizione, legittimazione ad agire, attinenti alla valida instaurazione o prosecuzione del processo.

Convenzionalmente, «da nozione di questione di giurisdizione [è la] *questione relativa alla spettanza o meno del potere decisorio su una determinata controversia in capo al giudice civile ordinario, in ragione dell'attribuzione normativa del potere decisorio o, più genericamente, provvedimento ad un soggetto non appartenente alla giurisdizione civile ordinaria dello Stato*»⁵⁵⁰.

processo civile: ancora una legge a costo zero, in *Foro It.*, 2009, V, 222, secondo cui «il fundamentalissimo principio della domanda [è] posto a baluardo del valore della sua [del giudice] terzietà e imparzialità». *Contra*, M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1959, 62 ss., secondo cui il giudice non deve essere imparziale «rispetto al processo, né, tanto meno, rispetto al giudizio, ossia rispetto alla giustizia della decisione» (63).

⁵⁴⁸ Tuttavia, come si avrà modo di dare conto nel paragrafo successivo, pur condividendo la necessità di un controllo di legalità sul Giudice Amministrativo di natura cassatoria per le ragioni esposte, il profilo, sul quale gravano i dubbi maggiori, è l'individuazione dell'organo giurisdizionale all'uopo preposto, che non può riconoscersi nelle Sezioni Unite per i vincoli costituzionali di cui già si è ampiamente trattato e per la tradizione di autonomia e specialità, di cui sempre è stata rivestita la magistratura amministrativa.

⁵⁴⁹ Cfr. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., 71 ss. e A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 126. Generalmente, si afferma che la questione di giurisdizione è una questione pregiudiziale di rito, come risulta da N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2° ed., Milano, 2010, 72; F. MARINUCCI, *sub art. 279*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, 99; E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, cit., 70 s. In D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 8 ss., risulta una categoria di questione pregiudiziale di rito, comprensiva la questione di giurisdizione, di competenza e di tutte le altre pregiudiziali attinenti al processo, di talché «le questioni processuali aventi carattere pregiudiziale soggiacciono a un regime tendenzialmente omogeneo» (11). V. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 208, secondo cui «la nozione di giurisdizione [...] ha carattere positivo, non ontologico»; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5° ed., Napoli, 2006, 247, 514, secondo cui le questioni di giurisdizione sono quelle indicate all'art. 37 cod. proc. civ., mentre i motivi attinenti alla giurisdizione di cui all'art. 362 cod. proc. civ. coincidono con le questioni di giurisdizione *ex art. 37 cod. proc. civ.*, aggiungendo che gli artt. 41, 187, comma 3, e 279, comma 2, nn. 1 e 4, cod. proc. civ., stabiliscono una precisa distinzione tra questioni attinenti al processo e il merito; e la nozione di pregiudizialità relativa alle questioni processuali (tra cui la giurisdizione) «pare doversi intendere [...] in senso quasi puramente etimologico, come necessità che la relativa questione [...] sia affrontata e risolta prima delle questioni sull'esistenza del diritto sostanziale dedotto».

⁵⁵⁰ V. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., 87; S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 388 ss.; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 59, secondo cui «l'art. 37 c.p.c. [...] è norma nata nel processo civile, ma diventa trasversale anche negli altri processi, quello amministrativo, quello contabile e gli altri processi speciali. Ogni giudice, infatti, verifica, in via pregiudiziale la propria giurisdizione, quale condizione di decidibilità della domanda nel merito»; G. ABBAMONTE - A. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, 2° ed., Padova, 2001, 481 ss., secondo cui l'«espressione piuttosto generica» di cui all'art. 111, comma 3 (ora 8) Cost., deve essere sostanziata con riferimento all'art. 103 Cost., che individua i limiti della giurisdizione, quali inesistenza di una situazione giuridica soggettiva tutelabile in sede giurisdizionale; spettanza della giurisdizione ad altro giudice; esercizio della giurisdizione in carenza di potere o esercizio di poteri riservati all'Amministrazione.

La questione di giurisdizione, quindi, coincide con la verifica della spettanza o meno della *potestas iudicandi* in capo a qualsivoglia giudice, da stabilire sulla base della consistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta o sulla base della materia oggetto di controversia.

In realtà, come già concluso nel paragrafo primo del presente capitolo, l'indagine circa la natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, se, cioè, sussista o meno un interesse legittimo, non costituisce questione di giurisdizione, dacché, per le ragioni esposte nei paragrafi precedenti, «attribuire alla Cassazione quale giudice della giurisdizione il potere di stabilire se sussista o meno la situazione giuridica tutelabile (cioè se l'interesse sostanziale sotteso alla controversia sia suscettibile di protezione) significa attribuirle proprio il potere che dovrebbe spettare al giudice del merito della controversia»⁵⁵¹.

Si tratta dei casi in cui «manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere»⁵⁵².

La ragione risiede nel fatto che prodromica alla delibazione circa la sussistenza o insussistenza della *potestas iudicandi* si pone non l'accertamento in concreto della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio quanto la qualificazione della medesima in termini di diritto soggettivo, interesse legittimo o interesse di mero fatto.

Nel caso in cui essa sia configurata in astratto alla stregua di interesse di mero fatto, è evidente che ne deve conseguire una sentenza solo formalmente in

⁵⁵¹ V. V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra Amministrazione e giudice amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, cit., 388; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Il processo amministrativo. Studi in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 64; P. PATRITO, *I motivi inerenti alla giurisdizione nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, ESI, 2016. Lo sconfinamento del Giudice Amministrativo nella sfera della discrezionalità, lungi dal potersi configurare alla stregua di difetto di giurisdizione, come invece accade in quanto prescritto per il giudice ordinario, costituisce violazione di legge.

⁵⁵² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 1 giugno 2023, n. 15601; Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2023, n. 15058; Cass. civ., Sez. Un., 16 marzo 2022, n. 8600. Cfr. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 366, secondo cui «il giudizio per stabilire se una questione dia luogo ad un diritto subbietivo perseguibile dinanzi ad una giurisdizione o involga la discrezionale libertà dell'autorità amministrativa, essendo un giudizio di merito, importa l'indagine intrinseca sulla fondatezza giuridica della domanda [...]. La dichiarazione che la giurisdizione non può conoscere risolve definitivamente la controversia in modo negativo per l'attore e favorevole per l'amministrazione come parti in causa». V. L. MONTESANO, *Rapporti e «conflitti» tra giurisdizione civile e poteri legislativo ed esecutivo da Lodovico Mortara ad oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 969 ss., part. 977; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione: il procedimento di primo grado, il sistema delle impugnazioni*, 4° ed., Milano 1997, 415 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 274, secondo cui «da sentenza dichiarativa del difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione è sentenza di merito alla stessa stregua di qualsiasi sentenza che rigetti la domanda per assenza nell'ordinamento di una norma che attribuisca giuridica rilevanza o tutela all'interesse azionato». *Contra*, D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, cit., 96 ss., secondo cui «da necessità di una soluzione uniforme impone di ricondurre al rito tutte le pronunce sulla giurisdizione». In tal senso G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 129, che, pur definendo la questione di giurisdizione alla stregua di pregiudiziale di rito, afferma che «il sistema normativo costituito dagli artt. 187, terzo comma, e 279, secondo comma, n. 1 e 4, c.p.c., [...] la distingue [...] rispetto alle altre questioni di rito».

punto di giurisdizione, in quanto, sostanzialmente, essa nega, in virtù della qualificazione della situazione dedotta in giudizio, il bene della vita azionato, così respingendo nel merito la domanda.

Allora, l'assunto secondo cui la questione di giurisdizione è questione pregiudiziale di rito, non pare condivisibile, in quanto il «diniego di giurisdizione» a fronte di un interesse legittimo cela, in realtà, una questione di merito e, quindi, rientra nei limiti interni⁵⁵³.

Parimenti si dica in ordine ai presupposti processuali e alle condizioni dell'azione.

Tradizionalmente, i limiti interni attengono ai presupposti processuali e alle condizioni dell'azione, così come alla sufficienza e logicità della motivazione della pronunzia, alla valutazione delle situazioni di illegittimità denunciate, all'interpretazione degli atti amministrativi, all'accertamento della definitività di questi ai fini dell'ammissibilità del ricorso giurisdizionale⁵⁵⁴.

Ciò è dovuto al fatto che presuppongono la spettanza della giurisdizione e ne postulano l'esercizio.

Senza addentrarsi nel secolare dibattito del rapporto tra legittimazione a ricorrere o interesse a ricorrere e interesse legittimo quale situazione sostanziale finale o strumentale, né della dicotomia tra legittimazione a ricorrere quale

⁵⁵³ V. A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro It.*, 1984, V, 90 s., secondo cui «le norme sulla giurisdizione sono non solo norme dirette ad individuare a quale giurisdizione appartenga il giudice legittimato a pronunciarsi sulla singola controversia, ma anche norme sul procedimento e sui possibili contenuti della tutela [...]; le norme sulla giurisdizione (a differenza delle norme sulla competenza) sono per definizione destinate ad influenzare lo stesso risultato del processo, il contenuto della decisione, in quanto il giudice indicato come fornito di giurisdizione rinvia l'ambito dei propri poteri giurisdizionali dalle stesse norme attributive della sua giurisdizione». Parimenti, v. A. LAMORGESE, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, in *www.federalismi.it*, secondo cui «anche la decisione su questioni processuali è idonea ad attribuire alla parte un concreto bene della vita, e ciò vale soprattutto per le questioni di giurisdizione, anche perché la tutela sostanziale cui la parte può concretamente aspirare è diversa a seconda di quale sia il giudice (ordinario o speciale) individuato come competente». In risalente giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 22 aprile 1963, n. 1023, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 440, secondo cui «la pronunzia sulla giurisdizione è pronunzia di merito in quanto affermazione astratta della sussistenza di un diritto e della sua lesione, ma non esaurisce l'esame di merito del fondamento della domanda, il cui accertamento la controversia richiede».

⁵⁵⁴ Cfr., Cass. civ., Sez. Un., 27 giugno 2003, n. 10291; Cass. civ., Sez. Un., 5 giugno 1998, n. 522, *ivi*, 1998, 1217, secondo cui «la deduzione della improponibilità della domanda di annullamento delle concessioni per essere al momento della sua proposizione iniziata da tempo la costruzione integra nella sostanza una eccezione di difetto assoluto di giurisdizione e, quindi, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, una questione di merito e non di giurisdizione». Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 gennaio 1993, n. 5, *cit.*, ove le Sezioni Unite, muovendo dalla premessa che «se la dichiarazione di improponibilità della domanda equivale alla dichiarazione di infondatezza della stessa e quindi a una pronuncia di merito è allo stesso modo decisione nel merito quella con la quale il giudice si astiene dal giudicare per la presenza di un precedente giudicato sulla questione oggetto del giudizio», con la conseguenza che in entrambi i casi si tratta di una violazione dei limiti interni. Si afferma, infatti, come «costituisca la violazione del giudicato *error in procedendo* - nell'ipotesi che il giudicato si è formato nello stesso processo - o *error in iudicando* - qualora la cosa giudicata si è formata in altro giudizio [...] - su tale violazione, ove commessa dal giudice amministrativo, le Sez. Un., non possono in alcun modo intervenire, proprio per il fatto che si tratta di deduzione che non investe i limiti esterni della giurisdizione».

effettiva titolarità dell'interesse legittimo o legittimazione quale mera affermazione della medesima, ciò che rileva ai fini della presente trattazione è l'assunzione delle predette problematiche entro la potestà giurisdizionale del Giudice Amministrativo.

Che si tratti di questioni di diritto processuale o di diritto sostanziale o di questioni di rito o di merito, in entrambi i casi non sono sussumibili nelle questioni di giurisdizione, spettando la conformazione dell'interesse legittimo o, meglio, la qualificazione del rapporto giuspubblicistico, quale esito dell'attività interpretativa secondo lo spirito della legge, alla giurisdizione amministrativa.

Ne consegue che, allorché il Giudice Amministrativo si pronuncia su questioni pregiudiziali di rito quali il difetto di legittimazione o l'interesse a ricorrere⁵⁵⁵, come accaduto in ordine ad associazioni ambientaliste o operatori economici, non denega la propria giurisdizione ma, in forza della spettanza della giurisdizione e in difetto di un presupposto processuale, la esercita rigettando la domanda in rito.

Dunque, il rigetto della domanda in rito per difetto di una condizione dell'azione o di un presupposto processuale non può sussumersi nel diniego di giurisdizione *sub specie* di diniego di giustizia, dacché, se così fosse, il giudice non avrebbe neppure la *potestas iudicandi* per addentrarsi nella disamina della questione pregiudiziale di rito⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2667, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 463. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2015, n. 20413, in *Foro amm.*, 2015, 10, 2485, ove è considerata una sentenza del Consiglio di Stato che, in una controversia relativa alla tutela di un determinato bene culturale, ha dichiarato il difetto di legittimazione attiva di un'associazione ambientalista: una pronuncia avente ad oggetto un'attività interpretativa nell'orbita dei limiti interni della giurisdizione amministrativa.

⁵⁵⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 1999, n. 928, in *Foro it.*, 2000, I, 431, secondo cui «il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni rese in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato o dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio [...]», aggiungendo che «da questione circa l'effettiva appartenenza al ricorrente dell'interesse legittimo (nella giurisdizione generale di legittimità) o di una posizione soggettiva tutelabile (nella giurisdizione esclusiva) e anche dell'interesse processuale a ricorrere (c.d. interesse ad agire) non limita la giurisdizione del giudice amministrativo, ma rappresenta soltanto, in termini generici, una condizione o un presupposto per ottenere una qualsiasi pronuncia sul merito del ricorso; e da questa premessa è stata tratta la conseguenza che l'apprezzamento, positivo o negativo, da parte del giudice amministrativo circa la titolarità nel ricorrente dell'interesse sostanziale, della legittimazione o dell'interesse ad agire, anche se asseritamente errato nei presupposti di fatto o nelle premesse di diritto, indicando semplici errori *in iudicando* o *in procedendo*, rimane estraneo al controllo dei limiti esterni della giurisdizione».

Parimenti distinguere la proponibilità in astratto⁵⁵⁷ e la proponibilità in concreto della domanda⁵⁵⁸ si risolve un'attività meramente speculativa, senza oggettivi addentellati normativi⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 16 marzo 2022, n. 8600, secondo cui il difetto assoluto di giurisdizione si ha solo quando in ordine ad una determinata controversia manca in astratto, in qualsiasi giudice, il potere di emanare una decisione sia di merito, sia anche solo processuale. Questa situazione si verifica per improponibilità assoluta della domanda esclusivamente quando, alla stregua dei fatti allegati, non si rinvenga nell'ordinamento alcuna norma o principio astrattamente idonei a far rientrare la posizione dedotta fra quelle suscettibili di tutela giurisdizionale, quando, cioè, nell'ordinamento non sia dato rinvenire alcuna norma, o principio giuridico, in base ai quali le pretese allegate rientrino in una delle categorie di posizioni giuridiche soggettive suscettibili di tutela diretta o indiretta.

⁵⁵⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 1951, n. 1330, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 35, con nota di E.T. LIEBMAN, *Domanda infondata e regolamento di giurisdizione*. In origine le Sezioni Unite, in sede di regolamento di giurisdizione, hanno affermato la possibilità di configurare il difetto assoluto di giurisdizione nel caso di improponibilità della domanda per inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma ciò ha comportato una costante verifica sull'esistenza del diritto controverso e una decisione sulla giurisdizione coincidente con un giudizio di merito. In ordine al tentativo di distinguere tra una domanda "semplicemente infondata" e una domanda "assolutamente improponibile", l'Autore ha affermato che «dichiarare l'inesistenza del diritto fatto valere dall'attore significa sempre decidere il merito della causa, e ciò tanto se la questione si presenta dubbia e complessa quanto se essa è invece semplice ed evidente». Ardua la distinzione, in alcune successive decisioni, tra una domanda assolutamente improponibile e una infondata, annoverata la prima fra le questioni di giurisdizione. Parimenti, ostico distinguere l'indagine sulla sussistenza in concreto di tutte le condizioni per la tutela di una situazione soggettiva, correlata all'interpretazione della disciplina, collocata nell'area del merito, da quella sulla esistenza di una disposizione normativa che tuteli la situazione dedotta in giudizio.

⁵⁵⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 gennaio 1993, n. 5, cit., secondo cui l'equivalenza tra dichiarazione di improponibilità e dichiarazione di infondatezza, sono da ricondurre al merito. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 1993, n. 5238, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 46, che qualifica la configurabilità o meno di un interesse suscettibile di tutela giurisdizionale come problema di giurisdizione. Cfr. Sez. Un., 23 dicembre 1988, n. 7022, in *Giust. civ.*, 1989, I, 883, secondo cui non è possibile «confondere l'infondatezza della domanda con il difetto assoluto di giurisdizione in quanto le questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme o principi che astrattamente contemplino e tutelino la posizione di diritto soggettivo fatta valere in giudizio atengono al fondamento della domanda e non alla giurisdizione, anche quando sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile nei confronti della p.a.». Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 settembre 1997, n. 9550, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1811, secondo cui «la deduzione della improponibilità assoluta della domanda per insussistenza, nell'ordinamento, di una norma astratta idonea al riconoscimento ed alla tutelabilità della posizione soggettiva fatta valere in giudizio, introduce una questione che attiene al merito e non alla competenza giurisdizionale del giudice adito»; Cass. civ., Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, 802, secondo cui «è questione che riguarda il modo in cui [la] giurisdizione è esercitata stabilire se chi domanda tutela davanti al giudice amministrativo versi nel caso concreto in una situazione di fatto corrispondente ad una situazione di interesse legittimo. Attiene invece alla giurisdizione stabilire se in relazione all'atto compiuto dalla pubblica amministrazione è configurabile, secondo l'ordinamento, una situazione di interesse protetto», aggiungendo che «risolvere la questione di giurisdizione consiste allora nello stabilire se esistono norme che, disciplinando l'agire della pubblica amministrazione come mezzo per la cura di un interesse pubblico, prevedono che, in una data situazione tipica, trovino per questa via realizzazione interessi di privati convergenti con quelli pubblici»; Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 2003, n. 10734, secondo cui «l'art. 111, terzo (ora ottavo) comma, Cost., nell'ammettere il ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, rende ammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere. Non è, per contro, ammissibile il ricorso in cassazione che asserisca un'erronea interpretazione della norma di diritto, inidonea in concreto a tutelare

La proponibilità in astratto della domanda ovvero la disamina della natura e della consistenza della pretesa vantata dal cittadino funzionale all'individuazione della norma corrispondente⁵⁶⁰ non è altro che una tecnica per estendere il confine del sindacato a valutazioni che pertengono al Giudice Amministrativo, quale giudice competente in via esclusiva a conoscere il rapporto giuspubblicistico⁵⁶¹.

L'accertamento della spettanza della giurisdizione, che implica la qualificazione della posizione giuridica soggettiva (o, meglio, la qualificazione del

l'interesse affermato dalla parte, poiché in tal caso la questione attiene al merito della controversia e non alla giurisdizione».

⁵⁶⁰ Sul rapporto tra interesse semplice e di fatto, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 118, il quale ha precisato che «si tratta [...] di una categoria, oltre che di incerta collocazione [...], sicuramente spuria, che la più recente dottrina va abbandonando, perché gli interessi che la compongono sono destinati a confluire o nella categoria degli interessi legittimi o nella categoria degli interessi di fatto. I casi infatti sembrano due: o l'ordinamento prevede degli strumenti di tutela di questi interessi, strumenti mediante i quali si possono far valere i vizi di merito dell'atto amministrativo [...] e allora i c.d. interessi semplici non sono che interessi legittimi perché i poteri di cui l'interessato dispone sono proprio quelli (o del tipo di quelli) di cui consiste l'interesse legittimo: oppure l'osservanza del dovere di buona amministrazione non è giuridicamente sanzionato [...] e allora si ricade negli interessi di fatto, *sub specie* di interessi globalmente protetti, riconoscendosi tale dovere imposto solo nell'interesse generale».

⁵⁶¹ Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 314, secondo cui l'unica indagine "in astratto" per il giudice, in ordine alla improponibilità della domanda, «non può [...] essere riferita alla insussistenza di un interesse tutelabile, bensì alla impossibilità da parte del giudice, con riferimento ai poteri attribuitigli, di emanare un provvedimento del tipo di quello richiesto [...], oppure alla sussistenza di un ambito riservato al potere dell'amministrazione che sia per legge sottratto al sindacato del giudice». Secondo l'Autore, se nella verifica della giurisdizione si include quella sulla proponibilità della domanda, nel senso di esistenza di una posizione di interesse legittimo tutelabile, sfuma il confine tra questione di giurisdizione e merito e «diventa impossibile stabilire fino a che punto l'indagine è condotta in astratto e dove comincia in concreto, dato che dichiarare l'inesistenza dell'interesse legittimo significa sempre decidere il merito della causa». Si grava in un campo riservato alla specialità del Giudice Amministrativo, investito dalla Costituzione a identificare gli interessi meritevoli di tutela. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Il Consiglio di Stato*, 1978, III, 397, con nota di A. POSTIGLIONE, *L'iniziativa dei cittadini per la difesa degli interessi collettivi*, ove si legge che: «la contestazione di un interesse sostanziale tutelabile dinanzi al giudice amministrativo involge [...] un problema di giurisdizione in quanto attiene ai confini esterni della giurisdizione nei confronti della sfera di attività insindacabile della Pubblica amministrazione» e, inoltre, che «sotto il profilo del difetto assoluto di giurisdizione, [...], la configurazione o meno dell'interesse legittimo implica necessariamente una indagine penetrante sul collegamento fra interesse pubblico e interesse del singolo, che renda differenziata la posizione di quest'ultimo secondo le norme attributive del potere: non si rende quindi senz'altro applicabile il principio, enunciato di solito a proposito dell'azione dinanzi al giudice ordinario [...], che individua un giudizio di merito in caso di interpretazione complessa della norma e delle condizioni della sua applicazione; interpretazione che, nella ipotesi dell'interesse legittimo, è invece connaturale all'istituto». La Corte di Cassazione, dopo avere accertato come, nel caso di specie, non possa essere configurabile né un interesse legittimo né un diritto soggettivo, conclude dichiarando il difetto assoluto di giurisdizione per aver il Consiglio di Stato annullato il provvedimento impugnato esercitando un sindacato nel merito e cassa senza rinvio. Criticamente v. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1693, il quale osserva che un monismo civilistico si imponeva così sul sistema pubblicistico, in quanto nulla avrebbe impedito che un interesse non trovasse protezione nell'ordinamento civilistico e, al contempo, la trovasse invece nel sistema pubblicistico, tradizionalmente caratterizzato da una sfera più ampia di interessi tutelati. Opinabile l'opaca dicotomia fra "esistenza" della norma invocata a tutela e "idoneità" della stessa a garantirla.

rapporto giuridico) e la sussunzione di essa nella norma o principio corrispondente, non può che operare in concreto e, dunque, sulla base delle condizioni dell'azione quali accertate nel caso concreto dal Giudice Amministrativo.

Condivisibilmente, Zingales ha sostenuto che la questione della giustiziabilità della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio o, *rectius*, la tutelabilità della situazione giuridica soggettiva come interesse legittimo o interesse di fatto implica la risoluzione di problematiche relative al merito della controversia, il cui *dominus* è il Giudice Amministrativo.

Ciò di per sé non preclude la competenza sulla giurisdizione delle Sezioni Unite, pur ravvisandosene la contraddittorietà con gli artt. 103, comma 1, 111 e 125 della Costituzione, che in sede cassatoria escludono un terzo grado di merito quanto agli interessi legittimi o un unico e primo grado in ordine ai diritti soggettivi, in violazione del diritto alla prova e del diritto alla impugnazione contro ogni pronuncia che incida su medesimi.

Sovente la Cassazione si sovrappone al Consiglio di Stato in contrasto con la Costituzione⁵⁶², il cui art. 111, ottavo comma non prevede un terzo grado di giudizio⁵⁶³.

Condivisibili le preoccupazioni di chi ravvisa nella locuzione “forme di tutela” «un cambio di marcia sul piano “sostanziale”, in termini sia di intensità ed estensione del controllo, sia di programmatica volontà di far valere pienamente le (presunte) prerogative della Cassazione»⁵⁶⁴.

Come risulta dalla ultima recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di concessioni demaniali marittime⁵⁶⁵, con cui si è censurato un asserito diniego o

⁵⁶² Cfr. I. ZINGALES, *op. cit.*, in part. 234 ss., il quale evidenzia come la Corte di Cassazione sovrapponga il proprio giudizio di merito a quello del Giudice Amministrativo.

⁵⁶³ A giudizio di una parte della dottrina un terzo grado dovrebbe prevedersi, v. I. ZINGALES, *op. cit.*, 253-254, il quale ritiene che «il potere, accordato dall'art. 111, 8° comma, Cost. alla Suprema Corte (adita, [...]), con la proposizione di un ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato pronunciata in sede di giurisdizione generale di legittimità, di dichiarare il difetto assoluto - accertando, in unico grado, a cognizione superficiale e con efficacia di giudicato sostanziale, l'assenza, nella fattispecie dedotta in giudizio, di posizioni giuridiche aventi consistenza di diritti soggettivi - si pone in contrasto con i principi del diritto alla prova e della garanzia di impugnazione (garanzia consistente, [...]), nella possibilità di ricorrere in Cassazione avverso ogni pronuncia che incida su diritti soggettivi o status, che sia idonea al giudicato e che non sia altrimenti impugnabile), sanciti rispettivamente dall'art. 24, 1° e 2° comma, e dall'art. 111, 7° comma, Cost.».

⁵⁶⁴ Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 1696, il quale sottolinea che «l'impressione è che la Cassazione stia mettendo le mani sul giudice speciale, quasi che abbia assunto le funzioni di un terzo grado di giudizio». Ancora M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 1698, quando si riferisce a un «mandato ben preciso della Cassazione: se ci è stata sottratta la tutela risarcitoria a favore del giudice amministrativo, si dovrà allora ricostituire l'unità civilistica dell'istituto per altra via, e cioè assumendo le vesti sostanziali il giudice di terzo grado, grazie ad una interpretazione e soprattutto un'applicazione lata del controllo sui motivi di giurisdizione». Si tratta di «un vero proprio programma di colonizzazione a tutto campo del giudice speciale», di «indubbia incostituzionalità».

⁵⁶⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32559. Le Sezioni Unite hanno cassato per diniego di giurisdizione la sentenza dell'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021, n. 18 in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, affrontando questioni di diritto

rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni del Giudice Amministrativo che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, avrebbero esitato nel negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) dei medesimi, dequotandoli al rango di interessi di fatto.

Il ragionamento delle Sezioni Unite muove da due premesse non vere: la questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice Amministrativo integra un problema di giurisdizione; costituisce compito delle Sezioni Unite verificare, all'esito di un controllo di tipo sostanziale, se la sentenza impugnata abbia prodotto oggettivamente effetti preclusivi o ostativi all'accesso alla giurisdizione.

Quanto al primo assunto, si rinvia ai paragrafi precedenti del capitolo primo e del capitolo terzo, ove si è dimostrato che dal punto di vista storico-dogmatico-sistematico la qualificazione della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente o interveniente quale interesse legittimo o interesse di fatto è questione di merito ontologicamente intestata in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa.

Quanto al secondo assunto, si ripropone sotto la veste di un sindacato cassatorio pieno su una questione processuale, quale è l'inammissibilità dell'intervento adesivo, lo stesso ragionamento fallace sotteso alle precedenti declaratorie cassatorie in tema di diniego di giustizia⁵⁶⁶.

Evocare il diniego di giustizia o il diniego delle forme di tutela equivale a traslare l'oggetto del sindacato delle Sezioni Unite dalla causa all'effetto ovvero connotare il vizio del diniego di giurisdizione non più in termini eziologici ma in termini effettuali, incorrendo sul piano logico in un'inversione causale, dacché si intende ravvisare il vizio non dagli indici sintomatici della violazione ma dagli effetti della violazione.

Il diniego di giustizia non costituisce motivo inerente alla giurisdizione, dacché non preesiste alla conoscibilità della domanda (nel rito e nel merito) e, dunque, non può essere causa della violazione dei limiti esterni della giurisdizione: in realtà, esso non è altro che l'effetto negativo di un errore

processuale in tema di ammissibilità soggettiva e oggettiva del ricorso per cassazione ex art. 111, u.c., Cost., da parte di associazioni, intervenienti adesive ed estromesse in appello, ed affermando che costituisce motivo di giurisdizione quello con cui si denuncia che il giudice amministrativo ha dichiarato, in via pregiudiziale, l'inammissibilità dell'intervento da parte di un ente portatore di un interesse collettivo o territoriale, senza esaminare in concreto il contenuto dello statuto ovvero senza valutare la concreta capacità di farsi portatore degli interessi della collettività di riferimento. Con la sentenza cassata l'Adunanza plenaria aveva sancito che le norme legislative nazionali che avessero disposto la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative erano in contrasto con il diritto eurounitario (e, segnatamente, con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE) e, pertanto, non dovevano essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione, salva, tuttavia, al contempo, l'efficacia delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere sino al 31 dicembre 2023.

⁵⁶⁶ Sul punto, cfr. A. CASSATELLA, *Gli incerti confini dell'arretramento di giurisdizione: sabbie mobili?*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, fasc. 3.

interpretativo di norme processuali o sostanziali, che postula *ab origine* la spettanza della giurisdizione⁵⁶⁷.

Il diniego di giurisdizione non si pone in una relazione di identità con il diniego di tutela, ma in un rapporto eziologico di causa - effetto, di talché esso non è il diniego di una specifica tutela della situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento nazionale o europeo, ma un vizio ontologicamente autonomo che esita nel diniego di qualsiasi tutela.

Il diniego di giurisdizione si pone quale fattispecie speculare al difetto assoluto di giurisdizione⁵⁶⁸: mentre, al ricorrere del primo, seppur in presenza di un rapporto giuspubblicistico, il giudice nega una giurisdizione che ha; al ricorrere del secondo, seppur in difetto di un rapporto giuspubblicistico, il giudice afferma una giurisdizione che non ha⁵⁶⁹.

Entrambe le fattispecie condividono il medesimo presupposto fondato sulla sussistenza o meno nell'ordinamento di una norma che tuteli la posizione giuridica soggettiva o che renda giustiziabile la pretesa fatta valere.

Ne consegue che il diniego di tutela, che non si risolve nel diniego di ogni tutela e quindi nel diniego di giurisdizione ma nel diniego di una specifica tutela,

⁵⁶⁷ Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 10. Nella Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5070 si afferma che «non è predicabile una violazione delle regole del riparto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo per il sol fatto che quel giudice, con la sua decisione abbia determinato l'effetto finale da essa conseguente di negare e, quindi, precludere, la tutela giurisdizionale ad una situazione giuridica soggettiva, che, secondo le regole astratte del riparto di giurisdizione, potrebbe ottenere tutela soltanto dinanzi ad esso». Secondo la Cassazione, «occorre, invece, che il risultato non sia l'effetto del modo in cui il giudice amministrativo ha applicato regole di rito disciplinanti il processo dinanzi ad esso oppure regole di diritto sostanziale inerenti alla vicenda dinanzi ad esso introdotta, bensì che sia l'effetto del convincimento erroneo da parte di quel giudice che la situazione giuridica dedotta non appartenga all'ambito della giurisdizione ad esso devoluta», integrandosi «la lesione delle regole sulla giurisdizione, che nella specie, essendo la situazione giuridica deducibile solo dinanzi al giudice amministrativo, assume il carattere di diniego di una qualsiasi tutela giurisdizionale per esservi soltanto una giurisdizione, quella negata dal giudice amministrativo». Nella Cass. civ., Sez. Un., 13 maggio 2013, n. 11345 si afferma che il diniego di giurisdizione sia cassabile quando il diniego di tutela «si radichi nell'affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda», non comprendendo «quel diniego che discenda direttamente ed immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo». Lamorgese osserva, che «gli errores in iudicando e in procedendo, se molto gravi, ben possono essere e di norma sono sintomo del superamento dei limiti esterni della giurisdizione, sicché negare il sindacato sui predetti errores potrebbe comportare un diniego del controllo sulla giurisdizione».

⁵⁶⁸ In C. CERETI, *op. cit.*, 313-314, si osserva che vi sono «ipotesi nelle quali anche il supremo organo giurisdizionale amministrativo, al pari del magistrato ordinario possa essere riportato all'osservanza dei limiti posti dalla legge all'esercizio della potestà giurisdizionale che gli è propria, senza che ricorra un "conflitto" cioè senza che esso abbia invaso la sfera della giurisdizione di altro organo giurisdizionale di ordine diverso o delle potestà di organi di altro potere». Pertanto, quello che rileva per il Consiglio di Stato non è tanto il rapporto tra poteri diversi o tra organi di ordine diverso, quanto «di limiti della giurisdizione nell'organo giudicante». Con la conseguenza che «il compito della Cassazione si estende a stabilire se e quale giudic o addirittura se *nessun* giudice abbia giurisdizione nel senso voluto dall'attore e che la Corte possa dichiarare la domanda assolutamente improponibile».

⁵⁶⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 1 giugno 2023, n. 15601; Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2023, n. 15058; Cass. civ., Sez. Un., 16 marzo 2022, n. 8600.

postula la spettanza della giurisdizione e consegue per lo più alla declaratoria del difetto di un presupposto processuale o condizione dell'azione e, dunque, non può assurgere a sottospecie del diniego di giurisdizione, con ciò acquisendo l'idoneità ad integrare il superamento dei limiti esterni.

In realtà, il *punctum dolens* del sistema di Giustizia Amministrativa, così come si è andato costituendo, è di natura marcatamente strutturale: l'assenza di un sindacato cassatorio interno alla giurisdizione amministrativa, comprensivo di un controllo di competenza latamente inteso come coniato nel sistema francese e di un controllo di legalità endoprocessuale sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto⁵⁷⁰ da parte del Giudice Amministrativo.

La natura di magistratura speciale del Consiglio di Stato, quale giudice delle controversie di diritto pubblico, ha modellato sia l'architettura pre-costituzionale sia la ratifica costituzionale.

Tuttavia, l'anomalia monista costituzionalizzata all'art. 111, comma ottavo Cost. ha alimentato la tensione tra le incursioni interventiste del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico e l'esclusività della nomofilachia giuspubblicistica della giurisdizione amministrativa⁵⁷¹.

Specialmente allorché il legislatore ha incrementato le materie devolute al Giudice Amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁵⁷² e ha

⁵⁷⁰ Cfr. L. MORTARA, *Manuale della procedura civile, sub Commento articolo 517 n. 3*, vol. II, Torino, 1921, 121 ss.; F. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 365 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 363; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1952, in part. 438 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1957, 491 ss.; P. CALAMANDREI, *Cassazione Civile (1920)*, vol. II, 48, ora in *Opere giuridiche*, vol. VII, Padova, 1976, 265; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., in part. 570 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, in part. 328 ss.; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, vol. II, Impugnazioni, Torino, 1990, 131 ss.; L.P. COMOGGIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 714 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, in part. 515 ss.; P. CALAMANDREI - C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, 1958, 1053 ss.; S. SATTA, *Corte di Cassazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962; E. FAZZALARI, *Ricorso per Cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 560 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 692 ss.

⁵⁷¹ Cfr. G. AMOROSO, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011. In tema, F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 587 ss.

⁵⁷² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 luglio 1973, n. 2078, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1899. Già negli anni '70 le Sezioni Unite hanno precisato che l'esclusione del ricorso in cassazione per violazione di legge nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti si basa «sia sul piano storico che sul piano sistematico» su una posizione costituzionale, che non tollera che le pronunce di tali giudici siano soggette a una valutazione penetrante sul modo in cui è esercitata la funzione attribuita. Cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, cit., in part. 611 ss. che evidenzia, infatti, che «il moltiplicarsi delle materie sulle quali la giurisdizione amministrativa è divenuta esclusiva, non consente più di ritenere che questa abbia mantenuto il suo carattere solo derogatorio ed eccezionale, rispetto al principio della riserva al giudice civile della tutela dei diritti individuali; rispetto ad un principio che, pur essendo stato costituzionalmente recepito, non è riuscito a condizionare come dovrebbe, l'evoluzione normativa a livello di legislazione ordinaria: dalla quale, piuttosto, sembra essere stato viceversa travolto». V. A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva*

generalizzato in capo al Giudice Amministrativo la somministrazione del rimedio risarcitorio⁵⁷³.

Entrambe le attribuzioni, volte a rafforzare la giurisdizione amministrativa, hanno superato il vaglio della Corte Costituzionale⁵⁷⁴, che, però, unitamente alle

e legittimità costituzionale, cit., 2401-2402; V. CARBONE, *op. cit.*, in part. 88; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, cit., 69-70, nota 165, rileva il rischio che la limitazione, prevista in Costituzione, all'impugnativa delle sentenze del Consiglio di Stato ai soli motivi inerenti alla giurisdizione possa diventare un modo per attribuire al legislatore «il potere di spogliare il titolare di un diritto soggettivo (vantato nei confronti della pubblica amministrazione) del grado di legittimità nomofilattica semplicemente assegnando quel diritto alla giurisdizione amministrativa (esclusiva) in luogo di quella ordinaria»

⁵⁷³ V. A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, in part. 610 ss.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, 68 ss.; Id., *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, 2401-2402; V. CARBONE, *E' costituzionale il nuovo riparto di giurisdizione?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 79 ss.; G. LEONE, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo?»*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 645 ss.; F. VOLPE, *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 1919 ss., secondo cui «ci agitiamo oggi in una situazione non troppo diversa da quella che doveva precedere il concordato Romano - d'Amelio. Una situazione d'incertezza generale sui limiti interni di giurisdizione e sull'estensione dei mezzi di tutela contro l'agire *contra legem* dell'Amministrazione». V. A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo* Milano, 2012, 205, secondo cui «i contrasti continuarono con la paura di fondo della Cassazione di perdere il controllo sulle controversie con le pubbliche amministrazioni. Ecco la vera e forse principale ragione che condusse alle famose pronunce n. 500 e n. 501 del 1999 [...]. Nell'incipit della sentenza n. 500 [si, n.d.r.] afferma che tutto è cambiato a seguito del decreto legislativo n. 80/1998 di recepimento delle direttive europee»; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 19, secondo cui la scelta del legislatore del 1998-2000 è stata quella di «superare il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione basato [...] sul concordato giurisprudenziale del 1930». Cfr. G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 378, secondo cui «le coordinate su cui ha da circa un secolo poggiato la storia del riparto tra le giurisdizioni e la fondamentale tappa, quale fu rappresentata negli anni Trenta dal concordato fra Santi Romano e D'Amelio, finiscono con l'essere non più attuali»; F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, cit., 17 ss.; S. MENCHINI, *Le funzioni di nomofilachia nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva dopo la sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2006, 111 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.

⁵⁷⁴ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, ove si afferma che il potere di risarcire il danno non costituisce una materia “nuova”, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio: tale potere «affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.». Si aggiunge che «il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie». Infine, si precisa che «è la stessa

stesse Sezioni Unite, ha esteso l'istituto della *translatio iudicii* tra i due plessi giurisdizionali, con ciò concorrendo alla dequotazione della specialità del Giudice Amministrativo⁵⁷⁵.

Dacché entrambi gli istituti della *translatio* e del giudicato implicito⁵⁷⁶, che hanno indotto un ridimensionamento della questione di giurisdizione, sono stati

Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte 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 nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». In dottrina, v. M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, cit., 969 ss.; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2004; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 976; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piove: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2004; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss. Cfr. A. BARONE, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in part. 13 ss.; E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 25 ss.; M. D'ALBERTI - A. PAJNO, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 299 ss.

⁵⁷⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77. In dottrina, v. C.E. GALLO, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 910 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di Cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, *ibid.*, 1103 ss.; A. SQUAZZONI, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013. V. Cass., Sez. Un., 19 aprile 2004, n. 7374, in *Corr. Giur.*, 2004, 1186, con nota di R. ORIANI, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*. Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 174, secondo cui «l'istituto della prosecuzione del giudizio presuppone un'identità dell'oggetto del contendere [...]. Ma il nostro ordinamento [...] edifica un sistema, in cui la giurisdizione sugli interessi legittimi e quella sui diritti soggettivi sono nettamente separate, anzi incomunicabili, tanto che è possibile la pendenza di due giudizi sulla stessa realtà sostanziale, mutando il *vestmentum* della stessa (una volta interesse legittimo e l'altra diritto soggettivo) e la pretesa azionata (annullamento dell'atto, da una parte, accertamento dell'illegittimità dello stesso e risarcimento danni, dall'altra; accertamento dell'obbligo dell'amministrazione a prendere in considerazione un determinato interesse, nell'esercizio di un potere discrezionale, da una parte, accertamento dell'obbligo dell'amministrazione a dare qualcosa nell'esercizio di un potere vincolato, dall'altra parte). Ebbene, in un sistema siffatto consentire la prosecuzione del giudizio significa introdurre un elemento di rottura ed autorizzare l'attore, con il passaggio da una all'altra giurisdizione, a proporre una nuova domanda, che però si gioverebbe degli effetti sostanziali (v. prescrizione, decadenza, frutti civili) della prima e diversa domanda».

⁵⁷⁶ Alla dequotazione della questione di giurisdizione ha concorso anche la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione limitata al solo primo grado di giudizio, in virtù dell'applicazione dell'istituto del giudicato implicito, e non più in ogni stato e grado del procedimento, anche se la relativa questione non era stata trattata e decisa nel o nei precedenti gradi di giudizio. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1059, in *Urb. e App.*, 2008, 855, con nota di A. TRAVI, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, secondo cui «il difetto di giurisdizione diventa per molti aspetti analogo al difetto di competenza del giudice adito». In argomento, G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. Giur.*, 2014, 84 ss., che afferma «l'evoluzione giurisprudenziale di questi anni è stata, ma caso, caratterizzata da una progressiva svalutazione delle questioni di giurisdizione, dietro le quali vi è un'opzione ideologica ben precisa: ciò che conta è che la controversia sia decisa in tempi ragionevoli da un giudice 'terzo ed imparziale'; e ciò sul presupposto che un 'giudice vale l'altro'. Critiche da G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 274, secondo cui «il nostro ordinamento giuridico, sia

codificati dal legislatore⁵⁷⁷, perde di rilevanza il recente tentativo patrocinato da una parte della dottrina di “strumentalizzare” il diniego di giurisdizione ai fini di un sindacato cassatorio pieno⁵⁷⁸ o ai fini di una nomofilachia unica⁵⁷⁹.

La dequotazione della questione di giurisdizione appare irreversibile, nonostante si tenti di conformare il diniego di giurisdizione in termini di diniego di tutela per ovviare all’espunzione della fattispecie dalla categoria del difetto assoluto di giurisdizione ad opera della Corte Costituzionale, o di dedurre uno sconfinamento nella sfera legislativa sotto il profilo della violazione dei principi del giusto processo di cui all’art. 111 Cost. integrata dalla violazione della normativa unionale⁵⁸⁰.

Già negli anni 2000 la Suprema Corte ha chiarito che la garanzia del “giusto processo”, prescritta dall’art. 111 Cost.⁵⁸¹, non incide sul concetto di

nel suo assetto costituzionale che in quello ordinario, non permette in alcun modo di confondere, o equiparare, le questioni di giurisdizione con quelle di competenza. Si tratta di istituti giuridici profondamente diversi, perché obbediscono a finalità diverse e sono soggetti a regole altrettanto diverse».

⁵⁷⁷ Art. 59 della legge 18 giugno 2009 n. 69 e artt. 9 e 11 cod. proc. amm. del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104.

⁵⁷⁸ V. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020.

⁵⁷⁹ V. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 130-131; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, cit., 622; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 26-27; P. DE LISE, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, II, in part. 2340; C. CALABRÒ, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, II, 2345 ss.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, cit., 74-75, che sviluppa il profilo della «giurisprudenza unica», tema che «si riconnette all’interpretazione della stessa norma da parte del giudice amministrativo e da parte del giudice civile. Con l’estensione della giurisdizione esclusiva sempre più spesso una certa disciplina normativa è all’attenzione del giudice civile nelle vertenze fra privati, ma rileva, in termini analoghi, nelle vertenze demandate al giudice amministrativo nei confronti dell’amministrazione. In questo caso è ragionevole che identiche disposizioni siano interpretate in modo diverso dai due giudici? Non sarebbe più logico che siano interpretate nello stesso modo?».

⁵⁸⁰ V. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; Id., *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 amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del giudizio civile”, svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017*; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020.

⁵⁸¹ V. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 278, secondo cui si ravvisa nel primo e nel secondo comma dell’art. 111 Cost. una precettività piena ed una attenuata. Secondo la prima, vi è un preciso condizionamento della funzione giurisdizionale che si deve sviluppare soltanto con il giusto processo. La seconda, invece, deriverebbe dalla circostanza che il necessario intervento della legge è il vero momento di attuazione, con tutto quanto ne consegue sullo sviluppo del principio. Sulla contrapposizione tra sostenitori e negatori della portata innovativa dell’art. 111 Cost., v. G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1189, il quale ricorda che «annichilita da alcuni con un perentorio ‘niente di nuovo’, la riforma de

giurisdizione, perché va riferita al modo in cui l'esercizio della relativa funzione deve essere disciplinato dal legislatore ordinario, in modo da individuare le forme del processo più idonee per l'effettività del diritto di difesa⁵⁸².

Pertanto, nessuna commistione può insorgere fra profili di diritto materiale e disciplina degli strumenti destinati all'attuazione del diritto materiale, né si può identificare la "giusta decisione" con il "giusto processo": l'ingiustizia della sentenza o, altrimenti detto, il diniego di tutela è oggetto di doglianza attraverso il sistema dei gravami interno a ogni ordine di giurisdizione e non può costituire motivo di esorbitanza dai limiti esterni dell'ordine stesso⁵⁸³.

Non è, quindi, condivisibile la tesi sostenuta da una parte della dottrina e oggi riproposta secondo la quale, nel momento in cui il Giudice Amministrativo non riconosce come tutelabile una situazione che, invece, riceve una protezione da parte del diritto europeo, l'eventuale individuazione del vizio potrebbe comportare un ampliamento dei limiti esterni all'ipotesi di diniego di tutela sotto la specie dell'omessa pronuncia da parte del giudice⁵⁸⁴.

qua è stata, invece, da altri esaltata a tal punto da essere considerata foriera di 'nuovi principi costituzionali' concretanti un nuovo 'modello processuale' (quello del 'giusto processo'), contrapposto alle preesistenti 'garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute'. Tra i primi, S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in M.G. CIVININI - M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 13 ss.; tra i secondi, G. COSTANTINO, *Il giusto processo di fallimento*, in A. DIDONE - P. FILIPPI (a cura di), *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, Milano, 2002, 8 s. V. M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 504 s., secondo cui «le caratteristiche minime essenziali del procedimento giurisdizionale sono due: la legittima costituzione del giudice; la possibilità offerta di partecipare al processo a tutti i soggetti di cui la legge richiede la partecipazione (completezza del contraddittorio) [...]. Sono le garanzie indispensabili perché il procedimento raggiunga il suo scopo: sono il minimo della forma-procedimento, e come tali diventano requisiti formali di ogni atto [...]. In mancanza di sottovalutazione espressa o in genere di disciplina peculiare, le predette caratteristiche vanno considerate come requisiti formali essenziali dell'atto processuale».

⁵⁸² L'obbligo di precostituzione per legge del giudice naturale, l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del giudice, il principio del contraddittorio, il principio della necessaria motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali costituiscono espressione del modo di svilupparsi della giurisdizione.

⁵⁸³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091, cit.

⁵⁸⁴ V. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., secondo cui ha proposto una dilatazione anche all'incompleto esercizio dei poteri giurisdizionali, sia in relazione al tipo di competenza, sia per il tipo di pronuncia: «secondo l'orientamento pacifico della Corte di giustizia e del diritto comunitario derivato, il giudice naturale competente deve disporre dei poteri corrispondenti a tutte le azioni che assicurano una tutela effettiva del diritto violato». Cfr., Corte di Giustizia U.E., 17 settembre 1997, n. 54 in *Urb. e app.*, 1998, 441, con nota di M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*; Corte di Giustizia U.E., sez. V, 21 gennaio 1999, n. 120, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 495 ss., con nota di R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrollrechte)*, 503 ss. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1034. Parimenti, E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 145 ss., secondo cui omissione di pronuncia ed *extra* o *ultra* petizione costituiscono motivi attinenti alla giurisdizione. M. D'ORSOGNA, *Le impugnazioni*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 389, secondo cui l'omissione di pronuncia, l'*extra* o *ultra* petizione dovrebbero integrare motivi inerenti alla giurisdizione, in quanto «ai principi del giusto processo, letti e interpretati alla luce di altri principi di rango costituzionale attinenti al diritto di difesa e alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, andrebbe riconosciuta una portata profondamente innovativa in ordine al concetto

Il vizio di ultra-petizione o, per converso, l'omesso esame dei motivi di ricorso è intrinseco all'esercizio della funzione giurisdizionale⁵⁸⁵.

Infine, il nesso tra effettività della tutela e corrispondenza dei poteri del giudice e quindi la tesi secondo cui la tutela sarebbe effettiva nella misura in cui il giudice eserciti integralmente i poteri corrispondenti all'azione esperita esula

stesso di giurisdizione, idonea a ricomprensivi, come ipotesi di travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione, anche le su ricordate fattispecie, sinora escluse dallo schema dei vizi attinenti alla giurisdizione e che, invece, otterrebbero in tal modo una più solida consistenza, contribuendo così a rendere più definito il processo amministrativo come processo di parti a tutela di situazioni giuridiche soggettive». Critica V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 145 ss., secondo cui si arriverebbe a ritenere ricorribili tutte le sentenze «meramente» processuali del Consiglio di Stato, «avendo il giudice amministrativo rifiutato di esaminare il merito della controversia» (179), mentre «varrebbe [...] anche il discorso inverso e cioè, quando il giudice amministrativo rigettasse eccezioni relative alla inammissibilità o irricevibilità, si potrebbe ricorrere in Cassazione perché il Consiglio di Stato si è pronunciato nel merito [...] pur se non gli era consentito» (183 s.). *Contra* L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza n. 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 385 ss., secondo cui «vengono assimilate, così argomentando, però, due regole di preclusione assai diverse, per almeno due ordini di ragioni. La preclusione derivante dalla tardività del ricorso è espressamente prevista dalla legge ed è quindi l'ordinamento, in questo caso, a conformare la tutela con la previsione di un termine per il suo esercizio. Al contrario, la preclusione derivante dalla pregiudizialità amministrativa (che non a caso, anche i sostenitori continuano a definire 'cosiddetta') non ha alcun fondamento normativo, ma deriva da una operazione interpretativa mediante la quale si connettono in sistema la norma che prevede l'onere dell'impugnazione dell'atto amministrativo entro il termine di decadenza e la norma che attribuisce al giudice amministrativo la cognizione del risarcimento del danno insieme 'agli altri diritti consequenziali'. Sotto altro profilo, la preclusione derivante dalla tardività si configura come regola meramente processuale, non estendibile ad azioni diverse da quella impugnatoria (ad esempio, all'azione di accertamento in sede di giurisdizione esclusiva). Applicando la preclusione derivante dalla pregiudizialità si traspone, invece, una regola processuale dettata per l'azione di impugnazione all'azione di risarcimento e, così facendo, si produce un effetto sostanziale relevantissimo: si impedisce al soggetto danneggiato la scelta fra le azioni di tutela poste a sua disposizione dall'ordinamento e gli si impone, anzi, di esperirle in una determinata sequenza, all'interno della quale tutela demolitoria e tutela risarcitoria assumono consistenza assai diversa. Proprio perché l'effetto di preclusione sarebbe, così, generalizzato, sembra ragionevole la tesi delle Sez. Un., che vede in esso non un vizio del modo di esercizio della giurisdizione, ma una violazione della norma che, nell'attribuire la giurisdizione (e quindi la tutela) risarcitoria al giudice amministrativo impone che l'eventuale diniego della tutela sia fondato sulle concrete circostanze della specifica controversia e non sull'astratta configurabilità dell'azione risarcitoria, misurata sul suo rapporto con l'azione di annullamento. Il fondamento del sindacato della Cassazione si trova, quindi, nella portata della norma attributiva della giurisdizione, che nella sentenza viene ricostruita mediante l'esame della tutela risarcitoria quale tutela autonoma, attribuita al giudice amministrativo in quanto tale e quindi da questo denegabile nel caso concreto quanto alla fondatezza della pretesa, ma non in astratto quanto all'autonomia dell'azione».

⁵⁸⁵ Cfr. Corte di Giustizia U.E., *Udorovic c. Italia*, 18 maggio 2010, ove si è ritenuta la violazione dell'art. 6 Cedu in un caso in cui il giudice non aveva preso in considerazione un motivo dedotto dalla parte. Del resto, il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è corollario di quello di imparzialità e terzietà del giudice e del contraddittorio. V. A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna, 2011, 25 ss., 40 ss. Al riguardo, come osservato da R. DE NICTOLIS, *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti - Il rito degli appalti pubblici dono il D.L. 90/2014*, in *Urb. e App.*, 2014, 1147 ss., «la regola positiva posta è l'immediato corollario del principio della domanda e della necessità che il giudice la esamini tutta (art. 112 c.p.c.), e codifica l'elaborazione giurisprudenziale in tema di vizio della sentenza per omesso esame della domanda. Si accetta, in sintesi, la tesi giurisprudenziale secondo cui l'omesso esame della domanda è un vizio revocatorio, fatto rientrare nel travisamento dei fatti».

dalla categoria dell'assoluto difetto di giurisdizione, perché la giurisdizione preesiste a prescindere dalla gradualità dei poteri ivi esercitati.

3.7. *Il diniego di giurisdizione e i principi costitutivi del giusto processo. L'“eccesso di potere giurisdizionale” e la “soggettività” del processo amministrativo: la grave violazione dei principi processuali fondamentali quali elementi essenziali della giurisdizione come violazione dei limiti esterni.*

In dottrina⁵⁸⁶ e giurisprudenza⁵⁸⁷ da tempo si assiste al tentativo di dilatare il diniego di giurisdizione, inteso come diniego di giustizia, a *errores in procedendo* particolarmente qualificati, quali la violazione dei principi costitutivi del giusto processo⁵⁸⁸.

Vi sono annoverati non solo i principi strutturali ma anche quelli funzionali, come il principio della generalità della tutela e dell'inviolabilità del diritto di difesa, il principio della pienezza della tutela, il principio della

⁵⁸⁶ Cfr. I.M. MARINO, *Corte di cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, cit., che evoca S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss. In particolare, v. I.M. MARINO, *Corte di cassazione e giudici «speciali»*, cit., ove l'Autore criticava l'orientamento cassatorio, che qualificava *error in procedendo* la violazione del contraddittorio e l'omessa pronuncia. Secondo L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del 'giusto processo'*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 633 ss., «alla luce delle indicazioni ricavabili dalle esperienze comparatistiche del due process of law (o, se si preferisce, del 'dovuto processo legale') - quel 'processo' non può comunque dirsi 'giusto', se non in quanto la 'legge', da cui comunque è 'regolato', rispetti e realizzi le condizioni essenziali ('contraddittorio', 'parità' delle parti, 'imparzialità' e 'terzietà' del giudice, 'ragionevole durata' del processo), enunciate nell'art. 111, 2° comma. Tali condizioni rappresentano, a loro volta, le garanzie minime, che sono necessarie e sufficienti perché il 'processo', che le rispetti e le realizzi in concreto, possa appunto definirsi come 'giusto', 'equo' e 'dovuto'. V. G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 369, il quale afferma che il ricorso cassatorio è «lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva».

⁵⁸⁷ In tema, v. la ricostruzione giurisprudenziale offerta da B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1589 ss.

⁵⁸⁸ V. A. DE VALLES, *Il concetto di giurisdizione in senso materiale*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1928, I, 297, part. 320, secondo cui «perché la giurisdizione raggiunga lo scopo per il quale è istituita, con tutti gli effetti che dell'attuazione del diritto al caso concreto sono propri, è necessario che l'attività giurisdizionale presenti determinati caratteri: caratteri che possono raggrupparsi sotto la figura di garanzie. Qui la dottrina è più concorde nell'attribuire loro tale qualifica, ma la divergenza di idee rimane ove si tratti di stabilire se queste garanzie immanenti alla funzione giurisdizionale, siano degli *essentialia*, o piuttosto dei caratteri normali, ma non necessari, da cui essa possa prescindere». V. G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., 264 s.; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 285, secondo cui i caratteri della funzione sono l'indipendenza del giudice, il contraddittorio, un procedimento «che assicuri il diritto della parte di avere giustizia, la eguaglianza delle parti, la irrevocabilità della decisione». V. A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 680 ss.; C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*, in *Giust. Civ.*, I, 2004, 2237 ss., secondo cui «restano [...] fuori dalla giurisdizione amministrativa le controversie sul risarcimento del danno arrecato a diritti soggettivi dall'attività svolta dalla pubblica amministrazione *iure privatorum*, o in totale assenza di potere, mancando, in tali casi, gli *essentialia iurisdictionis*».

tempestività della tutela e il principio della massima accessibilità alla tutela nel merito⁵⁸⁹.

I principi strutturali della terzietà ed imparzialità del giudice e del contraddittorio sono coessenziali al principio della domanda, il cui corollario è il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato⁵⁹⁰, che, entro i limiti sopra visti, rileva ai fini della decodificazione della locuzione «soli motivi inerenti alla giurisdizione»⁵⁹¹.

Che il principio della domanda sia connaturato al processo amministrativo è stato sancito autorevolmente dall'Adunanza Plenaria, secondo cui il principio per il quale il giudice deve decidere «nei limiti della domanda», di cui all'art. 34, cod. proc. amm., «esprime il principio dispositivo del processo amministrativo in relazione all'ambito della domanda di parte»⁵⁹².

⁵⁸⁹ V. F. G. COCA, *I principi del giusto processo*, cit., 152.

⁵⁹⁰ Cfr. L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463; G.D. COMPORZI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in <http://www.dsg.unifi.it/upload/sub/150-anniversario/relazioni/giustizia-aggiornata.pdf>; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss., part. 553 ss.; G. VERDE, *Domanda (principio della). I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; Id., *Dispositivo (principio)*, *ivi*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; L.P. COMOGGIO, *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, 1 ss.; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, cit.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Civ.*, VII, Torino, 1991, 57; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 19 ss.; Id., *Contraddittorio*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.; Id., *Processo amministrativo (struttura)*, *ivi*, XXXVI, Milano, 1987, 459 ss.; M. NIGRO, *Domanda (principio della). II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; G.P. CIRILLO - E. TAMBURRINO, *Il giudice amministrativo. L'astensione e la ricusazione dei giudici*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 278, secondo cui il principio della terzietà ed imparzialità del giudice è assicurato dal principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 30 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 401 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, *ibid.*, 617 ss. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 116 ss.; F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, 503; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, cit., 36; G. TROPEA, *L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit., 1025, che sintetizza «la struttura del processo amministrativo, anche ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., è quella propria d'un processo di parti, in cui spetta alle parti e non al giudice il potere di determinare l'oggetto del giudizio, spetta alle parti la disponibilità delle domande e, dunque, la signoria in ogni fase e stato del giudizio».

⁵⁹¹ V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 859 ss., part. 861 s.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1319 ss., secondo la quale «il Codice ribadisce, innanzitutto, la fondamentale regola secondo la quale il giudice deve decidere sempre nei limiti della domanda. Il principio della domanda non è stato codificato in quanto tale, come accadeva nell'art. 3 della bozza di Codice predisposta dalla Commissione, che lo inseriva nella più generale affermazione dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma assume comunque una valenza più ampia di un semplice strumento di delimitazione del *thema decidendum* in ragione delle disposizioni dell'art. 32. Queste disposizioni, infatti, non solo consentono il cumulo di domande connesse nello stesso giudizio, ma impongono al giudice di qualificare l'azione proposta «in base ai suoi elementi sostanziali» e gli consentono di disporre la conversione delle azioni (c. 2)». V. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 113, secondo cui il principio della domanda permette di separare «la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema ed risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo».

⁵⁹² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. It.*, 2015, 1692, con nota di

Esso si giustifica e si apprezza in base ad un canone inderogabile, ossia nell'esigenza di imparzialità dell'organo giudicante: il principio concorre all'imparzialità del giudice, non ostandovi neppure la natura pubblicistica dell'oggetto del giudizio.

Il principio dispositivo concerne, dunque, gli *alligata* e non i *probata*, sui quali opera l'altro principio strutturale del contraddittorio⁵⁹³.

Il contraddittorio postula non solo il diritto a essere edotti su una domanda, ma anche il diritto a essere auditi prima del provvedimento e il diritto alla prova, e, dunque, rileva come garanzia del metodo di acquisizione della prova.

Prodromico al contraddittorio è il principio della parità delle parti, in virtù del quale occorre un meccanismo processuale che metta entrambe le parti nella condizione di fruire di pari diritto alla prova e nella piena parità in relazione alle modalità di assunzione delle prove.

Nei processi a diritto oggettivo il contraddittorio, peraltro, ha uno scopo più contenuto rispetto ai processi a diritto soggettivo, poiché non riguarda la fissazione del *thema decidendum*, per cui non opera il principio della corrispondenza

G.D. COMPORI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, ove l'Adunanza Plenaria ha affermato che «sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita».

⁵⁹³ V. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 22, il quale precisa come il principio dispositivo, quale declinazione del principio di uguaglianza sostanziale, implica che «nel processo siano solamente la parti a compiere quel primo atto dell'introduzione dei fatti che consiste nella loro indicazione»; L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 72 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, cit., 617, nt. 2. In tema, v. S. CHIARLONI, *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, 409, secondo cui il principio dispositivo deve essere «ristretto al principio della domanda con tutte le sue articolazioni», a fronte del fatto che «i poteri del giudice in materia di prove hanno a che fare con il cosiddetto principio della trattazione [...], liberamente disciplinabile sulla base di ragioni di opportunità». Cfr. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2012, 60 ss. secondo cui «se il processo amministrativo è un processo di parti, nel quale sono le parti che formulano le loro domande e chiedono al giudice i seguenti provvedimenti, ne dovrebbe conseguire la regola generale dell'onere della prova [...]. Il sindacato sull'esercizio del potere della pubblica amministrazione rende tuttavia difficile al cittadino la produzione del materiale istruttorio», per cui «il giudice, con l'esercizio di poteri d'ufficio, procederà all'acquisizione al giudizio dell'effettiva prova della corrispondenza della realtà rappresentata dal ricorrente al fatto». V. C.E. GALLO, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *www.ius-publicum.it*, Id., *Iniziativa di parte e poteri d'ufficio nel processo sui contratti della P.A.*, relazione tenuta al Convegno *Il recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il rito speciale degli appalti nel nuovo codice del processo amministrativo e le conseguenze sul procedimento di aggiudicazione*, Torino, 20, 21, 27, 28 gennaio 2011, in *www.workingpapers.iuse.it*, 57, ove osserva che «spetta alle parti individuare l'oggetto del giudizio, chiedere la definizione del medesimo, esperire le impugnazioni o attivarsi per ottenere l'esecuzione della sentenza. La qualificazione in questi termini del processo amministrativo è conseguente anche al riconoscimento, attuato dalla Costituzione agli artt. 24, 103 e 113, di una specifica posizione soggettiva del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione anche quando esercita il potere».

tra il chiesto ed il pronunciato, ed è funzionale al controllo sulla legalità del procedimento e sulla corrispondenza del provvedimento alla legge.

Oltre al principio del contraddittorio, anche quello della terzietà e dell'imparzialità del giudice costituiscono elementi essenziali della giurisdizione⁵⁹⁴.

Il principio della parità delle parti e quello della terzietà ed imparzialità del giudice rappresentano gli elementi essenziali per definire una attività come giurisdizionale.

Essi si declinano nel dovere del giudice di sottoporre alle parti ogni questione rilevata d'ufficio, la cui violazione è sanzionabile nei casi di rimessione al giudice di primo grado.

Assorbiti negli elementi essenziali sono gli elementi "naturali" della giurisdizione, che di regola sono presenti ma non necessariamente ai fini della giurisdizione.

Attengono agli strumenti con i quali si esercita la funzione; ad alcune garanzie soggettive e formali e ad alcuni effetti.

Oggi, non sembra sostenibile che i caratteri formali, quali in particolare le norme sul contraddittorio, sulla discussione, sulla pubblicità, costituiscano meramente elementi "naturali": in realtà, su sollecitazione delle fonti sovranazionali, sono annoverati negli elementi essenziali⁵⁹⁵.

Mentre la giurisdizione in senso statico riguarda il potere astrattamente previsto dalla norma di decidere nel merito censurato come difetto di giurisdizione, la giurisdizione in senso funzionale è il momento di attuazione di tale potere rientrando nei motivi inerenti alla giurisdizione.

Orbene, ci si interroga se la violazione dei principi costitutivi del giusto processo, strutturali o funzionali, incida sui limiti della giurisdizione.

In particolare, ci si chiede se l'attuazione della giurisdizione è problema distinto da quello della giurisdizione stessa e se una giurisdizione parzialmente

⁵⁹⁴ Cfr. G. PIPERATA - A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici. Atti dell'incontro del Gruppo del San Martino*, Venezia, 7-9 aprile 2011, Napoli, 2012.; A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro It.*, 2011, V, 165 ss.; C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nei processi non penali*, in *Foro It.*, 2012, V, 22. In F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 157, per imparzialità si intende la neutralità rispetto agli interessi in giudizio e in F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 156, per terzietà si intende l'equidistanza del giudice rispetto alle parti. In dottrina francese, v. L. CADET, *La légalité procédurale en matière civile*, in *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, n° 636, 15 mars 2006, 3 ss. Tra i «principes qui participent de la notion même de procès, qui expriment l'essence de tout procès», vi sono «le principe de la contradiction et le principe de l'impartialité. Impartialité et contradiction s'épaulent mutuellement; l'une est la condition de l'autre et toutes les deux sont la condition d'une procédure équitable susceptible de conduire à un juste jugement, en y ajoutant l'égalité des armes qui ferme le triangle». V. Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847, «ove il giudice speciale [...] abbia del tutto omesso di applicare le regole processuali sulla riacquisizione ovvero ne abbia fatto un'applicazione solo apparente o abnorme, ci sarebbe un radicale vizio di giudice-terzo che può ridondare in vizio afferente alla giurisdizione».

⁵⁹⁵ V. C.E. GALLO, *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 843 ss.; E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 74.; R. VACCARELLA, *L'inattività delle parti*, cit., 152.

attuata è motivo di violazione del giusto processo o anche di violazione di limiti esterni della giurisdizione medesima.

In taluni casi, anche l'esercizio concreto della funzione giurisdizionale assurge a elemento essenziale: il *quomodo* della giurisdizione può divenire *an* della giurisdizione, come nel caso della totale omessa pronuncia⁵⁹⁶.

Dunque, anche la nozione di funzione giurisdizionale, concepita come il «momento di trasformazione del potere in atto»⁵⁹⁷, può concorrere a determinare la questione di giurisdizione.

Se la funzione è esercitata mediante e all'esito del procedimento, allora anche il procedimento giurisdizionale viene in rilievo ai fini della definizione della questione di giurisdizione, di talché rileverebbero i motivi che interessano il tipo di tutela e le garanzie assicurate dall'ordinamento giuridico.

Sfuggenti sono, altresì, le ipotesi in cui viene in rilievo il diniego di giustizia, quale frutto dello 'stravolgimento' delle norme di rito volte ad assicurare il rispetto dei principi costitutivi del giusto processo.

In più occasioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto remediabile per il tramite della revocazione la violazione di quelle norme processuali funzionali alla garanzia del principio del contraddittorio e della parità delle parti⁵⁹⁸.

Anche con riferimento all'omessa pronuncia in cui sia incorso il giudice speciale, la giurisprudenza è attestata nel senso che essa può integrare errore di fatto revocatorio, ogni qualvolta risulti evidente dalla lettura della sentenza e sia chiaro che in nessun modo il giudice abbia preso in esame la censura medesima⁵⁹⁹.

In particolare, si è affermato che l'errore di fatto revocatorio è ravvisabile anche quando esso cada sull'esistenza o sul contenuto degli atti processuali e determini un'omissione di pronuncia, sempre che l'errore sia obiettivamente riscontrabile attraverso la motivazione della sentenza, in quanto in simili evenienze, la svista percettiva è di natura fattuale, concernendo il verificarsi nella realtà di un accadimento, sia pure di carattere processuale, ed altresì è munita di potenziale attitudine ad influenzare la decisione, traducendosi in omissione di pronuncia.

Parimenti, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che l'errore di fatto revocatorio possa interessare atti o documenti processuali, precisando che la constatazione che l'omessa pronuncia integri violazione del principio di corrispondenza tra il

⁵⁹⁶ V. E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 88, intesa come mancato esercizio della giurisdizione. *Contra* Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 1987 n. 2413, in quanto discende non dal diniego di competenza giurisdizionale, ma dall'applicazione di norme processuali ritenute ostative all'esame della domanda.

⁵⁹⁷ V. F. BENVENUTI, *voce Funzione, I, Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 3.

⁵⁹⁸ Nel sistema della Giustizia Amministrativa, la rilevanza dell'errore di fatto di cui all'art. 395 n. 4, c.p.c. può essere estesa non solo a circostanze fattuali inerenti alla materia controversa, cioè alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, ma altresì al 'fatto' processuale, laddove rifletta la violazione di fondamentali regole procedurali poste a tutela dell'effettività del contraddittorio.

⁵⁹⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2017, n. 4842; Cons. Stato, Sez. VI, 22 agosto 2017, n. 4055.

chiesto e il pronunciato, non esclude che possa esser fatta valere come effetto dell'errore di fatto revocatorio.

Per converso, alcune posizioni emerse in dottrina, di cui già si è dato conto, attraggono l'*extra* o *ultra* petizione all'"eccesso di potere giurisdizionale", che, come illustrato, non integra in alcun modo l'"assoluto difetto di giurisdizione".

Dunque, alle violazioni dei principi del giusto processo, in luogo del ricorso cassatorio, rimedia la revocazione e la remissione.

In tema, come si avrà modo di precisare nel proseguo, la rimessione al primo giudice evita che la violazione degli elementi essenziali determini la privazione di un grado di giurisdizione a danno di una sola delle parti.

Se per volontà del legislatore la violazione del principio costitutivo del giusto processo non rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni in tema di remissione al primo giudice, a maggior ragione non può sovvenire analogicamente il ricorso cassatorio, quale rimedio giurisdizionale avente portata eccezionale e non sussidiaria.

Anche il caso della "totale omessa pronunzia" dovrebbe restare escluso, dacché annoverato dal Consiglio di Stato quale causa di rimessione al primo giudice: appare, infatti, una forzatura il ricorso cassatorio rispetto alla rimessione, quale rimedio estremo volto a garantire il rispetto degli elementi essenziali⁶⁰⁰.

Nella dottrina francese, tanto l'eccesso di potere inteso in senso tradizionale, come violazione della sfera di attribuzioni di altro potere dello Stato, costituisce *rupture d'égalité entre les justiciables*, quanto l'eccesso di potere in senso ampio, come la violazione di regole essenziali della giurisdizione, *in primis*, del principio del contraddittorio e della difesa costituisce *atteinte à l'égalité entre les parties*: il primo costituisce *excès de pouvoir externe*; il secondo, *excès de pouvoir interne*.

Tendenzialmente, il difetto di motivazione, che integra violazione di legge, non integra *excès de pouvoir*: si afferma, infatti, che la motivazione non è elemento essenziale della giurisdizione.

La questione, però, non è affatto incontrovertibile⁶⁰¹: come già affermato, l'omessa motivazione può accompagnarsi alla violazione del diritto della difesa, ad esempio, quando essa postula il mancato esame delle istanze delle parti.

Di fatto, violazione di legge, declinata nel difetto di motivazione, ed eccesso di potere interno possono coesistere.

⁶⁰⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 3 ottobre 2021, n. 31451. Anche la violazione dell'art. 99 c.p.a. integra superamento dei limiti esterni: supera il limite esterno una Sezione del Consiglio di Stato che, non intendendo attenersi ad un precedente dell'Adunanza Plenaria, non rinvia ad essa, ma decida. La Corte di Giustizia, invocando l'effettività del diritto, ha chiarito che, ove lo imponga l'applicazione del diritto europeo, la Sezione, se non condivide l'orientamento dell'Adunanza Plenaria, non solo non è tenuta a rinviare la questione, dovendo adire la Corte di Giustizia, ma, una volta che quest'ultima abbia interpretato il diritto europeo diversamente dall'Adunanza Plenaria, la Sezione deve attivarsi affinché sia applicata tale interpretazione del diritto.

⁶⁰¹ Accanto a pronunzie per cui la violazione dell'art. 6 della Cedu non integra eccesso di potere del giudice, ve ne sono altre contrarie; accanto a decisioni che escludono il difetto di motivazione come eccesso di potere, altre, all'opposto, ritengono che la motivazione costituisca principio essenziale della procedura.

Ciò che preme sottolineare è che, mediante strumenti diversi quali la revocazione o la remissione⁶⁰², si giunge ad offrire tutela a quelle violazioni di legge processuale particolarmente gravi come l'omessa pronuncia o il difetto di motivazione, che più difficilmente sarebbero rimediabili per il tramite del rimedio cassatorio.

Infatti, se si assume che l'omessa motivazione costituisce mera violazione di legge, le sentenze ricorribili per cassazione limitatamente all'*excès de pouvoir du juge* non sarebbero sindacabili, ancorché l'omessa motivazione dissimuli il difetto di pronuncia.

Tuttavia, in luogo di un abuso del rimedio cassatorio, sovviene l'ineluttabilità di una Cassazione Amministrativa, a cui sia devoluta una competenza cassatoria piena soprattutto per le fattispecie più sfuggenti, limitrofe alla giurisdizione intesa in senso funzionale, quali l'omessa pronuncia o l'omessa motivazione.

Impropriamente al "diniego di giustizia" è ricondotta anche l'omessa pronuncia, o, meglio, la "totale omessa pronuncia", che invece il Consiglio di Stato riconduce ai casi di rimessione al primo giudice, differenziandola dall'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso stesso, la quale non dà luogo a remissione.

Una parte della dottrina⁶⁰³ ha individuato un'affinità tra il ricorso per Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione, di cui all'art. 110 c.p.a., e la rimessione al primo giudice, di cui all'art. 105 c.p.a.⁶⁰⁴, sul presupposto che i vizi commessi dal giudice siano talmente gravi, da escludere addirittura il grado di giudizio.

Il nesso tra i due rimedi deriverebbe dal fatto che la questione di giurisdizione è presa in considerazione dagli artt. 353 cod. proc. civ. e 105 cod. proc. amm.

Sul punto si obietta che la rimessione al primo giudice in ordine alla giurisdizione è disposta da un giudice d'appello su una pronuncia di un giudice di primo grado: entrambi gli organi risultano appartenere alla magistratura amministrativa e l'istituto della rimessione rimedia a una violazione del doppio grado di giudizio integrato all'interno della giurisdizione amministrativa⁶⁰⁵.

⁶⁰² V. C. LAVAGNA, *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.*, 1951, II, 1, 142.

⁶⁰³ V. P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, cit.

⁶⁰⁴ Il Codice del processo amministrativo disciplina la fattispecie all'art. 105, prevedendo che «il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiarata nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio». V. D. CORLETTI, *sub art. 105*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit.; A. ROMANO - L. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 3^o ed., Padova, 2009, 990 ss.

⁶⁰⁵ V. S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 2, 163; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, cit., 240 s.; Così S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al T.A.R. per*

D'altra parte, «il principio del doppio grado di giurisdizione, pur non essendo costituzionalmente garantito dall'art. 24, comma secondo Cost., esiste nell'ordinamento: ciò comporta che - per il rispetto del principio di eguaglianza - entrambe le parti devono potersene giovare ove non sussista un ragionevole motivo a giustificazione della parità di trattamento»⁶⁰⁶.

Per converso, il ricorso per diniego di giurisdizione, di cui potrebbe essere viziata una pronuncia della suprema magistratura amministrativa, non può rimediare alle stesse violazioni procedurali, seppur particolarmente gravi, cui potrebbe rimediare la rimessione disposta da un giudice di merito gerarchicamente superiore incardinato all'interno della stessa giurisdizione nei confronti del giudice di prime cure.

Il rapporto, informato al regolamento di giurisdizione, tra le Sezioni Unite e il Consiglio di Stato non è assimilabile al rapporto, ordinato al doppio grado di

erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 419 ss., a commento di Cons. Stato, Ad. Plen., 8 novembre 1996, n. 23, secondo cui «assume carattere di principio generale - comune al processo civile e quello amministrativo - la rimessione della causa al primo giudice tutte le volte che la pronuncia di primo grado sia inidonea a esaurire il grado di giudizio», «occorrendo che: a) la domanda sia stata validamente portata a conoscenza del soggetto chiamato in giudizio; b) al processo abbiano partecipato (dall'atto iniziale e fino all'emana- zione della sentenza) tutti i soggetti legittimati [...]; c) il giudizio si sia concluso con una sentenza esistente perché munita (almeno) dellasottoscrizione del giudice». Nell'esperienza francese, la violazione del doppio grado di giudizio è stata considerata alla stregua di *excès de pouvoir*. Restano escluse l'erronea dichiarazione di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità del ricorso da parte del giudice di prime cure. V. S. CASSARINO, *Il rinvio al giudice di primo grado nella sen- tenza amministrativa di appello*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1 ss.; S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al T.A.R. per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, cit., 423; v. C.E. GALLO, *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, cit., 846, secondo cui la pronuncia idonea a definire la lite non è solo quella che decide nel merito, ma anche quella che «statuisca in ordine alla correttezza o meno del ricorso al giudice». La rimessione è disposta perché l'ordinamento ritiene non affrontate nel primo grado tutte le domande, e «il rifiuto di provvedere nel merito è un diniego di giustizia». Cfr. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 260 ss., il quale ricorda «allorché la sentenza del giudice di primo grado, sotto l'apparente e impropria formula del difetto di giurisdizione, contenga in realtà il rigetto della domanda nel merito (nella specie, per aver accertato, dopo analitica ed articolata disamina, il difetto di una posizione soggettiva giuridicamente tutelabile, ai fini risarcitori, di fronte al potere discrezionale della p.a.), il giudice d'appello, che riformi tale decisione e dichiaridi avere giurisdizione sulla causa, non deve rimettere le parti al primo giudice».

⁶⁰⁶ In dottrina, A. PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. Trim. Dir.Proc. Civ.*, 1971, 1216; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, 2° ed., II, *Le singole garanzie*, Milano, 1982, 185, secondo cui «se un ordinamento contempla uno o più gradi di giudizio successivi al primo, li deve disciplinare in modo che, all'interno di ciascun grado, non risulti alterato il quadro di garanzie stabilito per il giudizio di prima istanza, e necessariamente conforme al paradigma dell'art.6 Conv. Eur.». V. M. PACINI, *Il diritto di accesso al giudice*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 725 ss., part. 727, secondo cui «sebbene la Cedu non riconosca il diritto ad un doppio grado di giudizio in materia civile, i gradi superiori di giudizio già espressamente previsti dagli ordinamenti nazionali soggiacciono al diritto ad un processo equo, ivi compreso il diritto di accesso ad un giudice. In questo modo, la Corte europea fa diretta applicazione di un principio sempre più diffuso in materia di diritti umani, secondo cui gli Stati non sono tenuti a riconoscere determinate situazioni soggettive o a disciplinare determinate attività, ma, se tali situazioni soggettive o attività sono riconosciute o disciplinate, esse rientrano nella sfera di applicazione delle convenzioni internazionali».

giudizio, tra il Consiglio di Stato e il Tribunale Amministrativo Regionale.

Ne consegue che non è condivisibile il tentativo di attingere ai motivi della rimessione per circoscrivere i motivi inerenti alla giurisdizione esperito alla luce dell'art. 24 Cost., perché si fonda su un assunto fallace ovvero l'incardinamento delle Sezioni Unite nella magistratura amministrativa, quale giudice di terzo grado.

Proprio per il fatto che il diniego di giustizia o, altrimenti detto, la totale omessa pronuncia, se derivante dalla violazione di un principio del giusto processo, integra motivo di rimessione al primo giudice⁶⁰⁷, esso non può integrare anche motivo di giurisdizione.

Dunque, alla luce delle precedenti considerazioni in ordine agli elementi essenziali della giurisdizione, il carattere soggettivo del processo amministrativo, compendiato nel divieto di sostituirsi alle parti, entro cui confluiscono tutti i principi processuali fondamentali, potrebbe integrare un parametro per individuare le fattispecie in cui il giudice resti all'interno dei suoi poteri o incorra in eccesso di potere⁶⁰⁸.

Tuttavia, con la precisazione di cui al capitolo primo della presente trattazione sulla alterità dell'eccesso rispetto al difetto assoluto.

Come già riconosciuto dalla scuola palermitana ai tempi della giuspubblicistica liberale ottocentesca, può ritenersi acquisito che il processo amministrativo sia volto a tutelare situazioni giuridiche soggettive e non si può escludere che in alcuni casi sia volto a tutelare l'interesse pubblico, quando ciò non rechi ingiustificato sacrificio alle situazioni giuridiche soggettive e abbia base normativa.

Infatti, la Costituzione garantisce la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma non vieta che il processo amministrativo possa tutelare anche l'interesse pubblico.

Per esempio, la modulazione temporale degli effetti costitutivi delle sentenze di annullamento sottende una ponderazione di interessi di matrice

⁶⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, 19 settembre 2009, n. 7235, secondo cui «l'inammissibilità, pronunciata in un caso del genere, dopo una sentenza di merito dello stesso Tar (la sentenza n. 287 del 1998 esecutiva della sentenza n.455 del 1997), si traduce in una totale omessa pronuncia concretante un caso di violazione del principio del giudice naturale e di «diniego di giustizia» che comporta il rinvio della causa al primo giudice per vizio di procedura. Nel processo civile l'omessa pronuncia non è fra i casi di rimessione della causa al primo giudice, in quanto essi sono tassativamente indicati dagli artt. 353 e 354 codice di procedura civile, nel processo amministrativo - pur dovendosi ritenere che l'erronea declaratoria dell'inammissibilità del ricorso non comporta, di norma, la rimessione della causa al primo giudice - la questione è regolata diversamente essendo consentita la rimessione al primo giudice più largamente per vizio di forma o di procedura che non è ravvisabile per la mera omessa pronuncia derivante da erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso ma è ravvisabile nel caso di totale omessa pronuncia ossia quando sia stata consumata nel processo una violazione delle regole basilari che lo governano quali il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato».

⁶⁰⁸ V. C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 562, secondo cui, in assenza di previsione che consenta di tutelare finalità di interesse pubblico, quando il giudice «si attribuisce dei compiti che non gli spettano, è evidente che il rimedio non può che essere quello di invocare l'intervento di un giudice più asettico, qual è la Corte di Cassazione».

oggettivistica, passibile di ricorso per cassazione per sconfinamento nella sfera del legislatore⁶⁰⁹, come già discusso nella dottrina francese⁶¹⁰ e recentemente

⁶⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280, con nota di C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento* e di A. GIUSTI, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 293; in *Giur. It.*, 2012, 438, con nota di E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*; in *Urb. e App.*, 2011, 927, con nota di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*. V. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, cit., 87 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 253, evocato da M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., 751 ss. Secondo E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 2 ss., la giustizia amministrativa, da un lato, è posta a tutela delle posizioni del privato, ma, dall'altro, costituisce elemento di stimolo all'«osservanza da parte della pubblica amministrazione dei limiti posti all'esercizio della sua attività». V. A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2015, V, 184 s.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 481 ss., secondo cui, se, da un lato, «l'interesse pubblico cui il giudice amministrativo (come, appunto, ogni altro giudice) è chiamato a servire, è quello di dare ragione a chi ha ragione e torto a chi ha torto, a prescindere dal fatto che una delle parti (o più parti, o addirittura tutte le parti, come avviene quando una pubblica Amministrazione ricorre in giudizio contro un'altra pubblica Amministrazione) sia un soggetto pubblico, come tale non portatore di interessi propri ma di interessi della collettività che rappresenta; ciò che si traduce soltanto in alcune particolarità del trattamento processuale della parte pubblica, ad esempio in ordine alla disponibilità delle prove [...]». Tuttavia, non può ignorarsi che le controversie di diritto pubblico, come quelle nelle quali si disputa intorno all'esercizio del potere amministrativo (che è funzione di governo della collettività), presentano, appunto, delle particolarità che giustificano la giurisdizione speciale. Invero, fermo restando il carattere soggettivistico della giustizia amministrativa, ormai acquisito e non può in discussione (ma dubbi e criticità sul punto, furono espressi da Nigro), la giustificazione della sua esistenza, che esclude la cognizione delle controversie di diritto pubblico (salve quelle sopra indicate) dalla giurisdizione comune, sta in ciò, che attraverso il giudizio su dette controversie, si stabiliscono anche le regole dell'azione amministrativa (e proprio nel nuovo sistema caratterizzato dalla pluralità delle azioni, questo carattere si accentua); e in ciò il giudice non può prescindere dalla rilevanza degli interessi in gioco, che non sono solo (come viceversa avviene nelle controversie di diritto comune) gli interessi delle parti dello specifico rapporto di cui si controverte. Basti pensare, stando alla (parziale) rassegna delle azioni che s'è percorsa, alla rilevanza dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, alla valutazione del carattere «vincolato» (o a discrezionalità esaurita) del procedimento al fine della condanna dell'Amministrazione all'adozione di un determinato provvedimento, alla cognizione *nel merito* degli interessi coinvolti nell'ambito dell'esecuzione della sentenza, alla questione del temperamento tra forza del giudicato e *jus superveniens*. Si tratta (a tacere di altri, come in ordine alla giurisdizione sui contratti, non trattata in queste pagine, nella quale il giudice entra nel merito dell'assetto negoziale) di una serie di compiti affidati al giudice amministrativo in molteplici manifestazioni della propria giurisdizione che non troverebbe cittadinanza nella giurisdizione comune». V. D. CORLETTI, *L'opposizione di terzo nel recours pour excès de pouvoir e la crisi della giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 436 ss., secondo cui il *Conseil d'Etat* «non vede la ragione del suo compito nel risolvere i singoli casi, nel dichiarare di volta in volta chi ha ragione e chi ha torto, non aspira a sostituirsi nel singolo evento all'Amministrazione pigra o renitente, né di condannarla a risarcire il danno recato a Tizio o a Caio, ma trova nei singoli casi l'occasione per esporre un principio, una interpretazione della legge, una regola, una 'massima'».

⁶¹⁰ V. J.C. BONICHOT, *L'arrêt AC!: évolution ou révolution?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2004, 1049, che risponde alla domanda, con Hauriou, che «de législateur a la main lourde; il faut souvent autre chose que ce qu'on lui demande», mentre «la jurisprudence a plus de doigté». Cfr. P. IDOUX, *Juger la régulation, c'est encore réguler...*, cit., 1673, se concede che «il est certes permis de débattre de l'opportunité de confier ce rôle régulateur au juge, aux lieux et places des organes politiques notamment», tuttavia conclude nel senso che «l'inflation législative, l'éclatement des sources du droit qui produisent un réseau normatif complexe et la

emerso in quella italiana in ordine alla disciplina transitoria delle autorizzazioni paesaggistiche e delle concessioni demaniali marittime⁶¹¹.

In conclusione, la violazione dei principi costitutivi del giusto processo, connaturali all'esercizio del potere giurisdizionale, integra "eccesso di potere giurisdizionale" quale categoria omnicomprensiva dei caratteri soggettivistici del processo amministrativo, ma non assoluto difetto di giurisdizione.

judiciarisation des rapports économiques, politiques et sociaux, concourent inévitablement à doter le juge des instruments qu'implique cette position d'arbitre dans laquelle, *de facto*, il se trouve placé»; J.-H. STAHL - A. COURRÈGES, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, cit., 445, indicano, quale possibile obiezione al principio della modulazione nel tempo degli effetti dell'annullamento, che esso «revient à reconnaître au juge une forme de pouvoir normatif», con violazione del principio della separazione dei poteri. Gli Autori replicano che rientra nell'ufficio del giudice, come l'annullamento parziale del provvedimento. Secondo R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 13° ed., 2008, 915, il Giudice Amministrativo avrebbe surrogato il legislatore. Sulla tendenza del *Conseil d'Etat* a dettare le regole di procedura, sin dalla sua istituzione in sede contenziosa, v. G. DUMONT, *La participation du Conseil d'État à l'élaboration des règles de procédure de 1806 à 2006*, in J. HAUTEBERT - S. SOLEIL, *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe, I, Le code de 1806 et la procédure civile en Europe, les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe. Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006 par le Centre d'histoire du droit de Rennes 1*, Paris, 2007, 285 ss., il quale conclude che il *Conseil d'Etat* «est, de fait, seul à posséder le pouvoir d'élaborer les règles de procédure: la protection des administrés, puisqu'il faut persister à croire que c'est l'unique objectif des règles ainsi élaborées, est de la sorte renforcée au détriment du respect de la séparation des pouvoirs, au risque de fragiliser paradoxalement les fondements mêmes de la compétence du juge administratif» (299). V. A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e 'non annullamento' dell'atto illegittimo*, cit., 929, secondo cui «la Costituzione, all'art. 113, comma 3, richiede che questi casi siano individuati dal legislatore. È compito del legislatore, e non del giudice, stabilire se possa ammettersi un bilanciamento fra le ragioni della pretesa annullatoria ed esigenze divergenti: l'intermediazione della legge appare irrinunciabile. E la riserva di legge posta dalla norma costituzionale ha un significato importante, che a maggior ragione impedisce al giudice di superarla: la pretesa annullatoria del cittadino è una componente fondamentale della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, garantita dall'art. 24 Cost.».

⁶¹¹ V. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss. e Id., *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. Diritto e Società*, 2021, fasc. 3. Secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato non può essere osservata «quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale», dovendosi, in tale ipotesi, far decorrere gli effetti *ex nunc* ovvero escludere del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. Cfr. *Conseil d'Etat*, 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2004, 1190, con nota di C. LANDAIS - F. LENICA, *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir*, ivi, 1183 ss. Il *Conseil d'Etat*, modificando il proprio precedente orientamento, a mente del quale l'annullamento contenzioso del provvedimento produce, immancabilmente, effetti retroattivi, ha, di recente, affermato che, in casi eccezionali, il giudice può modulare nel tempo gli effetti, allorché «des conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence». Con specifico riguardo alla presente trattazione, come già esposto in Premessa, in relazione all'ipotesi, più astratta che empirica, dello sconfinamento nella sfera del legislatore, si è ritenuto opportuno rimetterne i relativi contorni, altamente speculativi, alla ben più autorevole Dottrina contemporanea, avendo preferito dedicarsi allo sconfinamento e all'arretramento del giudice rispetto all'amministrazione dalla prospettiva delle Sezioni Unite.

Né il diniego di giurisdizione sotto la specie di diniego di giustizia può evocarsi in via sussidiaria, dacché il rimedio cassatorio è inespugnabile, in quanto già remediabile per il tramite della revocazione o della rimessione.

Infatti, accedendo ad una nozione di giurisdizione intesa in senso funzionale, controversa e foriera di strumentalizzazioni del diniego di giurisdizione, si legittimerebbero le Sezioni Unite a sanzionare violazioni che impingono nell'esercizio della giurisdizione e integrano non un difetto o un diniego di giurisdizione quanto un "eccesso di potere giurisdizionale", svolgendo incompetentemente un sindacato cassatorio pieno.

3.8. *Il diniego di giurisdizione e il principio di effettività. Motivi inerenti alla giurisdizione o motivi inerenti alla giustizia?*

In dottrina si sono sollevate perplessità sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale fondamento di una maggior protezione del cittadino: effettività intesa come pienezza di tutela e, dunque, implicante poteri istruttori e poteri decisorii equivalenti ed effettività intesa come attuazione della giurisdizione mediante giusto processo⁶¹².

Solamente in ossequio al principio di effettività si può conseguire lo scopo ultimo cui mira il giusto processo, ossia la giustizia della decisione⁶¹³.

⁶¹² Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2014, 12 s., il quale osserva che «una tutela può dirsi tanto più efficace quanto più è idonea a modellare il fatto al diritto ottenendo un risultato 'pratico', ancorché [...] nel caso singolo e non già al livello generale dell'intero ordinamento». Peraltro, osserva l'Autore, «è evidente che, quanto più la tutela è efficace e il modellamento del fatto opera nei singoli casi, tantopiù è effettivo l'ordinamento, visto che la sua effettività complessiva altro non è che il risultato di una pluralità di singole conformazioni del fatto al diritto». In generale, v. R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 233 s.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Riv. It. Scienze Giur.*, 2010, n.s., 197 ss.; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, cit. Criticamente v. M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Giappichelli, 2021; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2012, 40, che ravvisa, nel principio di effettività, il rischio di un'involuzione autoritaria del giudice; R. DE NICTOLIS, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, in *Urb. e App.* 2012, 1025, secondo la quale «Il concetto di effettività della tutela andrebbe attentamente meditato e riempito di contenuto, rischiando altrimenti di risultare una formula vuota atta a tutto giustificare e tutto consentire»; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 285 ss., il quale afferma che non «ogni bisogno di tutela» possa essere soddisfatto, dovendosi, previamente, accertare il «grado e modo di protezione, in forza delle norme sostanziali, delle situazioni dedotte».

⁶¹³ La Corte di Giustizia ha elaborato il principio della effettività della tutela giurisdizionale del diritto comunitario da parte degli Stati membri, come uno dei principi generali dell'intero diritto comunitario, che insieme a quello di equivalenza, debbono assicurare la piena efficacia del diritto. V. Corte di Giustizia, 15 marzo 2017, C-3/2016 Lucio Cesare Aquino, secondo cui «a tale proposito occorre ricordare che, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio

Una giusta decisione postula la correttezza della scelta della regola giuridica applicabile al caso e della relativa interpretazione, l'accertamento attendibile dei fatti e l'applicazione di un procedimento valido e giusto⁶¹⁴.

Se si convenisse sull'equivalenza concettuale del giusto processo con la giurisdizione, non dovrebbe porsi limite al sindacato cassatorio sulla giusta decisione, ossia sul giusto processo inteso in termini di giurisdizione.

In realtà, oltre allo scetticismo su una tale equivalenza di parte della dottrina, come già illustrato, l'evanescenza concettuale e la vaghezza scientifica della categoria dell'effettività, tramite cui pervenire alla giusta decisione, rende precaria l'equivalenza.

A favore del Supremo Giudice Amministrativo milita una riserva di giurisdizione in ordine alla correttezza della scelta della disposizione applicabile al caso concreto e della relativa interpretazione: insindacabilmente, egli decide quale norma applicare e come interpretarla.

Il sindacato, però, è ammesso condizionatamente, laddove la discrezionalità trasmodi in assoluto difetto di giurisdizione o diniego di giurisdizione.

Il diniego di sindacare l'attività amministrativa viola direttamente il

di autonomia processuale, a condizione tuttavia che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività). Ne consegue che due condizioni cumulative, vale a dire il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere rispettate affinché uno Stato membro possa far valere il principio dell'autonomia processuale in casi disciplinati dal diritto dell'Unione. Da un lato, per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve ricordare che esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno. Nella fattispecie, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento che consenta di mettere in dubbio la conformità a tale principio delle norme di procedura di cui al procedimento principale. Dall'altro lato, per quanto riguarda il principio di effettività, una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Peraltro, occorre ricordare che dalla giurisprudenza della Corte emerge che ogni caso in cui si ponga la questione, se una norma di procedura nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto dell'Unione, dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo dinanzi ai diversi giudici nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento».

⁶¹⁴ Cfr. S. CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2004, II, 498; M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1117 ss., per il quale «la proposizione fattuale di cui si tratta è vera in relazione alla quantità e alla qualità delle informazioni che la confermano. In linguaggio giuridico, si può dire che l'accertamento dei fatti in giudizio è vero relativamente alla quantità e alla qualità delle prove che lo confermano». V. Id., *Prova giuridica*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, 2007, 1027. Sulla nozione di diritto al tribunale nella Cedu, v. N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi; l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 35 ss., secondo cui tale diritto non si limita all'accesso al tribunale, ma si estende alla necessità della tutela. Sul tema, G. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010 e M. TARUFFO, *Sui confini*, Bologna, 2002, 224.

principio della separazione dei poteri nella sua funzione di garanzia a favore dei cittadini contro il potere, nonché indirettamente il principio del giusto processo, vanificando le finalità di opposizione alle tendenze autoritarie del potere⁶¹⁵.

È il carattere sostitutivo del sindacato del Giudice Amministrativo sul potere amministrativo, senza alcuna ingerenza del Giudice della giurisdizione, a garantire la tutela del cittadino avverso l'arbitrio del potere.

Storicamente, sul tema hanno concorso la creatività pretoria e la flessibilità equitativa della giurisdizione amministrativa, che, in concorso con la giurispubblicistica liberale, hanno 'plasmato' la giuridificazione della discrezionalità amministrativa⁶¹⁶.

Gradualmente il concetto d'illegittimità è stato sostituito da quello di legalità sostanziale sino ad addivenire agli atti illegittimi "non annullabili" della riforma del 2005⁶¹⁷.

Quanto all'accertamento attendibile dei fatti, sovengono i principi costitutivi del giusto processo, che non sono altro che corollari del principio di soggezione del giudice alla legge: essi non sono costitutivi della nozione di giurisdizione in senso statico, quanto piuttosto specificazioni dell'esercizio della medesima⁶¹⁸ e, come tali, rientrano nei limiti interni.

⁶¹⁵ Nell'ordinamento francese, con riferimento al diritto all'esecuzione delle sentenze nei confronti della Pubblica Amministrazione, mentre il *Conseil constitutionnel* lo riconduce al principio della separazione dei poteri, la Corte europea dei diritti dell'uomo lo considera uno dei corollari al giusto processo. Cfr. *Conseil constitutionnel*, n. 98-403, 29 luglio 1998, p. 46, in www.legifrance.gouv.fr, secondo cui «toute décision de justice a force exécutoire; tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter mainforte à cette exécution; une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» e Corte europea dei diritti dell'uomo, Hornsby c. Grecia, 19 marzo 1997, secondo cui «en s'abstenant pendant plus de cinq ans de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à une décision judiciaire définitive et exécutoire, les autorités nationales ont, en l'occurrence, privé les dispositions de l'article 6 par. 1 de la Convention (art. 6-1) de tout effet utile» (p. 45).

⁶¹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 aprile 1987, n. 3948, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2272. Occorre distinguere l'ipotesi della assenza di una norma primaria che attribuisca il potere dal difetto dei presupposti che rendano legittimo l'esercizio del potere stesso.

⁶¹⁷ Articolo 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

⁶¹⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *L'affidamento del cittadino sulla imparzialità e sulla soggezione dei giudici alla legge*, in G. PIPERATA - A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici. Atti dell'incontro del Gruppo del San Martino, Venezia, 7-9 aprile 2011*, 121 ss., secondo cui il principio di soggezione al diritto si declina nel principio della domanda, delle garanzie di imparzialità, della tutela del contraddittorio, dell'obbligo di decidere e di motivazione delle decisioni (138). V. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 229, secondo cui «il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni»; L.P. COMOGLIO, *Accesso alle Corti e garanzie costituzionali*, in Id., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 31, secondo cui il contraddittorio consiste «nella possibilità effettiva (e non soltanto teorica), riconosciuta a tutte le parti, di influire, con ogni mezzo processuale loro attribuito, sulla formazione del convincimento decisivo di quel giudice». V. M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, 106, per il quale è «il migliore mezzo di accesso alla verità nel processo», evocando F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100. V. S. CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 521 ss., il quale sostiene che «il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre risultati accurati, ossia

Limiti interni da intendersi quali limiti delle funzioni e non quali limiti della potestà⁶¹⁹.

Ne consegue che il ‘diniego di giustizia’ o il ‘diniego di forme di tutela’ o il diniego di giurisdizione evolutivamente rivisitato sotto la cui copertura si vorrebbero eccepire violazioni dei principi costitutivi del giusto processo non è altro che un effetto della violazione dei limiti interni intesi come limiti delle funzioni e non un effetto della violazione dei limiti esterni intesi come limiti della potestà.

Se il ‘diniego di giustizia’ fosse un effetto della violazione dei limiti esterni, qualunque vizio che abbia esitato in una reiezione della tutela invocata potrebbe sussumersi quale diniego di giurisdizione, perfino una qualsiasi violazione di legge che precludesse l’accesso alla tutela.

Anche la violazione del diritto europeo, integrata nei casi di omesso rinvio pregiudiziale, violazione dell’obbligo di disapplicazione o interpretazione difforme del diritto europeo⁶²⁰ rispetto all’effettività della tutela intesa come giustiziabilità della pretesa in senso remediale, diverrebbe matrice del ‘diniego di giustizia’.

A livello di teoria generale del processo, gli elementi “funzionali” del giusto processo vengono a coincidere con gli elementi “strutturali” del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che è un principio riconosciuto, oltre che dall’art. 24 della Costituzione, sia a livello convenzionale che nel diritto europeo: essi sono l’accesso alla tutela, la pienezza e completezza della tutela o diritto di azione, il dovere di motivazione, il dovere di concentrazione delle tutele.

Orbene, sia il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sia il principio del giusto processo interagiscono con i limiti interni della giurisdizione, poiché interessano l’esercizio della giurisdizione e non la sua essenza.

provvedimenti corretti dal punto di vista della soluzione sia della questione di fatto sia della questione di diritto, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto delle garanzie. Nell’ambito di una concezione cognitivista e non decisionista del processo giurisdizionale, dove l’accertamento veritiero dei fatti ne costituisca un fondamentale ideale regolativo. D’altronde le stesse garanzie processuali menzionate nel secondo comma dell’art. 111 sono strettamente connesse con la giustizia della decisione. Contraddittorio e parità delle armi sono pensate anche allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia. Sulla terzietà e imparzialità come garanzie soprattutto indirizzate ad evitare decisioni sbilanciate non occorre spendere parola. Ma anche la ragionevole durata ha a che fare con la giustizia della decisione. Non solo per il connotato di ingiustizia che inquina la sentenza giusta, passata in giudicato per così dire fuori tempo massimo, magari dopo lustri dall’episodio della vita che ha dato origine alla controversia. Ma anche perché, se passa molto tempo tra l’istruzione probatoria e la decisione, diminuiscono le probabilità di corretta valutazione delle prove. Dall’interpretazione ora ribadita emerge che il fine di giustizia è lo scopo ultimo che la Costituzione indica nell’enunciare che il processo deve essere ‘giusto’ al primo comma dell’art. 111 Cost. La garanzia ad una tendenziale giusta decisione innerva un fondamentale principio costituzionale in materia di giurisdizione, accanto alle garanzie interne allo stesso processo, contraddittorio, parità delle armi, terzietà e imparzialità, ragionevole durata, poi articolate nel secondo comma dell’art. 111 e anch’esse tutte cospiranti a quel risultato».

⁶¹⁹ V. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1980, p. 143.

⁶²⁰ V. M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit.

Il Codice ha previsto un apposito meccanismo per rimediare alle gravi violazioni del giusto processo: infatti, anche allo scopo di comporre in modo definitivo il contrasto dottrinale e giurisprudenziale, ha introdotto l'art. 105 c.p.a., con l'intento di sanare i vizi sulla giurisdizione, sulla competenza, sui provvedimenti del giudice e soprattutto sulle ipotesi di lesione dei diritti di difesa delle parti e le fattispecie di non integrità del contraddittorio.

In questi casi, il Consiglio di Stato, accertata la sussistenza dei presupposti che integrano il rimedio, rimette la causa al giudice di primo grado, affinché rinnovi il giudizio.

Benché, per quanto riguarda il mancato rispetto del principio di effettività, impropriamente la Corte di Cassazione lo abbia annoverato nella violazione dei limiti esterni in concomitanza con la violazione di altri principi, per quanto riguarda la violazione del giusto processo si è limitata ad intervenire in casi macroscopici.

In caso di mera violazione del principio di effettività, non opera la cassazione, ma, come sancisce la stessa Corte di Giustizia, la responsabilità risarcitoria⁶²¹.

⁶²¹ V. Corte di Giustizia CE, 19 novembre 1991, cause riunite, C-6/90 e C-9/90, Francovich ed altri, ove si legge «31. Va innanzitutto ricordato che il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie (v. sentenze 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Race., 3, e 15 luglio 1964, Costa, causa 6/64, 1127).32. Va altresì ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v. in particolare sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal, punto 16 della motivazione, causa 106/77, Race. pag. 629, e sentenza 19 giugno 1990, Factortame, punto 19 della motivazione, causa C-213/89, Race., 1-2433).33. Va constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro.34. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario. Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato. L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, tra questi obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario (v., per quanto riguarda l'analogo disposto dell'art. 86, del Trattato CECA, la sentenza 16 dicembre 1960, Humblet, causa 6/60, Race., 1093).35. Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato. 36. L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, tra questi

Infine, similmente agli altri due profili garantiti entro la giurisdizione amministrativa, quanto all'ultima attività ovvero all'applicazione di un procedimento valido e giusto, come già anticipato e come verrà successivamente approfondito, la giustizia della decisione sarà perseguita proficuamente in caso di istituzionalizzazione di una Cassazione Amministrativa sul modello francese, preposta a sindacare in fatto e in diritto *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* dei giudici di prime cure con l'ampiezza e l'intensità tipicamente confacente alla Giustizia Amministrativa.

3.9. *I rimedi giurisdizionali de iure condendo alle “strumentalizzazioni” del diniego di giustizia. Il ruolo del giudizio di revocazione e il generale favor per il sindacato della Cassazione a detrimento di una più auspicabile rimodulazione del giudizio di ottemperanza. I possibili rimedi: revocazione per errore sul “fatto processuale”; la tesi del ricorso per violazione dei limiti della giurisdizione e la natura meramente procedimentale del vizio; il giudicato a formazione progressiva.*

L'affermazione del 'diniego di giustizia' è stata veicolata fortemente per il tramite di un'intensa strumentalizzazione della fattispecie della violazione del diritto convenzionale e del diritto euro-unitario.

In caso di violazione di giurisprudenza convenzionale o euro-unitaria sopravveniente alla statuizione della suprema magistratura amministrativa o addirittura ad essa preesistente, impropriamente si invoca il rimedio cassatorio *sub specie* di 'diniego di giustizia' o dello 'sconfinamento' nella sfera di competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo o della Corte di Giustizia.

A prescindere dalle molteplici problematiche interazioni tra l'ordinamento sovranazionale e l'ordinamento nazionale, sulle quali non si intende addentrarsi *funditus* per non esorbitare dall'oggetto della presente ricerca circoscritto al vizio dell'assoluto difetto di giurisdizione dalla prospettiva processual-amministrativistica, giova precisare che la connotazione sovranazionale, come anche riconosciuto nelle ultime sentenze della Corte di Giustizia⁶²², è recessiva

obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario (v., per quanto riguarda l'analogo disposto dell'art. 86 del Trattato CECA, la sentenza 16 dicembre 1960, Humblet, causa 6/60, Race., 1093).³⁷ Da tutto quanto precede risulta che il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili».

⁶²² Cfr. Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia SpA; Corte di Giustizia UE, 7 luglio 2022, C-261/21 - Pres. Rodin, Rel. Lycourgos, Avv. gen. Collins; F. Hoffmann-La Roche Ltd e altri c. Agcm. In dottrina, v. M. P. CHITI, *Nota a Conclusioni dell'Avvocato generale Gerard Hogan, presentate il 9 settembre 2021, nella causa C-497/20 Le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-497/20 dirimono “un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani”*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2021, fasc. 3 - 4; R. MARTINO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il Processo*, 2021, fasc. 3; M. FRANCAVIGLIA, *La pluralità delle giurisdizioni italiane e il rispetto del diritto europeo nella decisione della Corte di Giustizia Ue Randstad Italia S.P.A.*, in *Giur. Cost.*, 2022, fasc. 4; L. BERTONAZZI, *Le criticità della sentenza Randstad e la ricerca di vie d'uscita dal vicolo cieco*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, fasc. 2; M. LIPARI, *La sentenza della CGUE 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad e la violazione del diritto EU*, in *Giur. It.*, 2022, fasc. 10, p. 2186; R. VACCARELLA, *Violazioni del diritto*

rispetto alla conformazione del sistema remediale interno a ciascuno Stato Membro in ossequio al principio dell'autonomia processuale.

Dunque, i rimedi giurisdizionali alle violazioni del diritto sovranazionale, di natura non meramente risarcitoria ma pienamente satisfattiva, debbono reperirsi all'interno di ciascun ordinamento nazionale e, soprattutto, all'interno di ciascun plesso giurisdizionale presso il rispettivo organo apicale.

Nel caso di una sopravvenuta pronuncia della Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, sarebbe necessario verificare la qualifica di parte nella controversia dell'Italia; in difetto, non essendo dette pronunce integrate in seno all'ordinamento nazionale, la sentenza rilevrebbe come presupposto di fatto, del quale il giudice dovrebbe tenere conto nell'adottare la decisione.

Di talché, nel caso di disallineamento, si tratterebbe di un mero errore di fatto revocatorio.

Quanto all'ipotesi di una sopravvenienza giurisprudenziale euro-unitaria, si è sostenuto che, in caso di sopravvenuta sentenza della Corte di Giustizia, si rientra nei limiti interni della giurisdizione amministrativa, potendosi al più trattare di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento.

Con la conseguenza che lo strumento processuale esperibile, in luogo di un utilizzo più pregnante del giudizio di ottemperanza, sarebbe quello della revocazione⁶²³.

Occorre distinguere il caso in cui il Consiglio di Stato sia incorso in errore di fatto e, quindi, abbia commesso un errore percettivo, omettendo di conformarsi ai contenuti della sentenza, rispetto all'ipotesi in cui scientemente l'abbia pretermessa.

Nel primo caso si rientra nell'errore di fatto revocatorio, in quanto trattasi di un fatto che, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., «non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

Da tempo, la giurisprudenza amministrativa afferma che la violazione dei principi del giusto processo debba essere ricondotta alla revocazione, poiché, «nel sistema della giustizia amministrativa, la rilevanza dell'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c. può essere estesa non solo a circostanze fattuali inerenti alla materia controversa, cioè propriamente alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, ma altresì al “fatto” processuale, laddove rifletta la violazione di fondamentali regole procedurali poste a tutela dell'effettività del contraddittorio»⁶²⁴.

Nella seconda ipotesi, ci si interroga se sia esperibile il rimedio cassatorio, dacché il Giudice Amministrativo avrebbe negato l'accesso alla tutela giurisdizionale nelle forme e modalità delineate dalla Corte di Giustizia.

europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista?, in *Riv. dir. proc.*, 2022, fasc. 1, p. 207; A. BRIGUGLIO, *Fra Sezioni unite e Consiglio di Stato la Corte di Giustizia pronuncia «nell'interesse della legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, fasc. 2, p. 687.

⁶²³ In tal senso, nella sentenza Corte Cost., 26 marzo 2017, n. 123 la Corte Costituzionale ha negato l'introduzione di una nuova fattispecie revocatoria, di competenza del legislatore.

⁶²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 22784.

In particolare, ci si chiede se il Consiglio di Stato abbia trasmodato rispetto al potere giurisdizionale, pronunciando in contrasto con la regola di diritto elaborata dal giudice europeo.

In questo caso, si tratterebbe di un errore di diritto.

Il Consiglio di Stato, nell'esercizio della propria giurisdizione, avrebbe interpretato erroneamente la soluzione giuridica proposta dal giudice sovranazionale o l'avrebbe ignorata consapevolmente, incorrendo in entrambi i casi in una violazione di legge.

Come ha chiarito la Corte di Cassazione, è aliena all'errore di fatto revocatorio ogni valutazione o omessa valutazione su un giudicato, di talché l'erronea presupposizione della sua inesistenza, equivalendo ad ignoranza della *regula juris*, rilevarebbe non quale errore di fatto, bensì quale errore di diritto.

Si rimarrebbe entro i limiti interni della giurisdizione⁶²⁵, dacché il Consiglio di Stato avrebbe adottato la pronuncia, pur essendone erroneamente convinto in diritto.

Il Consiglio di Stato, quindi, avrebbe fatto un cattivo uso del potere sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale ma non sotto quello dell'assoluto difetto di giurisdizione, integrando un *error in iudicando*⁶²⁶.

Cautelativamente, il Giudice Amministrativo, in caso di impossibilità di interpretazione conforme al diritto europeo, potrebbe attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Tuttavia, non spettando costituzionalmente alle Sezioni Unite la vigilanza esclusiva sulla conformità al diritto sovranazionale, i principi generali devono essere garantiti dall'organo apicale interno a ciascuna giurisdizione.

De iure condito, in luogo del rimedio revocatorio potrebbe essere di gran lunga più proficuo affidarsi al cosiddetto 'giudicato a formazione progressiva', in particolare nei casi in cui la riparazione si realizzerebbe per il tramite dell'esecuzione di un'attività disposta dal giudice dell'ottemperanza, quale giudice interno alla giurisdizione amministrativa.

Al di là di queste ipotesi, la soluzione più adeguata andrebbe individuata nella tipizzazione, da parte del legislatore, di un ulteriore strumento revocatorio destinato alla violazione del diritto sovranazionale.

Nell'ipotesi dell'errore di diritto, infatti, si tratterebbe di conformare uno strumento dotato di caratteristiche diverse rispetto a quelle tradizionali⁶²⁷.

⁶²⁵ Cfr. S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1897, 1247. V. Id., *Principii di diritto amministrativo italiano 2*, Milano, 1906, 223, secondo cui nel concetto di eccesso di potere, «esclusa la violazione di forme essenziali, vi si ricomprende lo straripamento a danno di una funzione non giurisdizionale da qualunque autorità esercitata».

⁶²⁶ Diversamente sarebbe una forzatura da parte della Corte di Cassazione.

⁶²⁷ V. A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, fasc. 4, 1 dicembre 2018, 1169.

In particolare, il vizio della violazione del diritto sovranazionale non potrebbe ricondursi ad una causa esterna alla decisione, che ha alterato la corretta formulazione del giudizio, ma ad una opzione ermeneutica difforme.

Occorrerebbe, quindi, da parte del legislatore, affiancare al rimedio revocatorio tradizionale un rimedio di natura revocatoria *sui generis*, al fine di ovviare alle strumentalizzazioni del rimedio cassatorio *sub specie* del diniego di giustizia.

In tal modo, si raggiungerebbe un equilibrato temperamento tra l'esigenza di adeguarsi alle forme di tutela sollecitate dall'ordinamento sovranazionale e quella di preservare la specialità del sistema di Giustizia Amministrativa.

3.10. *I rimedi istituzionali e strutturali de iure condendo alle aporie del diniego di giustizia mutuati dal sistema di Giustizia Amministrativa francese imperniato sul Conseil d'État quale Cassazione Amministrativa.*

Oltre ad una riforma del sistema delle impugnazioni all'interno di ciascuna giurisdizione, che offra un rimedio restitutorio e non solo risarcitorio alle violazioni del diritto dell'Unione europea nel rispetto delle condizioni di equivalenza ed effettività poste dalla Corte di Giustizia, si ritiene altresì opportuno avanzare ipotesi di rimedi strutturali, mutuati dal modello cassatorio di Giustizia Amministrativa francese.

Preliminarmente, è d'uopo attenzionare sulla limitata efficacia euristica delle proposte di risoluzione del problema sinora variamente avanzate in dottrina: ascrivere in via pretoria alle Sezioni Unite poteri sindacatori e cassatori più ampi sulle sentenze del Supremo Giudice Amministrativo, modulare il rimedio revocatorio in funzione delle sopravvenienze eurounitarie o convenzionali, integrare le Sezioni Unite con magistrati amministrativi per questioni attinenti alla giurisdizione⁶²⁸o, infine, istituire un Tribunale dei Conflitti

⁶²⁸ Sul punto, cfr. R. VILLATA, "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 515, che ritiene necessaria una riforma costituzionale. Così, più di recente, Id., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, cit., spec. 330; Id., *In tema di questioni di giurisdizione (alla luce di un recente Memorandum)*, cit., il quale, dopo aver osservato come quanto previsto dall'art. 106 Cost. non permetta di aderire alla tesi della sufficienza di una legge ordinaria per disporre l'integrazione proposta nel Memorandum, afferma trattarsi «[...] semplicemente di dare atto dell'inaccettabilità di forzature ermeneutiche vietate dal carattere fondante delle norme costituzionali che esigono il primato dell'esegesi testuale [...]», evidenziando, con riguardo alla condivisa «segnalazione delle criticità derivanti dalla dilatazione della giurisdizione esclusiva», nonché alla non condivisa «qualificazione della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e [all]a relativa azione risarcitoria quali strumenti di ulteriore tutela di detti interessi [...]» che tali «problemi [...] vanno [...] affrontati sul piano della verifica delle legittimità costituzionale delle scelte operate dal legislatore, non con lo stravolgimento dell'art. 111, comma 8°, della Costituzione» (e aggiungendo che «è qui il motivo del mio netto dissenso nei confronti delle tesi di fondo ora espresse dagli oppositori del Memorandum»). Anche A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*,

deputato alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione e alle questioni di giurisdizione⁶²⁹ rappresentano ipotesi risolutive che, isolatamente considerate, muovono da una prospettiva fallace e non affrontano strutturalmente il problema, ma si limitano ad edulcorarne gli effetti.

A ciò si aggiunga l'iniziativa del *Memorandum* volto a «promuovere tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica», che è stato presentato otto anni fa e che rispetto alle aspettative si è dimostrato un tentativo di coordinamento istituzionale in termini nomofilattici tra le supreme magistrature alquanto insufficiente⁶³⁰.

Senza altro con riguardo a questioni specifiche come la *compensatio lucri cum damno* ha permesso di armonizzare gli orientamenti dei rispettivi collegi

in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss., ritiene necessaria una riforma costituzionale, perché diverso è lo stato giuridico dei magistrati ordinari e di quelli speciali. Nel merito, peraltro, Travi auspica tale riforma nella prospettiva di un'unificazione della giurisdizione, con sezioni specializzate e con l'assegnazione alla Cassazione di una funzione nomofilattica generale. Di contrario avviso, cfr. G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 827 ss., secondo cui «o si configura un giudice di conflitti a composizione mista; ovvero, quando si propone un ricorso ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., si deve integrare il collegio giudicante, che siede presso la Corte di cassazione, con componenti della magistratura della cui giurisdizione si discute», sottolineando come sia «solo da rimarcare che, forse, la seconda soluzione non richiede una modifica della Costituzione». Cfr., sul punto, R. RODOLF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123 ss., spec. 128. Diversamente, si finirebbe per sostenere l'interpretazione sull'eccesso di potere giurisdizionale fatta propria dalla Cassazione, argomentando sulla base di una pretesa differente nomofilachia espressa da quest'ultima, (sul punto v., per tutti, G. VERDE, *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in *Id.*, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 11 ss.). In tal senso, da ultimo, A. DE SIANO, *Decisioni amministrative e vincolo del precedente giudiziario*, paper presentato al Convegno AIPDA di Bergamo, 5-7 ottobre 2017, su *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, in www.diritto-amministrativo.org. Sul tema, A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, 693 ss., 716 ss.

⁶²⁹ V. L. MORTARA, *Per l'istituzione di un Tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Mon. Trib.*, 1893. Mortara, dopo l'istituzione della IV Sezione, ebbe ad evidenziare che, se si giustificava nel sistema della giurisdizione unica, quella scelta risultava non più idonea con la ripresa del dualismo, suggerendo un apposito tribunale supremo dei conflitti. Critico sull'importazione del modello francese, C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, cit., 115. A favore G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1986, 1130. Né il dettato costituzionale sembra ostativo, atteso che non deve ricavarsi un divieto di integrazione delle stesse Sezioni Unite con i giudici speciali.

⁶³⁰ Il *Memorandum* è stato sottoscritto il 15 maggio 2017 da parte dei vertici delle tre giurisdizioni superiori e presentato in occasione della conferenza *La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell'interesse dei cittadini e della giustizia*, svoltasi il 18 dicembre 2017 a Roma, presso la Camera dei deputati. In dottrina, v. CONSOLO C., *Il "Memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 683 ss.; R. VILLATA, *In tema di questioni di giurisdizione (alla luce di un recente Memorandum)*, in *Foro it.*, 2018, n. 3. Criticamente, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori* [*Foro it.*, 2018, V], 62 ss. secondo cui «[...] nella misura in cui spetta solo alla Suprema corte di cassazione statuire sulla giurisdizione e decidere le questioni attinenti o riconducibili alla giurisdizione, non si vede che «nomofilachie divergenti» si possono sviluppare in punto di giurisdizione, perché solo un ufficio di vertice, e non altri, è tenuto a pronunciarsi su ciò»; nonché TRAVI A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss., che insiste per una riforma costituzionale volta ad una giurisdizione unica.

giudicanti, ma, al di là dell'effetto specifico, ha difettato di una soluzione strutturale a carattere permanente, che prevenisse gli attriti successivi, come la *querelle* tra la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia.

In realtà, al fine di ovviare all'assenza di un sindacato cassatorio pieno sulle sentenze del Supremo Giudice Amministrativo anche in un'ottica euro unitaria, non può che attingersi all'esperienza giuridica francese⁶³¹, laddove l'istituzionalizzazione di una Cassazione Amministrativa con i relativi corollari istituzionali e giurisdizionali⁶³² ha salvaguardato la nomofilachia esclusiva della giurisdizione amministrativa⁶³³ e la pienezza di tutela del cittadino avanti alla Pubblica Amministrazione nelle controversie giuspubblicistiche⁶³⁴.

Negli anni '80 e '90 alle funzioni cassatorie già esercitate dal *Conseil d'État* nei confronti delle giurisdizioni amministrative speciali si è affiancata una competenza giurisdizionale cassatoria generale avverso le sentenze delle giurisdizioni amministrative ordinarie, quali le Corti amministrative d'appello⁶³⁵.

⁶³¹ Il modello francese di Giustizia Amministrativa è essenzialmente legato all'esistenza del Consiglio di Stato al suo vertice. Il Consiglio di Stato simboleggia, infatti, da solo, l'esistenza della Giustizia Amministrativa in modo diverso. Sebbene relativa questa originalità ha dato luogo a un modello di organizzazione della Giustizia Amministrativa in Europa che si è rivelato particolarmente resiliente. V. B. PACTEAU, *La conception française du contentieux administratif*, in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat, La revue administrative*, PUF, 2001, vol. 1, p. 545, secondo cui «l'originalità della giurisdizione amministrativa [francese] si segna [...] concretamente nelle modalità della sua organizzazione, con tratti costituiti tanto dai legami tra essa con l'amministrazione attiva quanto dall'azione amministrativa». V. G. BACHELIER, *Juge de cassation*, J.-Cl. Procédure fiscale, n°s 442, 444, 444-10, 445; A. BOURREL, *Le Conseil d'Etat face au pouvoir d'appréciation des juges du fond*, 1999, thèse dactyl., Pau; S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat*, 2001, thèse dactyl., Paris; M. BROUCHOT, *Dispositions générales, qualité pour former un pourvoi*, J.-Cl. Justice adm., n° 80-21; A. CARTIER-BRESSON, *Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation*, 1998, LGDJ; P. DE FONT-RÉAULX, *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs*, 1930, Sirey; J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR ET A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'Etat juge de cassation*, 6^e éd., 2018, Berger-Levrault; G. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, 1958, Sirey; Y. ROBINEAU, *Décision du juge de cassation*, J.-Cl. Justice adm., n° 80-24; Y. ROBINEAU ET E. GEFFRAY, *Contrôle du juge de cassation*, J.-Cl. Justice adm., n° 80-23; J. ROUVIÈRE, *Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat*, 1958, Librairies techniques; J.H. STAHL, *Procédure d'admission des pourvois*, J.-Cl. Justice adm., n° 80-22.

⁶³² Cfr. A. MASUCCI, *Le cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, Giuffrè, 2016; A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995.

⁶³³ Cfr. A. BARONE, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in part. 13 ss. e E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 25 ss. In generale, M. D'ALBERTI - A. PAJNO, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 299 ss.

⁶³⁴ In dottrina, mentre Ferroni ha proposto una pluralità di riforme istituzionali, Zingales ha prospettato un terzo grado di merito del processo amministrativo e Coccozza ha avanzato un allargamento alle supreme magistrature delle Sezioni Unite, cui andrebbero deferiti i conflitti di giurisdizione e i conflitti di attribuzione.

⁶³⁵ V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., 2006, Montchrestien, Paris; A. COURREGES et S. DAEL, *Contentieux administratif*, 4^e éd., 2013, Thémis, PUF; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 4^e éd., 2017, Dalloz; A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 16^e éd., 2001, LGDJ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la*

Con la riforma del 31 dicembre 1987, «le Conseil d'Etat est devenu, autrement que par la voie de l'appel, une véritable cour suprême garante de l'unité et de la régulation de l'ordre administratif» ovvero «il Consiglio di Stato è diventato, oltre che in appello, un vero tribunale supremo garante dell'unità e della regolamentazione dell'ordine amministrativo»⁶³⁶.

Giova chiarire che non si intende esaminare gli aspetti caratteristici e i profili problematici dell'eventuale introduzione di una Cassazione Amministrativa nel sistema di Giustizia Amministrativa italiano, né si intende coltivare alcun interesse comparatistico in senso stretto, giacché la presente ricerca ha assunto quale oggetto, pressoché esclusivo, le due maggiori fattispecie problematiche dell'assoluto difetto di giurisdizione, predicandone l'alterità.

Meramente si intende dare conto della opportunità di una riforma strutturale, simile a quella occorsa oltre trenta anni fa nella Giustizia Amministrativa francese,⁶³⁷ alla quale quella italiana si è maggiormente conformata nell'arco di più due secoli.

A più di trent'anni dall'entrata in vigore della riforma, e anche se la cassazione rappresenta ormai la maggior parte della sua attività contenziosa, il Consiglio di Stato non è diventato una giurisdizione esclusivamente dedicata alla cassazione.

La mancata evoluzione del Consiglio di Stato in una giurisdizione esclusivamente dedicata alla cassazione si giustifica con le sue altre funzioni,

juridiction administrative et des recours contentieux, 1887, Berger-Levrault; R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1977-1981, Les cours du droit; B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^e éd., 2005, PUF; G. PEISER, *Contentieux administratif*, 16^e éd., 2014, Mémentos Dalloz; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, 12^e éd., 1992, PUF. La legge n. 87-1127 del 31 dicembre 1987, di riforma del contenzioso amministrativo, entrata in vigore il 1° gennaio 1989, ha modificato la giurisdizione contenziosa del Consiglio di Stato: al fine di alleggerirla e accelerare il processo di contenzioso all'interno l'ordinamento giurisdizionale amministrativo, la legge istituisce corti amministrative d'appello e, pertanto, eleva il Consiglio di Stato dalla funzione di giudice ordinario di appello a quella di giudice di cassazione. Offre così alla parte in causa la possibilità di deferire "al Consiglio di Stato in appello in cassazione" le sentenze rese dalle corti amministrative di appello. Inoltre, la legge prevede un procedimento di ammissione preliminare che consente di effettuare il filtraggio delle domande di cassazione rigettando, al termine del un esame accelerato, quelli dei ricorsi che sono inammissibili o che non sono fondati su alcun serio motivo. Il decreto 2 settembre 1988 ha quindi istituito una Commissione ad hoc, competente a pronunciarsi sulle domande di ammissione dei ricorsi. Tra il 1° gennaio 1989 e il 31 dicembre 1997, il 41% dei ricorsi contro le decisioni dei tribunali amministrativi speciali e poco più del 50% dei ricorsi contro le sentenze dei tribunali amministrativi sono stati accolti dalla commissione per l'ammissione dei ricorsi in cassazione, il 35% per il contenzioso generale e il 61,7% per il contenzioso tributario.

⁶³⁶ Cfr. J.-M. SAUVÉ, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, 6^e éd., Berger-Levrault, 2018, préface. V. J. MASSOT ET O. FOUQUET, *Le Conseil d'Etat, Judge de Cassation*, 1^a ed., Berger-Levrault, 1993, secondo cui il risultato, nei termini della dottrina organica, è stato «un cambiamento radicale di prospettiva» e J. MASSOT, *La cassation*, AJDA, 1995, 200, per il quale trattasi di un «tipo di rivoluzione culturale».

⁶³⁷ V. D. LABETOULLE, *Vers un nouveau juge administratif de cassation*, RFDA 1991, p. 941; M.A. LATOURNERIE, *Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française*, RFDA 2000; H. TOURARD, *Quelques observations sur le Conseil d'État juge de cassation*, RDP 2000, p. 487; B. ODENT, *Cassation civile et cassation administrative. Variations*. Mélanges D. Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 683.

consulenziali, contenziose o amministrative, che gli permettono di imporre la sua concezione del diritto amministrativo e del contenzioso⁶³⁸.

Il mantenimento della giurisdizione del Consiglio di Stato come giudice di prima e ultima istanza si rivela decisivo per il suo contributo alla creazione del diritto amministrativo⁶³⁹.

In secondo luogo, uno dei fattori che ha contribuito a far sì che il Consiglio di Stato continuasse a garantire l'unità del diritto amministrativo e del contenzioso è dovuto alla sua partecipazione altamente consulenziale a tutte le riforme che hanno interessato la giurisdizione, l'amministrazione e il diritto amministrativo a partire dall'inizio degli anni '80.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha modellato il controllo della cassazione come ha ritenuto opportuno, il che gli consente, anche nell'ambito più limitato costituito da questo particolare ufficio, di mantenere il controllo su alcune questioni⁶⁴⁰.

Orbene, la titolarità in capo al *Conseil d'Etat* di una giurisdizione amministrativa pienamente cassatoria (ma non esclusivamente) ha evitato al dualismo giurisdizionale francese di involvere verso le aporie italiane⁶⁴¹.

Incidentalmente, il legislatore francese, tenuto conto della specialità della Giustizia Amministrativa, ha disposto, all'art. 11 della legge 31 dicembre 1987, la possibilità per il Consiglio di Stato di pronunciarsi nel merito dopo la

⁶³⁸ Cfr. O. MAMOUDY, *Du Conseil d'Etat juge d'appel au Conseil d'Etat juge de cassation*, in *Actualité juridique Droit administratif*, n° 33, 2023, 1753.

⁶³⁹ Sulla base di tale competenza, il Consiglio di Stato pronuncia direttamente, come qualsiasi giudice del merito, spesso in qualità di giudice dell'eccesso di potere, su tutti i ricorsi diretti contro ordinanze e decreti, contro atti normativi adottati dalle autorità nazionali, contro decisioni adottate dagli organi collegiali aventi giurisdizione nazionale e per tutte le controversie relative al reclutamento e alla disciplina dei pubblici ufficiali nominati con decreto del Presidente della Repubblica. Ciò lascia quindi la giurisdizione sulle controversie "importanti", dovuta in particolare alla portata degli atti in questione. E' proprio in qualità di giudice di prima e ultima istanza che il Consiglio di Stato pronuncia la maggioranza delle sue "sentenze maggiori" e che stabilisce lo stato del diritto amministrativo nei punti essenziali.

⁶⁴⁰ Infatti, vi sono sottigliezze del controllo cassazionale in materia amministrativa che evidenziano l'attaccamento del Consiglio di Stato al controllo dei fatti e di cui la Corte di Cassazione non è a conoscenza. Questo perché il controllo della cassazione è stato forgiato da giudici del merito e dei fatti e resta, anche oggi, esercitato da giudici che non vi si dedicano mai esclusivamente.

⁶⁴¹ V. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation: l'exemple du contentieux fiscal*, RFDA, 1994, 916; J. BOUCHER ET E. CREPEY, *Le Conseil d'Etat juge de cassation et la qualification juridique des faits*, 2007, Mélanges Labetoulle, Dalloz; R. CHAPUS, *Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation*, *Rev. int. dr. comp.*, 1980, 183; A. DAMIEN ET J. BORÉ, *Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile*, RFDA, 1990, 777; P. FOMBEUR ET M. GUYOMAR, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, AJDA, 1999, 789; G. GOULARD, *L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat*, RJF, 1993, 623; D. LABETOUILLE, *La qualification et le juge administratif: quelques remarques*, *Droits*, 1993, n° 18; J. MASSOT, *La cassation*, AJDA, 1995, 200, n° spécial juin; E. PICARD, *La cassation administrative*, JCP 1994, I, 3751; L. TOUVET ET J. H. STAHL, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, AJDA, 1995, 109.

cassazione a condizioni molto più flessibili di quelle allora applicabili alla Corte di Cassazione⁶⁴².

In caso di annullamento di una decisione del Giudice Amministrativo che dispone in ultima istanza, si è introdotta la possibilità di scelta tra il rinvio della causa allo stesso giudice (salva impossibilità dovuta alla natura del provvedimento) o la definizione della causa nel merito nel caso in cui «l'interesse della buona amministrazione della giustizia lo giustifichi»⁶⁴³.

Al di là della flessibilità equitativa normativamente riconosciuta al Consiglio di Stato, oltre alla procedura di ammissibilità, che inevitabilmente filtra l'accesso alla delibazione della suprema magistratura amministrativa, costituisce elemento di apprezzamento e di emulazione per l'ordinamento italiano l'attribuzione di una potestà cassatoria generale⁶⁴⁴.

⁶⁴² V. P. DELVOLVÉ, *Conseil d'État - Les fonctions juridictionnelles*, in *Rép. cont. Adm.*, Dalloz, Juin 2012 (actualisation: Avril 2020). In ordine alla ampia facoltà di definire il giudizio in sede cassatoria, l'Autore afferma che «Il consiste à vérifier que les décisions rendues par les juges du fond l'ont été conformément au droit. Cela comporte d'abord la vérification de leur compétence, de la procédure qu'ils ont suivie et de la forme de la décision (notamment la motivation). Cela comporte ensuite celle du respect de la règle de droit. Il est dit classiquement que le juge de cassation est juge du jugement non juge du litige, juge du droit non juge du fait : c'est ainsi l'erreur de droit qui est classiquement censurée ; si la matérialité des faits et leur qualification juridique sont également contrôlées, celle de leur appréciation ne l'est pas, sauf dénaturation. Il y a là des nuances qui peuvent prêter à des variations et dont le maniement permet au Conseil d'État d'exercer sa suprématie. Celle-ci se manifeste encore en cas de cassation de la décision contrôlée. Car, si, comme la Cour de cassation, le Conseil d'État peut renvoyer l'affaire au juge du fond, il peut aussi, en vertu de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987, repris à l'article L. 821-2 du code de justice administrative, «régler l'affaire au fond si l'intérêt de la bonne administration de la justice le justifie». Il utilise pleinement cette disposition pour éviter notamment une durée excessive dans la solution du litige. Si la décision cassée est une décision rendue en appel, le Conseil d'État statue alors comme juge d'appel; si c'est une décision rendue en premier ressort, il statue comme juge de premier ressort. Si, statuant comme juge d'appel, il annule la décision rendue en premier ressort, il devient encore, par voie d'évocation, juge de premier ressort. C'est une illustration supplémentaire de sa qualité de juge suprême. Le rôle de cassation du Conseil d'État concerne au premier chef aujourd'hui les arrêts des cours administratives d'appel, mais il s'exerce aussi à l'égard de décisions de tribunaux administratifs et de celles d'autres juridictions administratives».

⁶⁴³ Oggi, in caso di prima cassazione, prevale la regola del rinvio della causa tranne in tre ipotesi: se il caso è molto antico e/o è urgente risolverlo rapidamente; se la soluzione della causa nel merito deriva direttamente dalla motivazione della cassazione; se il regolamento sul merito consente al Consiglio di Stato di stabilire la giurisprudenza. Va infine rilevato che il Consiglio di Stato pratica sistematicamente il rinvio dopo una prima cassazione di una decisione proveniente da una giurisdizione amministrativa specializzata in ragione della particolare composizione di quest'ultima.

⁶⁴⁴ V. A. DAMIEN ET J. BORÉ, *Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile*, RFDA, 1990, 777, ove, con riguardo alla flessibilità equitativa e alla creatività pretoria ampiamente esperita dal Supremo Giudice Amministrativo anche in sede cassatoria sulla varietà dei modelli di sindacato cassatorio e sulla dicotomia tra fatto e diritto, gli Autori osservano che «Le Conseil d'Etat, après un temps d'imitation, s'est engagé au contraire dans la voie d'une surveillance plus poussée sur le fait, influencé par l'évolution du recours pour excès de pouvoir, tout en maintenant au recours en cassation sa physionomie propre. Particulièrement originale, à cet égard, est la surveillance qu'il exerce sur la réalité du fait constaté et sur la dénaturation de sa portée, à l'aide des pièces du dossier soumises aux juges du fond. Le Conseil d'Etat a été incité à étendre son droit de vérification par la prolifération des juridictions spéciales et par l'inexpérience des juges qui les composaient. Les modulations du contrôle, pratiquées d'une juridiction à l'autre, ont fait ainsi déborder le fleuve de la cassation administrative en une multitude de rivières, dont

Prima di addentrarsi nella disamina della legalità interna della sentenza impugnata, giudizio tipicamente cassatorio seppur con le particolarità proprie del diritto processuale amministrativo, il *Conseil d'Etat* è tenuto a deliberare le questioni pregiudiziali strettamente connesse al merito della controversia, come già illustrato nei paragrafi precedenti del capitolo presente⁶⁴⁵.

la largeur et le débit ne sont pas identiques, mais qui coulent dans la même direction. La nécessité de tenir compte de cette pluralité rend difficile un rapprochement du régime juridique des deux cours suprêmes, car une restriction des ouvertures de la cassation administrative et leur alignement sur la cassation judiciaire, tarirait une recherche qui, à l'égard de certaines juridictions spéciales, demeure singulièrement nécessaire. Force est donc au Conseil de maintenir un éventail assez large d'ouvertures à cassation, pour ne les utiliser qu'à bon escient, selon la qualité et le niveau d'évolution des organes qu'il surveille. Le caractère très vague des textes qui fondent la cassation administrative donnait au Conseil une liberté de manoeuvre dont il a usé et dont la Cour de cassation est privée par l'article 211-1 du code de l'organisation judiciaire". Ancora, "Tenant compte, enfin, du relâchement de la distinction du fait et du droit qui conduit le Juge administratif de cassation à examiner les pièces du dossier, le législateur de 1987 lui a permis, lorsqu'il l'estime conforme à une bonne administration de la justice, d'évoquer l'affaire au fond après cassation et de mettre bout à bout le recours en cassation et le recours en révision. Cette solution originale est l'aboutissement logique d'une évolution propre à la cassation administrative. Mais organisée au sein d'une même instance, elle efface complètement la distinction du fait et du droit et comporte le danger que présente toute métamorphose d'une Cour de cassation en troisième degré de juridiction. C'est pourquoi il paraît souhaitable que le Conseil en use avec prudence. Cette étude nous révèle - mais est-ce vraiment une découverte ? - que la distinction du fait et du droit n'est pas seulement une règle de compétence, mais une règle *politique*, que le juge de cassation module en fonction des exigences de l'égalité devant la loi, des besoins du droit et de la défense des justiciables contre les excès des juges du fond ou même contre les lenteurs de la justice. Le contrôle pédagogique s'accroît lorsque les juridictions de fond sont très inexpérimentées; le contrôle normatif s'accroît quand l'interprétation de la loi dérive et s'inspire trop de la philosophie personnelle du magistrat, ou quand la Cour régulatrice veut susciter une évolution du droit que les circonstances rendent indispensables».

⁶⁴⁵ V. E. DOUAT, *Fasc. 1107: CASSATION. - Moyens de cassation*, in *JurisClasser Administratif*, 1 Mars 1996 (29 Juillet 2002). L'Autore afferma che «Il motivo di ordine pubblico fondato sul difetto di giurisdizione è il più antico perché è il più evidente (CE, 6 gen. 1928, Grainetier: Rec. CE, p. 28. - 15 feb. 1961, Alfred- Giuseppe: Rec., p.114. - 13 luglio 1961, Co. delle imprese generali e dei lavori pubblici: Rec. CE, p.473; AJDA1961, p.548, conclusione Nicola; RD publ.1962, p. 535, nota M. Waline. - sez., 31 maggio 1963, Kraemer: Rec. CE, p. 337, conclusione G. Braibant; D.1937, p. 553. - sez., 28 gennaio 1977, Sté Heurtey : Rec. CE, p.50; AJDA1977, p.394, conclusione M. Morisot). Tuttavia, sono rare le volte in cui il giudice di cassazione solleva d'ufficio tale motivo, soprattutto quando si tratta di rilevare l'incompetenza dei giudici di merito. (CE, 3 febbraio 1950, req. n. 3776: JCP G1950, II, 5454, riguardante il Consiglio superiore degli utili illeciti). Non sono molto frequenti i casi in cui il giudice di cassazione rileva d'ufficio l'incompetenza dell'autore dell'atto impugnato. In effetti, i giudici del processo svolgono generalmente questo controllo in modo soddisfacente. La giurisprudenza riconosce quindi alcuni casi eccezionali (CE, 6 gennaio 1928, Grainetier: Rec. CE, p. 28)". Ancora, "È del tutto normale che il giudice di cassazione cominci a pronunciarsi sulla giurisdizione del giudice amministrativo. In questa fase del procedimento, il giudice di cassazione effettua un controllo analogo a quello del giudice per eccesso di potere. In generale, il giudice di cassazione valuta restrittivamente la giurisdizione dei tribunali amministrativi, specie se specializzati (CE, 25 apr. 1985, Sec. d'Ét. à la marine c/ Sté lorraine des aciéries de Rombas: Rec. CE, pagina 233). Se invece il giudice ha rigettato un ricorso quando la causa rientrava manifestamente nella sua competenza, il giudice di cassazione ne dispone l'annullamento per evitare il diniego di giustizia (CE, 8 feb. 1985, Assicurazione sanitaria centrale primaria fondo per la regione parigina: Rac. CE, p.30). Il giudice di cassazione obbligherà il giudice di appello ad esercitare integralmente l'effetto devolutivo del ricorso al fine di evitare che quest'ultimo si limiti a rinviare la causa in primo grado invece di pronunciarsi nel merito dopo un'istruzione integrativa (CE, sez., 8 novembre 1957, Maury: Rec. CE, p.595; AJDA1958, II, n° 61, concl.Gazier).

Ci si riferisce al sindacato sulla regolarità esterna della sentenza impugnata⁶⁴⁶.

Mentre il sindacato sulla legalità interna è riconducibile, seppur con i dovuti adeguamenti, al sindacato della Corte di Cassazione italiana e, dunque, ad un sindacato cassatorio vertente sugli errori di diritto della sentenza e sugli errori di fatto tipici della giurisdizione amministrativa, il sindacato sulla regolarità esterna integra un controllo da parte del *Conseil d'Etat* assimilabile al sindacato sulla giurisdizione in senso ampio intestato alle Sezioni Unite.

Alla regolarità esterna si annovera un sindacato sulla competenza giurisdizionale in senso ampio, comprensivo dei cosiddetti limiti esterni della giurisdizione.⁶⁴⁷

Insomma, i casi di giurisdizione che pongono i maggiori problemi non sono il difetto di giurisdizione *ratione loci* (i casi sono rari, v. ad esempio, CE, sez., 31 maggio 1963, Kraemer: Rec. CE, p. 337), né incompetenza *ratione temporis* (caso di praticanti che hanno cessato di appartenere ad un ordine professionale, CE, 5 luglio 1985, Roujanski: Rac. CE, p. 754. - Caso di contenzioso elettorale o di autorizzazione amministrativa di licenziamento in cui i tribunali hanno giurisdizione per un periodo limitato, CE, 10 gennaio 1951, elezioni municipali di Tampon: Rec. CE, p. 11. - 25 marzo 1985, SNCF: Rec. CE, tabelle, p. 665), ma l'incompetenza *ratione materiae*. In questo campo i casi di incompetenza negativa sono sempre meno numerosi e diventano eccezionali (CE, sez., 8 nov. 1957, Maury: Rec. CE, p. 595; AJDA1958, II, n. 61, concl. Gazier. - sez., 8 febbraio 1985, Fondo primario di assicurazione sanitaria centrale per la regione parigina: Rac. CE, p.30). I casi più frequenti sono quelli di incompetenza positiva conseguente ad un intervento della giurisdizione amministrativa in una materia relativa all'amministrazione attiva (CE, 27 apr. 1928, pensioni min. c/ Ravat: Rac. CE, p. 538), tribunali giudiziari (CE, sez., 17 ott. 1975, Istituto Superiore di Diritto ed Economia dell'Urbanistica e dell'Urbanistica: Rac. CE, p. 515), o altri giudici amministrativi».

⁶⁴⁶ V. P. GONOD, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014. L'Autrice afferma che «il giudice di cassazione è giudice della decisione giurisdizionale, di cui apprezza la regolarità e la fondatezza, e non della controversia; è giudice di diritto e non del fatto. Pertanto, rispetto alla regolarità della sentenza impugnata, controlla il rispetto delle regole di competenza, formazione, procedura e forma, in particolare la motivazione, in fatto e in diritto, che deve essere sufficiente per mettere il giudice di cassazione in grado di esercitare il suo controllo. In tema di merito delle sentenze, il giudice di cassazione deve operare un controllo che resti al di sotto della sua cultura di giudice dell'eccesso di potere. In altre parole, deve evitare di comportarsi al terzo grado di giurisdizione. Assicura l'unità interpretativa della norma sanzionando l'errore di diritto, cioè l'ignoranza dell'ampiezza del suo sindacato da parte del giudice del merito, l'errore nella determinazione della portata della norma di diritto e la sua interpretazione. Quanto all'errore di fatto, esso non è del tutto escluso dal sindacato di cassazione: il Consiglio di Stato controlla, da tempo, l'esattezza materiale dei fatti, ma anche la qualificazione giuridica dei fatti, che appare come una sorta di complemento al controllo dell'errore di diritto. D'altra parte, non potrebbe varcare il confine della valutazione dei fatti, terreno in cui può tuttavia penetrare più o meno, mediante la "distorsione dei fatti". Anche questa messa in discussione del potere sovrano dei giudici di merito sulla base di uno snaturamento dei fatti ha subito una chiara evoluzione: «Se, inizialmente, il Consiglio vi ha fatto ricorso troppo spesso (...), mostrando così una forma di riluttanza ad abbandonare le questioni di fatto, ora se ne serve solo con parsimonia per censurare i casi di flagrante divagazione dei giudici di merito».

⁶⁴⁷ V. J. H. STAHL, *Recours en cassation*, in *Rép. cont. Adm.*, Dalloz, Avril 2019, ove, con riguardo all'incompetenza positiva e negativa assimilabile ai limiti esterni, l'Autore precisa che «74. Le juge de cassation veille en premier lieu au respect des règles de compétence juridictionnelle. Cette question est d'ordre public et doit être soulevée d'office, au besoin, par le Conseil d'État (CE 3 févr. 1950, req. n° 3776, JCP 1950. II. 5454. - CE 6 oct. 1995, Hassini, Lebon T. 1006). 75. L'incompétence censurée par le juge de cassation est, le plus souvent, une incompétence « positive », c'est-à-dire un empiètement des juges du fond sur les

La sussistenza o meno della giurisdizione o, meglio, della giustiziabilità della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente, il rispetto dei principi del giusto processo quali il contraddittorio⁶⁴⁸, il diritto di difesa e la terzietà del

compétences d'une autre autorité : le législateur (CE 14 mai 1943, Grémeau, Lebon 122), une autorité administrative (CE 27 avr. 1928, Min. des Pensions c/ Ravat, Lebon 538), ou une autre juridiction. 76. Dans ce dernier cas, l'incompétence peut tenir à une mauvaise application des règles de compétence territoriale des juridictions (CE, sect., 31 mai 1963, Kraemer, Lebon 337. - CE 30 sept. 1988, Fock Yee, req. n° 66223, inédit). Les exemples sont toutefois rares, ce qui s'explique, s'agissant de la juridiction administrative de droit commun, par le mécanisme de résolution des questions de compétence territoriale institué par le décret n° 72-143 du 22 février 1972 (D. 1972. 131) et aujourd'hui repris aux articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative; à cet égard, lorsque la question de la compétence territoriale a été réglée dans le cadre de ce mécanisme, la compétence de la juridiction d'attribution ne peut plus être remise en cause ni par les parties, ni par le juge d'appel, ni par le juge de cassation (V. l'article R. 351-9 issu du Décr. n° 2002-547 du 19 avr. 2002; auparavant CE 10 juill. 1996, Dody, Lebon 282. - CE 10 nov. 1999, Sté coopérative agricole du Briennon, Lebon 351). 77. L'incompétence peut aussi tenir au dessaisissement *ratione temporis* de la juridiction saisie : ainsi pour les juridictions ordinaires qui perdent leur compétence à l'égard d'un praticien qui a cessé d'appartenir à l'ordre à la date à laquelle la juridiction statue, sauf si ce praticien a cherché à se soustraire à des poursuites intentées à propos de faits commis alors qu'il était inscrit au tableau de l'ordre (CE, sect., 31 mai 1963, Kraemer, Lebon 337. - CE 29 juill. 1994, M^{me} Ali Ahmet, Lebon 406. - CE, sect., 3 oct. 1994, CPAM de l'Eure c/ Beaulavon, Lebon T. 1165). L'incompétence peut enfin tenir, et c'est le cas le plus fréquent, à l'empiétement *ratione materiae* sur la compétence d'une autre juridiction : juridiction judiciaire (CE 9 oct. 1957, Dame V^{ve} Deltel, Lebon 512. - CE 14 nov. 1957, Sté Huchet Frères, Lebon 616. - CE, sect., 23 janv. 1959, Perrier, Lebon 73. - CE, sect., 17 oct. 1975, Institut supérieur de droit et d'économie de l'aménagement et de l'urbanisme, Lebon 515. - CE, sect., 8 févr. 1985, Castet, Lebon 31), ou juridiction administrative (CE 25 avr. 1958, Secr. d'État chargée à la Marine marchande c/ Sté lorraine des aciéries de Rombas, Lebon 233. - CE 17 févr. 1971, Ray, Lebon 144. - CE 9 oct. 1991, Masneuf, Lebon T. 785). 78. L'incompétence relevée par le juge de cassation peut aussi être une incompétence «négative» : dans ce cas, le Conseil d'État censure la juridiction qui a décliné indûment sa compétence ou qui n'a pas épuisé sa compétence. Comme une incompétence, elle est, le cas échéant, relevée d'office par le juge de cassation (CE 6 oct. 1995, Hassini, Lebon T. 1006). Entache ainsi sa décision d'incompétence, la juridiction qui se décharge sur une juridiction de premier ressort (CE, sect., 8 nov. 1957, Maury, Lebon 595), la juridiction d'appel qui refuse de statuer alors que les premiers juges sont dessaisis (CE, sect., 8 févr. 1985, Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne, Lebon 30), celle qui refuse d'annuler une décision de l'organe ayant statué en premier ressort tout en reconnaissant la faute de cet organe (CE 18 mai 1928, Turco, Lebon 644), celle qui ne remplit pas sa mission juridictionnelle (CE 6 oct. 1995, Hassini, Lebon T. 1006), la juridiction d'appel qui refuse de régler complètement le litige qui lui est soumis par l'effet dévolutif de l'appel (CE, sect., 19 nov. 1999, Min. du Budget c/ SARL Occases, Lebon 360). Une juridiction ordinaire ne peut pas subordonner sa décision sur l'action disciplinaire à la décision du juge pénal (CE, sect., 28 janv. 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle c/ L'Hermitte, Lebon 44). La Cour des comptes ne peut refuser de statuer sur une question relative aux éléments de la ligne de compte (CE 5 mai 1882, Min. de l'Intérieur c/ Chasteaux, Lebon 419, concl. Marguerie)».

⁶⁴⁸ V. J. H. STAHL, *Recours en cassation* in *Rép. cont. adm.*, Dalloz, Avril 2019, ove l'Autore in tema di contraddittorio chiarisce che «80. Le caractère contradictoire de la procédure est aujourd'hui élevé au rang de principe général du droit (CE, sect., 12 mai 1961, Sté La Huta, Lebon 313), après avoir été simple règle générale de procédure (CE 10 août 1918, Villes, Lebon 841). Il implique que les parties puissent obtenir communication du dossier juridictionnel : cette communication est de droit et doit être spontanée à l'égard du défendeur au pourvoi (CE, ass., 7 févr. 1947, D'Aillères, Lebon 50), sauf si le pourvoi est voué au rejet (CE, sect., 29 janv. 1993, Assoc. des riverains de l'Herrengrie, Lebon 21. - CE 1^{er} avr. 1996, Maury, Lebon 110). Pour le demandeur, la communication des éléments produits par la défense n'est donnée que sur demande, sauf texte contraire, mais les textes organisent le plus souvent aujourd'hui la communication contradictoire obligatoire du premier mémoire en défense

giudice, e il divieto di *ultra petita*⁶⁴⁹ rappresentano le questioni pregiudiziali del sindacato cassatorio, unitamente al controllo di altri vizi motivazionali-formali.⁶⁵⁰

(CE 13 janv. 1960, *Campion*, Lebon 30 ; 28 oct. 1974, *Dame V^{ve} Lambert*, Lebon T. 1045. - CE 22 nov. 1991, *Min. du Budget c/ Moreau*, req. n° 110236 , Lebon 402), ce qui est le cas notamment pour les cours administratives d'appel (CE 9 juill. 1997, *Holley*, Lebon T. 1038). La communication doit être complète (CE 23 mars 1956, *Louis*, Lebon 136. - CE 18 avr. 1969, *Fondation santé des étudiants de France*, Lebon 217. - CE 14 mars 1975, *Rousseau*, Lebon 194. - CE 23 avr. 1975, *Dupont*, Lebon 208. - CE 18 nov. 1987, *Bowka Kimbolo*, Lebon 372) et s'effectuer dans des conditions permettant aux parties de répondre utilement (CE, sect., 13 janv. 1988, *Abina*, Lebon 5. - CE 23 févr. 1990, *Hauchecorne*, req. n° 81808, Lebon T. 927. - CE 22 nov. 1991, *Min. du Budget c/ Moreau*, req. n° 110236 , Lebon 402). Lorsque, devant une juridiction spéciale, le commissaire du gouvernement doit être regardé comme une des parties au litige et lorsque ses conclusions écrites contiennent des éléments d'information échappant à la connaissance des autres parties, ces conclusions doivent être communiquées à l'avance (CE 17 avr. 1964, *Sté financière et industrielle des pétroles et commissaire du gouvernement près la commission de répartition des indemnités tchécoslovaques*, Lebon 233. - CE, ass., 13 déc. 1968, *Assoc. syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne et Comité de défense des intérêts menacés par l'autoroute A 6 et Musso*, Lebon 645). 81. Le caractère très particulier de certaines procédures conduit cependant à des aménagements du caractère contradictoire de la procédure : ainsi en matière de référé où l'urgence justifie qu'un seul échange de mémoire soit jugé suffisant (CE 29 mars 1985, *Cne de Sisteron*, Lebon T. 731. - CE 8 mars 1996, *Sté CGC entreprise*, Lebon T. 1092 , pour le référé précontractuel. - CE, sect., 5 avr. 1996, *Synd. des avocats de France*, Lebon 118. - CE 22 mars 1999, *Soudain*, Lebon 87), ou autrefois pour la procédure devant la Cour des comptes (CE 2 mars 1973, *Massé*, Lebon 185, concl. Braibant). 82. Le caractère contradictoire de la procédure implique aussi pour le juge l'obligation de mettre les parties à même de présenter des observations orales à l'audience, si cette faculté est prévue par les textes régissant la juridiction (CE 11 févr. 1953, *Sté industrielle des produits chimiques Bozel Malétra*, Lebon 62. - CE 16 mars 1966, *Paisnel*, Lebon 216. - CE, sect., 26 juill. 1978, *Auguste*, Lebon 336. - CE 15 nov. 1991, *Tanko*, Lebon T. 1130)».

⁶⁴⁹ In dottrina francese, cfr. J.-M. AUBY, *L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative*, in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, 267-282. Il divieto di giudicare *ultra petita* è un limite imposto al giudice. Secondo l'Autore, «Si ammetterà che "*ultra petita*" presuppone che il giudice ecceda il quadro del procedimento che gli è imposto, sia dal punto di vista dell'oggetto, dei mezzi e la causa quella delle persone in causa [...] l'*ultra petita* presuppone che il giudice abbia oltrepassato l'ambito dell'argomentazione». Il divieto di *ultra petita* in diritto del contenzioso amministrativo è l'espressione di una certa concezione processuale alla quale il diritto francese rimane, salvo limitate eccezioni, ancorato: quella del giudice "passivo, edulcorato dalla possibilità di sollevare motivi di ordine pubblico, dalla natura inquisitoria del procedimento, dai poteri del giudice nel ricorso di piena giurisdizione. Nel *Traité de contentieux administratif*, Jean-Marie Auby e Roland Drago individuano quattro situazioni: quando si pronuncia su questioni estranee alle conclusioni delle parti, quando il giudice statuisce in materia di soggetti non intervenuti, quando vi è contraddizione tra ragione e dispositivo, ovvero quando è richiesto un atto istruttorio su un punto estraneo le conclusioni delle parti. René Chapus scriverà in particolare che l'*ultra petita* si riferisce al divieto per il giudice di pronunciarsi al di là di quanto gli viene chiesto, attribuendo qui un ruolo attivo alle parti.

⁶⁵⁰ V. J. H. STAHL, *Recours en cassation*, in *Rép. cont. adm.*, Dalloz, Avril 2019, ove, con riguardo al controllo sul rispetto dei principi costitutivi del giusto processo, l'Autore aggiunge che «79. Le Conseil d'État veille au respect, par les juges du fond, non seulement des dispositions législatives et réglementaires, ou des stipulations internationales, qui définissent la procédure applicable devant eux, mais aussi des principes généraux du droit de valeur législative et des règles générales de procédure de valeur réglementaire, lesquels s'appliquent dès lors qu'ils ne sont pas écartés par une disposition expresse et qu'ils ne sont pas inconciliables avec l'organisation et le fonctionnement de la juridiction. Ces principes et ces règles sont dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État : ainsi, sont des principes de valeur législative, et figurent d'ailleurs au nombre des dispositions législatives du titre préliminaire du code de justice administrative, le caractère contradictoire de la procédure (CE, sect., 12 mai 1961, *Sté la Huta*, Lebon 313), l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles (CE 8 juill. 1970, *Doré*, Lebon 471), l'indication du nom

Siffatte fattispecie integrano le questioni più problematiche, collocate sul confine tra i limiti esterni e i limiti interni, e costituiscono oggetto del sindacato sulla giurisdizione intestato alle Sezioni Unite italiane.

La profonda divergenza dal sistema di Giustizia Amministrativa francese si ravvisa nella commistione di funzioni cassatorie in senso lato e di funzioni nomofilattiche interne, esercitate in Italia in grado d'appello dalle sezioni semplici del Consiglio di Stato: entrambe le funzioni commiste sono soggette al controllo sulla giurisdizione di un collegio estraneo alla magistratura amministrativa e alieno ai principi del diritto pubblico e ai rapporti di diritto pubblico ed, in particolare, al maggior garantismo del sistema giuspubblicistico.

Inconferente risulta l'obiezione di chi, temendo un giudizio di legittimità dell'attività amministrativa di terzo grado, patrocina una "civilizzazione" della struttura del processo amministrativo: non più caducatorio rispetto all'atto, ma pienamente satisfattivo rispetto alla pretesa del cittadino.

La generalità e la primazia della tutela costitutiva del processo amministrativo è stato uno dei tratti di garanzia del sistema giuspubblicistico, non riducibile alle logiche civilistiche compensative.

Dunque, complementare alla istituzione di una Cassazione Amministrativa preposta ad una funzione prevalentemente e non esclusivamente cassatoria e nomofilattica non può che accompagnarsi l'istituzione di Corti amministrative d'appello⁶⁵¹, preposte ad un riesame del fatto di causa, al fine di introdurre un controllo di legalità endo-processuale a tutela del cittadino anche sul versante dei diritti soggettivi e al fine di istituzionalizzare un organo nomofilattico interno a carattere permanente a garanzia del diritto obiettivo.

Del tutto recessivo e scarsamente risolutivo rispetto alle necessità contingenti, per la sua stretta inerenza al problema del riparto di giurisdizione più che alle questioni di giurisdizione in senso stretto, si colloca l'istituzione di un Tribunale dei Conflitti, che, non essendo organo terzo ma organo composto meramente da rappresentanti di ambo le giurisdizioni interessate⁶⁵², in un

des juges ayant participé au délibéré (CE 8 juill. 1970, Doré, préc.), le respect du secret du délibéré (CE 17 nov. 1922, Legillon, Lebon 849)».

⁶⁵¹ Per una disamina comparatistica nell'ordinamento giuridico francese, v. D. CHABANOL, *Les cours administratives d'appel et le Conseil d'État*, AJDA, 2008, 1258; M. LONG, *La création des cours administratives d'appel*, AJDA, 2008, 1240; J.-M. SAUVÉ, *Les cours administratives d'appel, vingt ans après: un succès incontestable*, AJDA, 2008, 1248; B. STIRN, *Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel: un nouveau visage*, AJDA, 1995, 183; O. SUARES, *La procédure contentieuse devant les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel*, Gaz. Pal. 1998, n° 30, p. 2.

⁶⁵² V. B. SEILLER ET M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6, Dalloz, Août 2021. La Corte dei conflitti, che si riunisce presso il Palais-Royal dieci volte all'anno (in linea di principio, il 1° o il 2° lunedì del mese), è composta in parti uguali da membri del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione. Questo sistema paritetico, caratteristica fondamentale dell'istituzione, trova piena giustificazione in relazione alla sua missione principale, che è quella di regolare le difficoltà nella ripartizione delle competenze tra i due gradi di giurisdizione. Non è stato messo in discussione durante la grande riforma del Tribunale dei conflitti che il legislatore ha attuato nel 2015. Si prevede che ciascuna corte suprema nominerà ora, per elezione, quattro membri titolari e due membri supplenti. Il loro mandato è di tre anni e saranno rieleggibili due volte. Sono eletti, alle stesse condizioni, due relatori del Consiglio di Stato e due componenti della Procura generale

contesto quale quello italiano, si risolverebbe in un mero organo di mediazione, di coordinamento e di composizione dei conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e Giudice Amministrativo, piuttosto che un organo di giurisdizione sulle questioni di giurisdizione insorte tra Pubblica Amministrazione e Giudice Amministrativo.

In conclusione, la combinazione simultanea di rimedi giurisdizionali e di rimedi istituzionali dovrebbe condurre ad un duraturo assestamento delle giurisdizioni su posizioni meno “belligeranti”, come viceversa occorso negli ultimi venti anni, e ad uno strutturale diradamento delle occasioni di attrito a garanzia dei diritti del cittadino.

della Corte di cassazione, per l'esercizio delle funzioni di commissario di governo, d'ora innanzi denominato relatore. La Corte dei conflitti è un meccanismo essenziale per il corretto funzionamento del dualismo giurisdizionale. Inizialmente, la sua funzione esclusiva era quella di risolvere i conflitti di giurisdizione e, più specificamente, i conflitti positivi. Dal 1962, nuovi metodi di rinvio le hanno permesso di intervenire principalmente per prevenire la comparsa di conflitti. Le modalità di rinvio alla Corte dei conflitti corrispondono dunque a diverse ipotesi: istanze di giurisdizione della giurisdizione amministrativa ad iniziativa esclusiva del prefetto (elevazione di conflitto positivo), rinvio da parte di una parte per sanare un malfunzionamento del dualismo giurisdizionale (conflitto negativo, diniego di giustizia), deferimento, puramente preventivo, da un tribunale per evitare il verificarsi di un conflitto negativo o per risolvere una grave difficoltà giurisdizionale. In occasione della riforma legislativa attuata nel 2015, al Tribunale dei conflitti è stata attribuita un'altra giurisdizione, suggerita da difficoltà precedentemente emerse: il giudice è ora competente anche a conoscere di un'azione per il risarcimento del danno derivante da un'eccessiva durata del procedimento relativo alla stessa controversia e condotto tra le stesse parti dinanzi ai giudici dei due ordinamenti in ragione delle norme di competenza applicabili e, ove applicabile, dinanzi a lui. In media, la Corte dei conflitti riceve un numero ridotto di cause all'anno (25 58 iscrizioni nel 2020 per 27 decisioni pronunciate), tra i quali occupano un posto importante i licenziamenti secondo la procedura per la prevenzione dei conflitti negativi (44% nel 2020), le procedure per la risoluzione dei conflitti positivi o negativi sono diventate molto minoritarie (16% nel 2020). Nel 2020, invece, il 36% delle iscrizioni è stato sottoposto a rinvio per grave difficoltà di competenza. Il tempo di elaborazione per i casi è di circa 4 mesi nel 2020.

CONCLUSIONI

Nella Premessa della presente trattazione, alla luce del metodo scientifico falsificazionista di matrice popperiana o, altrimenti detto, metodo ipotetico-deduttivo o, come lo definisce Popper, «metodo deduttivo dei controlli», ci si è proposti di sottoporre l'ipotesi della alterità dello sconfinamento nella sfera amministrativa e del diniego di giustizia rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione a severi tentativi di falsificazione ovvero a dettagliati e severi controlli ad alto tasso di falsificabilità e, quindi, ad alto tasso di corroborazione.

Dalla disamina critica delle declaratorie cassatorie più significative assunte a falsificatori potenziali in grado di corroborare un'ipotesi falsificante alternativa si è inteso concludere nei termini dell'accettabilità scientifica provvisoria della ipotesi ivi prospettata ovvero l'alterità delle fattispecie del cosiddetto "eccesso di potere giurisdizionale", *sub specie* dello sconfinamento, nonché del cosiddetto "diniego di giustizia", così come teorizzato in dottrina e giurisprudenza, rispetto alla categoria dell'assoluto difetto di giurisdizione.

Il modo di inferenza falsificante adottato è stato il *modus tollendo tollens* della logica classica, ovvero il modo in cui la falsificazione di una conclusione implica la falsificazione della asserzione singolare assunta a ipotesi dalla quale la conclusione è dedotta e, di conseguenza, la falsificazione dell'asserzione universale derivata da assiomi e assunta a sua volta a ipotesi dalla quale l'asserzione singolare è dedotta.

Nel capitolo primo, muovendo dalla tradizione pretoria italo-francese della Giustizia Amministrativa, dai principi costitutivi del diritto pubblico e dalla normativa vigente storicamente contestualizzata, assunti con valenza assiomatica nella ipotesi scientifica avanzata, si è concluso nei termini dell'esclusività dell'assoluto difetto di giurisdizione, quale unico vizio deducibile in sede cassatoria, in quanto compatibile con la tradizione, i principi e la normativa della Giustizia Amministrativa.

In particolare, il legislatore costituente e il legislatore codicistico hanno ammesso il sindacato cassatorio limitatamente ai soli motivi inerenti alla giurisdizione e, dunque, lo hanno escluso in ordine al vizio di violazione di legge (sostanziale e processuale).

Inoltre, l'assoluto difetto di giurisdizione, di cui all'art. 48 Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, inerisce alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, così come storicamente interpretati, e non alla violazione dei limiti interni.

Orbene, sia lo sconfinamento nella sfera amministrativa in senso ampio sia il diniego di giurisdizione evolutivamente reinterpretato da una parte della dottrina amministrativistica, nonché qualunque altra fattispecie che ne condivida i tratti caratterizzanti individuati all'esito della indagine, ineriscono alla violazione di limiti interni e, dunque, non integrano l'assoluto difetto di giurisdizione e meritano di essere estromessi in sede cassatoria.

Così delineata l'indagine, è risultato che fra i molteplici critto-tipi individuati dalle Sezioni Unite solamente il difetto assoluto di giurisdizione e il diniego di giurisdizione, nella loro rispettiva accezione originaria, sono compatibili con la tradizione della Giustizia Amministrativa, dal contenzioso amministrativo sino alla codificazione.

I restanti critto-tipi, invece, avendo ad oggetto le modalità applicative della disciplina sostanziale e processuale di riferimento, appaiono correlati alla violazione di norme sull'esercizio della giurisdizione, soprattutto nel caso delle molteplici fattispecie concettualizzate dalle Sezioni Unite al fine di sanzionare se e come il Consiglio di Stato garantisca in concreto piena ed effettiva tutela alle posizioni giuridiche soggettive.

L'esame di quelle più significative venute all'attenzione delle Sezioni Unite depone per l'inconsistenza sul piano dogmatico e fenomenico dello sconfinamento, che, pur laddove asseritamente accertato, cela una censura dell'attività interpretativa/integrativa del Giudice Amministrativo in senso regressivo.

Sia la questione del controllo della discrezionalità sia la questione del rilievo giuridico dell'interesse azionato dovrebbero rimanere entro i limiti interni.

Sarebbe ampiamente auspicabile, dunque, ad opera della dottrina amministrativistica e, soprattutto, ad opera della giurisprudenza cassatoria, l'espunzione del critto-tipo dello sconfinamento e del diniego di giurisdizione evolutivamente rivisitato dal novero dei critto-tipi del difetto assoluto di giurisdizione, in quanto trattasi di fattispecie che intrinsecamente sottendono un controllo sulle sentenze amministrative proprio di un giudizio di legittimità di tipo cassatorio, ad oggi non costituzionalizzato.

L'assunto secondo cui la questione di giurisdizione è una questione pregiudiziale di rito non pare condivisibile, in quanto il difetto di giurisdizione a fronte del cosiddetto merito amministrativo o il diniego di giurisdizione a fronte di un interesse legittimo celano, in realtà, una vera e propria questione di merito spettante al Giudice Amministrativo.

In realtà, diversamente da quanto autorevolmente sostenuto, se il Giudice Amministrativo è in via esclusiva il giudice dell'esercizio della potestà pubblica quale situazione giuridica soggettiva, a maggior ragione lo è della situazione ad essa speculare ovvero dell'interesse giuridicamente rilevante, la cui conformazione è rimessa per ragioni storiche e istituzionali, in forza dell'alto tecnicismo e della specialità della materia, esclusivamente al Giudice Amministrativo medesimo.

Tratto caratterizzante il diritto amministrativo, come ampiamente dato conto nel capitolo primo, è l'ampiezza degli interessi tutelati, passibili di tutela costitutiva previa selezione equitativa della magistratura amministrativa.

Se il Giudice Amministrativo è il *dominus* della tutela degli interessi legittimi o, meglio, il *dominus* del rapporto di diritto pubblico, i presupposti della tutela ovvero l'individuazione conformativa della posizione giuridica soggettiva lesa dal

potere pubblico compete a sé medesimo e giammai il Giudice della giurisdizione può incompetentemente ingerirsi, a pena di integrare un eccesso di potere giurisdizionale sanzionabile in sede di conflitto di attribuzioni.

La mediazione del potere tra la norma e il fatto legittima il sindacato esclusivo del Giudice Amministrativo su di esso e sulle posizioni giuridiche che con esso interagiscono e, dunque, sul rapporto di diritto pubblico.

Mentre il dilemma del Giudice della giurisdizione rimane di tipo sostanziale e funzionale ovvero tra giustizia data e giustizia denegata e, dunque, si colloca al di fuori della cornice costituzionale; per converso, quello del Giudice delle leggi, è di carattere competenzaale e strutturale ovvero tra limite esterno e limite interno della giurisdizione.

Dacché la Corte Costituzionale “ha espunto”, seppur con una declaratoria di inammissibilità, il cosiddetto “diniego di giustizia”, quale asserito critto-tipo del diniego di giurisdizione, ravvisandovi i profili di un sindacato sugli *errores in procedendo* o *in iudicando* quali violazioni di legge e, dunque, non un limite esterno bensì un limite interno, appare alquanto discutibile il tentativo esperito da una parte della dottrina di “strumentalizzare” il diniego di giurisdizione per colmare asseriti vuoti di tutela, a Costituzione e codificazione invariate.

La dequotazione della questione di giurisdizione appare purtroppo irreversibile, nonostante si tenti di conformare il diniego di giurisdizione in termini di diniego di tutela per ovviare all’espunzione della fattispecie dalla categoria del difetto assoluto di giurisdizione ad opera della Corte Costituzionale, o di congetturare uno sconfinamento nella sfera legislativa sotto il profilo della violazione dei principi del giusto processo di cui all’art. 111 Cost., particolarmente qualificata dalla violazione della normativa o giurisprudenza unionale.

Sebbene il carattere di diritto soggettivo del processo amministrativo, che raggruppa tutti i principi processuali fondamentali nel divieto di sostituirsi alle parti, possa assurgere a parametro per individuare le fattispecie in cui il giudice si mantenga entro i suoi poteri o incorra in eccesso di potere giurisdizionale, quest’ultima evenienza non è censurabile come difetto assoluto in senso tecnico.

A riguardo, improvvida è stata la relazione di identità tra difetto di giurisdizione, *error in procedendo* e sconfinamento predicata da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo la quale il difetto di giurisdizione altro non sarebbe che uno sconfinamento, così come il diniego di giurisdizione altro non sarebbe che un diniego di giustizia.

Evocare il diniego di giustizia o il diniego delle forme di tutela equivale a traslare l’oggetto del sindacato delle Sezioni Unite dalla causa all’effetto ovvero connotare il vizio del diniego di giurisdizione non più in termini eziologici ma in termini effettuali, incorrendo sul piano logico in un’inversione causale, dacché si intende ravvisare il vizio non dagli indici sintomatici della violazione dei limiti esterni ma dagli effetti della violazione.

Il diniego di giurisdizione non si pone in una relazione di identità con il diniego di tutela, ma in un rapporto di causa - effetto, di talché esso non è il diniego di una specifica tutela della situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento nazionale o europeo, ma un vizio ontologicamente autonomo che esita nel diniego di qualsiasi tutela.

Ne consegue che il diniego di giustizia o, altrimenti detto, il diniego di forme di tutela o il diniego di giurisdizione evolutivamente rivisitato non è altro che un effetto della violazione dei limiti interni intesi come limiti delle funzioni e, dunque, non è affatto effetto della violazione dei limiti esterni intesi come limiti della potestà.

A sommosso avviso dello scrivente, la soluzione più coerente con la tradizione e con la Costituzione non risiede nel legittimare il cosiddetto "eccesso di potere giurisdizionale" da diniego di giustizia aprioristico latamente inteso tale da ricondurvi la lesione di ogni specifica tutela; bensì, nel consolidare il diniego di giurisdizione nell'accezione tradizionale o, altrimenti detto, il diniego di giustizia aprioristico in senso tecnico, quale affermata assoluta estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali tale da precludere qualsivoglia tutela, dovuto ad una errata qualificazione di un interesse di fatto in luogo di un interesse legittimo scevra da contaminazioni ermeneutiche.

Diversamente opinando, aderendo ad una nozione di giurisdizione intesa in senso funzionale, controversa e passibile di strumentalizzazioni, si autorizzano le Sezioni Unite a sanzionare violazioni che impingono nell'esercizio della giurisdizione e integrano non un difetto di giurisdizione o un diniego di giurisdizione, quanto un eccesso di potere giurisdizionale in positivo nella veste dello sconfinamento e in negativo nella veste del diniego di giustizia, con ciò legittimando le medesime a svolgere incompetentemente un sindacato cassatorio pieno.

Le soluzioni sinora proposte in dottrina non sembrano idonee a risolvere i problemi correlati all'intrinseca evoluzione del ruolo della Giustizia Amministrativa, che imporrebbe di organizzare il dibattito muovendo dalle ragioni della specialità del Giudice Amministrativo e dalle sue implicazioni istituzionali, anche in relazione alle caratteristiche del rapporto di diritto pubblico.

I rimedi giurisdizionali alle "strumentalizzazioni" del diniego di giustizia debbono reperirsi all'interno di ciascun ordinamento nazionale e, soprattutto, all'interno di ciascun plesso giurisdizionale presso il rispettivo organo apicale.

De iure condendo, in termini istituzionali sovviene l'ineluttabilità di una Cassazione Amministrativa nelle vesti del Consiglio di Stato, a cui sia devoluta una competenza cassatoria piena soprattutto per le fattispecie più delicate limitrofe alla giurisdizione intesa in senso funzionale.

Al fine di ovviare all'assenza di un sindacato cassatorio pieno sulle sentenze del Giudice Amministrativo, non può che attingersi all'esperienza giuridica francese, laddove l'istituzionalizzazione di una Cassazione

Amministrativa con i relativi corollari istituzionali e giurisdizionali ha salvaguardato la nomofilachia esclusiva della giurisdizione amministrativa e la pienezza di tutela del cittadino avanti alla Pubblica Amministrazione nelle controversie giuspubblicistiche.

Alla istituzione di una Cassazione Amministrativa preposta ad una funzione cassatoria e nomofilattica sui rapporti di diritto pubblico non può che accompagnarsi l'istituzione di corti amministrative d'appello preposte ad un riesame del fatto di causa, così da introdurre un controllo di legittimità endo-processuale a tutela del cittadino anche sul versante dei diritti soggettivi o, meglio, sull'intero rapporto di diritto pubblico e così da istituzionalizzare un organo nomofilattico interno a carattere permanente a garanzia del diritto obiettivo.

In conclusione, la giustizia della decisione, tema a cui è particolarmente sensibile una parte della dottrina, potrà essere più efficacemente perseguita ripristinando un equilibrio frutto di un reciproco auto-contenimento coltivato con prudenza e discernimento dalle rispettive giurisdizioni coinvolte o, più radicalmente, istituendo nelle vesti del Consiglio di Stato una Cassazione Amministrativa sul modello francese, preposta a sindacare difetti di giurisdizione e di competenza ampiamente intesi, nonché *errores in procedendo* e *in iudicando* dei Giudici Amministrativi con l'ampiezza e l'intensità tradizionalmente confacente alla Giustizia Amministrativa.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* [Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 2003], Milano, 2004.
- AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 57 ss.
- ABBAMONTE G. - LASCHENA A., *Giustizia amministrativa*, 2° ed., Padova, 2001, 481 ss.
- ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 68 ss.
- ALESSI R., *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, anche in Id., *Scritti minori*, Milano, 1981, 1 ss.
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974.
- ALLEN A., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 116 ss.
- AMOROSO G., *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., *Improcedibilità assoluta della domanda fra privati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, I, 13 ss.
- ANDRIOLI V., *Prova*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, 1967, 278 ss.
- ANSALDI G., *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in www.giustamm.it, n. 5/2014.
- ANTONIOLI M., *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1291 ss.
- AULETTA A., *Risarcimento del danno e «abuso» della giurisdizione. Ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, in www.giustamm.it, n. 2/2009.
- AZZARITI G., *I limiti della giurisdizione nel nuovo codice di procedura*, in *Foro it.*, 1941, IV, 33 ss.
- AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.
- BALBONI E., *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 3, 647 ss.
- BARONE A., *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 1 ss.
- BARONE G., *Discrezionalità I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BASSI F., *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., Padova, 1987.
- BENVENUTI F., *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1037 ss.
- BENVENUTI F., *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *All. ed.*, IX, Milano, 1961, p. 322, sec. 36.
- BENVENUTI F., *Contraddittorio*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Articoli e altri scritti (1948-1959), 1117 ss.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.

- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 19 ss.
- BENVENUTI F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza, 1969, 67 ss., nonché in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. III, 3 ss.
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (struttura)*, in *All. ed.*, XXXVI, Milano, 1987, 459 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BENVENUTI, voce *Funzione*, I, *Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 3.
- BERLATI A., "Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990.
- BERTI G., *Linee di svolgimento della giustizia amministrativa (anche a proposito di una recente ricerca sulle riforme crispine)*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Milano, 1992, 43 ss.
- BERTOLINO G., *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010.
- BERTONAZZI L., *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 929 ss.
- BERTONAZZI L., *Le criticità della sentenza Randstad e la ricerca di vie d'uscita dal vicolo cieco* in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, fasc. 2.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BILE F., *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, 4, 93 ss.
- BILE F., *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 1999, 17 ss.
- BIN R., *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 32/2020.
- BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938.
- BRACCI M., *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 165 ss.
- BRIGUGLIO A., *Fra Sezioni unite e Consiglio di Stato la Corte di Giustizia pronuncia «nell'interesse della legge»* in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, fasc. 2, p. 687.
- BUONCRISTIANI D., *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 174.
- CAIA G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, Relazione tenutesi in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena presso il Castello di Modanella-Siena in data 19-20 maggio 2017 e confluita nell'opera "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI, 2018, pp. 249-270.
- CAIANIELLO V., *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, 179 ss.
- CAIANIELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.
- CAIANIELLO V., *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, in *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, 1986, 647 ss.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CAIANIELLO V., v. *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999.
- CALABRÒ C., *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 1 ss.
- CALABRÒ C., *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 2007 ss.
- CALABRÒ C., *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, II, 2345 ss.
- CALABRÒ C., *L'ottemperanza come «prosecuzione» del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, 1983, 159 ss.
- CALAMANDREI P. - FURNO C., *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, 1958, 1053 ss.

- CALAMANDREI P., *Cassazione Civile (1920)*, vol. II, 48, ora in *Opere giuridiche*, vol. VII, Padova, 1976.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, IV, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, VIII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019.
- CALAMANDREI P., *Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo"*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 213 ss.
- CALDARERA A., *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 873 ss.
- CALZOLAIO E., *La violazione del diritto dell'Unione europea come «motivo di giurisdizione»*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3419.
- CALZOLAIO S., *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2017, I, 584 ss.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, rist. 1992.
- CANNADA BARTOLI E., *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970, 295 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963, 343 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Sui «motivi attinenti alla giurisdizione»*, in *Foro amm.*, 1963, II, 315 ss.
- CANNADA BARTOLI L., *Impugnabilità in Cassazione, ex art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omissio rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 958.
- CAPACCIOLI E., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 3, 383 ss.;
- CAPOTORTO D., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3.
- CAPOTORTO D., *L'espulsione dal mercato per eccesso di lavoro: le derive giusnaturalistiche della nozione di moralità professionale e l'effettività del sindacato giurisdizionale nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2.
- CAPPELLETTI M., *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1959, 62 ss.
- CAPPONI B. - VERDE V. (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, Napoli, 2002.
- CARAMAZZA I.F., *Giurisdizione amministrativa e unità della giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1993, 12, 1368 ss.
- CARANTA R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano (la responsabilità della pubblica amministrazione dopo la legge 21.07.2000, n. 205)*, Milano, 2001.
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992.
- CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245 ss.
- CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990.
- CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione (sistemi e tecniche)*, Milano, 1993.
- CARANTA R., *Tutela dei diritti nei confronti della p.a. e interesse legittimo. Prospettive di una unità della giurisdizione*, in *Dem. e diritto*, 1997, 1, 133 ss.
- CARANTA R., *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrollrechte), nota a Corte di giustizia U.E., sez. V, 21 gennaio 1999, n. 120*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 495 ss.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, 382.

- CARBONE A., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 1.
- CARBONE V., *E' costituzionale il nuovo riparto di giurisdizione?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 79 ss.
- CARDI E., COGNETTI S., *v. Eccesso di potere (Atto amministrativo - Teoria generale)*, I agg., in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100.
- CARNELUTTI F., *Eccesso dal potere giudiziario per difetto di motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 208 ss.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 193 ss.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 33 ss.
- CARNELUTTI F., *Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 1 ss.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 365 ss.
- CARNELUTTI F., *Nullità della sentenza per vizio nella composizione del collegio giudicante*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, II, 85 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 253.
- CARRATTA A., *sub art. 112*, in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna, 2011, 25 ss., 40 ss.
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.
- CASSARINO S., *Il Procedimento amministrativo*, 1987, II, 744.
- CASSARINO S., *Il rinvio al giudice di primo grado nella sentenza amministrativa di appello*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 1 ss.
- CASSARINO S., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990.
- CASSELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.
- CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5580 ss.
- CASSESE S., *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 424 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano - D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss.
- CERETI C., *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i «motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111 u.c. Costituzione)*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, I, Milano, 1965, 299 ss.
- CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CERRETO A., *Il giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2012.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.
- CERULLI IRELLI V., *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Riv. It. Scienze Giur.*, 2010, n.s., 197 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 799 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 285 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 101 ss.

CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 433 ss.

CHIARLONI S., *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 409.

CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in M-G. CIVININI - M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 13 ss.

CHIARLONI S., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 521 ss.

CHIARLONI S., *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2004, II, 498.

CHIAVARIO M., *Processo e garanzia della persona*, 2° ed., II, Le singole garanzie, Milano, 1982, 185.

CHIEPPA R., *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965.

CHITI M.P., *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 1.

CHITI M. P., *Nota a Conclusioni dell'Avvocato generale Gerard Hogan, presentate il 9 settembre 2021, nella causa C-497/20 Le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-497/20 dirimono "un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani"* in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2021, fasc.3 - 4.

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.giustamm.it, n. 7/2004.

CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.

CINTIOLI F., *v. Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 471 ss.

CIPRIANI F., *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988.

CIPRIANI F., *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. It.*, 1999, I, 2009 ss.

CIRIELLO P., *Le questioni aperte in fine secolo. Unità o pluralità della giurisdizione*, in *Nuova rass. di legisl., dottr. e giur.*, 2000, 3-4, 273 ss.

CIRILLO G.P. - TAMBURRINO E., *Il giudice amministrativo. L'astensione e la ricsuzione dei giudici*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, 2014., 278.

CLARICH M. - URBANO G., *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1700 ss.

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.

CLARICH M., *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 2, 172 ss.

CLARICH M., *Il processo amministrativo a rito ordinario*, in www.giustizia-amministrativa.it, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss.

CLARICH M., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 ss.

CLARICH M., *L'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 297 ss.

CLARICH M., *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.

CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa: una nuova smentita da parte della cassazione alla vigilia di un chiarimento legislativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 731 ss.

CLARICH M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021.

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557 ss.

CLARICH M., *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, (2), 1° giugno 2021, 213 ss.

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giust.Amm.it*, n. 7/2016.

COCOZZA G., *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017, 194.

CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte).

CODACCI PISANELLI A., *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940.

CODACCI PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241 ss.

CODACCI PISANELLI A., *Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 37 ss.

COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano, 1993.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

COMOGLIO L.P. - FERRI C. - TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995.

COMOGLIO L.P., *Accesso alle Corti e garanzie costituzionali*, in Id., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 31.

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, 1 ss.

COMOGLIO L.P., *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1994, 3, 153 ss.

COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673 ss.

COMOGLIO L.P., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss.

COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.

COMOGLIO L.P., *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del 'giusto processo'*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 633 ss.

COMPORITI G. D., *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) (a cura di) in A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi (a cura di) L. FERRARA, D. SORACE, Vol. 7*, Firenze University Press, 2016.

COMPORITI G.D., *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, nota a *Cons. Stato, Ad. Plen.*, 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. It.*, 2015, 1692

COMPORITI G.D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in <http://www.dsg.unifi.it/upload/sub/150-anniversario/relazioni/giustizia-aggiornata.pdf>.

CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Civ.*, VII, Torino, 1991, 57.

CONSOLO C., *Il "Memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 683 ss.

CONSOLO C., *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1567 ss.

CONSOLO C., LUISO F., *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed., Milano, Ipsoa, 2007.

CONSOLO C., *Terzietà ed imparzialità nei processi non penali*, in *Foro It.*, 2012, V, 22.

CONTI G.L., *sub art. 135*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2621 ss.

CONTI R., *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consulta online*, 2015, 3.

CORAGGIO G., *v. Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

CORLETTI D., *L'opposizione di terzo nel recours pour excès de pouvoir e la crisi della giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 436 ss.

CORLETTI D., *sub art. 105*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

CORPACI A., *Il principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa: l'attribuzione del potere di azione al Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti*, in atti Convegno di Varenna del 2005, cit. 293.

CORPACI A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.

- CORSO G., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in *Atti del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su "Il giusto processo"*, tenutosi a Roma il 28-29 marzo 2002, Roma, 2003, 56 ss.
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2020, 43 ss.
- COSTANTINO G., CARRATTA A., RUFFINI G., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020.
- COSTANTINO G., *Il giusto processo di fallimento*, in A. DIDONE - P. FILIPPI (a cura di), *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, Milano, 2002, 8 s.
- CRISTOFANETTI L., *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione (A proposito di recenti sentenze della Corte Suprema)*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, III e app., Roma, 1932, 215 ss.
- D'AMELIO M. - ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss.
- D'AMICO M. - PELLIZZONE I., *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 2014.
- D'ALBERTI M. - PAJNO A., *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 299 ss.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 1992, 27 ss.
- D'ALESSANDRI F., *v. Giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017.
- D'AMELIO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 577 ss.
- D'AMELIO P., *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 120 ss.
- D'AMELIO S., *Sulla istituzione in Italia di un supremo tribunale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 74 ss.
- D'ATENA A., *Unità e pluralità nella disciplina costituzionale della giurisdizione: il tribunale superiore delle acque e la nomofilachia della Corte di Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1995, 3, 1799 ss.
- D'ORSOGNA M., *Il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa (a cura di Morbidelli)*, Milano, 2005, 920 ss.;
- D'ORSOGNA M., *Le impugnazioni*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 389
- DAL CANTO F., *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.
- DE CESARE G., *Problematiche dell'eccesso di potere amministrativo*, Padova, 1973.
- DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 401 ss.
- DE LISE P., *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, XIII ss.
- DE LISE P., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, II, 2333 ss.
- DE NICTOLIS R., *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017.
- DE NICTOLIS R., *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti - Il rito degli appalti pubblici dono il D.L. 90/2014*, in *Urb. e App.*, 2014, 1147 ss.
- DE NICTOLIS R., *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, in *Urb. e app.* 2012, 1025.
- DE PRETIS D., *Il riparto di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1129 ss.
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in *Dir. amm. comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Milano, Giuffrè 2007, 283 ss.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 683 ss.

- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Milano, 2005, 303 ss.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE SIANO A., *Decisioni amministrative e vincolo del precedente giudiziario, paper presentato al Convegno Aipda di Bergamo, 5-7 ottobre 2017, su Decisioni amministrative e processi deliberativi*, in www.diritto-amministrativo.org.
- DE TOQUEVILLE A., *L'antico regime e la Rivoluzione*, trad. it. Milano, Rizzoli, 1981, 91 ss. (libro II, capitolo IV).
- DE VALLES A., *Il concetto di giurisdizione in senso materiale*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1928, I, 297, part. 320.
- DEL GATTO S. - DINELLI F. - FARES G. - MARI G. - SINISI M., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013.
- DELFINO F., *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963.
- DELLE DONNE C., *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «modo gordiano» diritti-interessi*, in *Giust. Civ.*, I, 2004, 2237 ss.
- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM, molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss.
- DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185 ss.
- DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela, Relazione al Convegno su Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Palermo 22, 23 e 24 ottobre 1987, in *Foro it.*, 1989, V, 132 ss.
- DI MAJO A., *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.*, 2009, 647 ss.
- DI MAJO A., *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.*, 2009, 647 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1987.
- DIPACE R., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 689 ss.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 236 s.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.
- DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 859 ss., part. 861 s.
- ELEFANTE F., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, 2002.
- ELEFANTE F., *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 305 ss.
- FABIANI E. - TARTAGLIA POLCINI A. (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione. In ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011.
- FALCHI DELITALIA A., *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 12, 3143 ss.
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 287 ss.
- FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1153 ss.
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei deputati, con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, 1948.
- FANTI V., *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 871 ss..
- FANTI V., *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 2, 433 ss.
- FANTI V., *La «rivoluzione» operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, 145 ss.
- FANTI V., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 19.

- FANTINI S., *La pregiudiziale amministrativa come "motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 548 ss.
- FAZZALARI E., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1958, 861 ss.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, Giuffrè, 1960, 88.
- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione. Vol. II. Impugnazioni*, Torino, 1990.
- FAZZALARI E., *L'imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 337 ss.
- FAZZALARI E., *Ricorso per Cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 560 ss.
- FELIZIANI C., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 758 ss.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it, 2016.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 106 ss.
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, 92 ss.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.
- FERRARA L., *Spunti critici in tema di danno da esercizio illegittimo del potere amministrativo*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 121 ss.
- FERRARA L., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 465 ss.
- FERRI C., *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.
- FERRONI M.V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.
- FERRONI M.V., *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 419 ss.
- FIGORILLI F., *La difficile mediazione della plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Urb e app.*, 2013, 957 ss.
- FINOCCHI GHERSI R., *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 23302/2011*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 718 ss.
- FOÀ S., *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2012, 60 ss.
- FOLLIERI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 5/2014.
- FOLLIERI E., *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 25 ss.
- FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Giur. It.*, 2012, 438.
- FOLLIERI E., *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21-octies della legge 7.8.1990 n. 241*, in www.giustamm.it, 2005.
- FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.
- FOLLIERI E., *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 236 ss.
- FOLLIERI E., *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 103 ss.
- FOLLIERI E., *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.
- FOLLIERI E., *La discrezionalità tecnica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, Torino, 2015, 194 ss.

- FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017.
- FORLENZA O., *La parte può scegliere se fare ricorso alla tutela risarcitoria o alla demolitoria*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 4, 64 ss.
- FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 969 ss.
- FRANCARIO F., *Diniego di giurisdizione*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 639 ss.
- FRANCARIO F., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, Roma, 2017, 708 ss.
- FRANCARIO F., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020.
- FRANCAVIGLIA M., *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Giur. cost.*, 2020, 2535-2536.
- FRANCAVIGLIA M., *La pluralità delle giurisdizioni italiane e il rispetto del diritto europeo nella decisione della Corte di Giustizia Ue Randstad Italia S.P.A.* in *Giur. Cost.*, 2022, fasc. 4.
- GALANTI E., *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2009.
- GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 280.
- GALLO C.E., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *www.ius-publicum.it*.
- GALLO C.E., *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.
- GALLO C.E., *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 553 ss.
- GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 7-8, 1908 ss.
- GALLO C.E., *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 910 ss.
- GALLO C.E., *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 843 ss.
- GALLO C.E., *v. Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 818 ss.
- GARBAGNATI E., *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1987, 70.
- GAROFOLI R., *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 121 ss.
- GARRI F., *Il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1984, 265 ss.
- GARRONE G.B., *v. Giurisdizione amministrativa di merito*, agg. 2011 (a cura di F. Pavoni), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991.
- GASPARRI P., *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 ss.
- GASPERINI M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.
- GATTAMELATA S., *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 48 ss.
- GAUDEMET Y., *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2011, 124.
- GAVERINI F., *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.
- GIANNINI D., *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, Milano, 2011.
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., *voce Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 229 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993, II 47 ss.

- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pubblicato a più riprese in Riv. dir. proc., 1963, 552 ss. e 1964, 12 ss. e 217 ss.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950.
- GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, anche in Id., Scritti, II, Milano, 2002, 347 ss.
- GIANNINI M.S., *v. Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.
- GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009.
- GIUSTI A., *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 293.
- GOISIS F., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Pers. e Amm.*, 2018, 2, 199 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.
- GRECO G., *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Dir. pubbl. com.*, fasc. 3-4, 1 giugno 2021, pag. 469.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 480 ss.
- GRECO G., *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 4/2020.
- GRECO G., *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in www.giustizia-amministrativa.it (gennaio 2020), 31.
- GUASTINI R., *La funzione giurisdizionale nella Costituzione dell'Anno III*, in *Diritto pubblico*, 1995, 543 ss.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942.
- GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967.
- LALLI A., *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010.
- LAMORGESE A., *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, in www.federalismi.it.
- LAMORGESE A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 1/2018, 3 gennaio 2018.
- LAMORGESE A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in www.questionegiustizia.it, 18 aprile 2017.
- LAMORGESE A., *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, 2006, 10, 1175 ss.
- LAVAGNA C., *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.*, 1951, II, 142 ss.
- LEDDA F., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1971, 2717 ss.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371 ss.
- LEONE G., *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo»?*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 645 ss.

- LESSONA S., *Il concetto giuridico dell'eccesso di potere amministrativo in Italia*, in S. LESSONA, *Scritti minori*, a cura di L. PRAGA, Milano, 1958, 913 ss.
- LESSONA S., *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali. Contributo all'interpretazione dell'art. 3, n. 3 della legge 31 marzo 1877*, Torino, 1925.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LIEBMAN E.T., *Domanda infondata e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 35 ss.
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 551 ss., part. 553 ss.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, Giuffrè, 1984.
- LIGUORI F., *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 587 ss.
- LIPARI M., *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *www.Giustiziasieme.it*, 11 dicembre 2020.
- LIPARI M., *La sentenza della CGUE 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad e la violazione del diritto EU in Giur. It.*, 2022, fasc. 10, p. 2186.
- LONGO F., *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1315 ss.
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2014.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 391 ss.
- LUCIFREDI R., *v. Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- LUISO F.P., *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in B. CAPPONI - V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile*, Napoli, 2002, 57.
- MADDALENA P., *Unità della giurisdizione: una proposta di efficienza*, in *Cons. Stato*, 1980, 11, 1309 ss.
- MAMELI B., *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 2203 ss.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Il processo di cognizione, Torino, 2007.
- MANNORI L. - SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2013.
- MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878.
- MARCHETTI B., *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, in R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 829 ss.
- MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 74 ss.
- MARCHETTI B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000.
- MARENGO R., *Oggetto ed effetti delle pronunce sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 2, 335 ss.
- MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013.
- MARI G., *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 457 ss.
- MARI G., *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 4-5, I, 905 ss.
- MARI G., *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 136 ss.
- MARINI F.S., *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2014.
- MARINO I.M., *Corte di cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, vol. II, 1993, 1383 ss.
- MARINO M., *Giurisdizione esclusiva e giurisdizione*, in V. PARISIO - A. PERINI, *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, 20.

MARINUCCI F., *sub art. 279*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, 99.

MARTINO R., *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura in Il Processo*, 2021, fasc. 3.

MARUOTTI L., *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 5, 705 ss.

MARZUOLI C. - ORSI BATTAGLINI A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'Amministrazione?* in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.

MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

MASUCCI A., *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 693 ss.

MASUCCI A., *Le cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, Giuffrè, 2016.

MASUCCI A., *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995.

MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam Padova, 2000.

MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 705 ss.

MAZZA LABOCETTA A., *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 46 ss.

MAZZAMUTO M., *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 704 ss.

MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, ESI, 2008.

MAZZAMUTO M., *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

MAZZAMUTO M., *L'allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 740 ss.

MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.

MAZZAMUTO M., *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.

MAZZAMUTO M., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 1/2018.

MAZZAMUTO M., *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 704 ss.

MAZZAMUTO M., *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. It.*, 2012.

MAZZAMUTO M., *Per un richiamo alla gloriosa tradizione del contenzioso amministrativo*, in *Annuario 2012: principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Napoli, 265-268.

MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463-510.

MAZZAMUTO M., *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in A. GUIDARA (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Contributo in atti di convegno pubblicato in volume, Giappichelli, Torino, 2021, 251 e ss.

MAZZAMUTO M., *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67-105.

MAZZAMUTO M., *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?* in *Giustizia insieme*, 2022, 1-8.

MAZZARELLA F., *voce Cassazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 1 ss.

MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.

MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 466 ss.

MENCHINI S., *Le funzioni di nomofilachia nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva dopo la sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2006, 111 ss.

MENGOZZI M., *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009.

MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE (a cura di), *La tutela del cittadino, 1. La giustizia amministrativa* [Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione], Vicenza, 1968, 199 ss.

MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 157.

MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 43 s.

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891 (II), IV, 1 ss.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892.

MIRATE S., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007.

MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2020, 602 ss.

MODUGNO F. - MANETTI M., *v. Eccesso di potere, II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

MODUGNO F., *v. Eccesso di potere, I) Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

MODUGNO F., *v. Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

MOLITERNI A. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, 2021.

MONTELEONE G., *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 274.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 60.

MONTESANO L., *Rapporti e «conflitti» tra giurisdizione civile e poteri legislativo ed esecutivo da Lodovico Mortara ad oggi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, 969 ss.

MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, Torino, 1921.

MORTARA L., *Per la istituzione di un Tribunale Supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella Università di Napoli letta il 15 dicembre 1898*, in *Il Filangieri*, 1899, 1, 1 ss.

MORTATI C., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1942, 47 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di scritti - III, Milano, 1972, 1034 ss.

MORTATI C., *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1949, I, 230.

NIGRO M., *Domanda (principio della). II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002.

NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1371 ss.

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss.

NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 504 ss.

NIGRO M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 59 ss.

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 751 ss.

NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, anche in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 175 ss.

OGGIANU S., *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 240 ss.

OLLA F., *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.

- ORIANI R., *Ancora sulla translatio iudicium nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, nota a Cass., Sez. Un., 19 aprile 2004, n. 7374*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1186.
- ORIANI R., *È possibile la «translatio iudicium» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 ss.
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 758 ss.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, II ed., Firenze, 1892.
- ORLANDO V.E., *Un caso di conflitto fra Cassazione e Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1936, I, 737 ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005.
- ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.
- OTTAVIANO V., *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra amministrazione e giudice amministrativo (1979)*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 173 ss.
- OTTAVIANO V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, XXII, 1948, 308 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Torino, 1992, 267 ss.
- PACINI M., *Il diritto di accesso al giudice*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 725 ss.
- PAGNI I., *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, 10, I, 2721 ss.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 339 ss.
- PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, I, 1646 ss.
- PAJNO A., *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021.
- PALMA G., *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 1, 60 ss., anche in *Scritti giuridici di Giuseppe Palma*, Napoli, 2014, 1 ss.
- PALMIERI A., *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedimento*, in *Foro it.*, 2009, 3, I, 733 ss.
- PANZAROLA A., *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 680 ss.
- PANZAROLA A., *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, 587 ss.
- PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari, Quaderno n. 1 della rivista Dir. e proc. amm.*, Milano, 1991.
- PAPPALARDO N., *L'eccesso di potere «amministrativo» secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 429 ss.
- PARDOLESI R., PINO G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 116 ss.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3165 ss.
- PASTORI G., *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 4, 919 ss.
- PATRITO P., *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, ESI, 2016.
- PATRITO P., *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1320 ss.
- PATRITO P., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*, in *Giur. It.*, 2010, 1709.
- PATRONI GRIFFI F., *La funzione nomofilattica: profili interni, sovranazionali e principio di effettività*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- PATRONI GRIFFI F., *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, 723 ss.

- PATRONI GRIFFI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti, Intervento alla tavola rotonda della Scuola Superiore di Magistratura su I rimedi per una tutela effettiva dei diritti dei consumatori* - Scandicci, 6 giugno 2017, in *www.csm.it*.
- PERFETTI L.R., *L'unità della giurisdizione nel progetto della commissione bi-camerale per le riforme costituzionali*, in *Jus*, 1998, 2, 585 ss.
- PERFETTI L.R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 72.
- PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 388 ss.
- PESERICO A.L., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 638 ss.
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, 2° ed., Milano, 2010, 72.
- PICARDI N., *Torniamo al giudizio?*, in Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 233.
- PICOZZA E. (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003.
- PICOZZA E., *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 659 ss.
- PIPERATA G. - SANDULLI A. (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*. Atti dell'incontro del Gruppo del San Martino, Venezia, 7-9 aprile 2011, Napoli, 2012.
- PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990.
- PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 250 ss.
- PIRAS A., *v. Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- PIRAS A., *voce Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 65 ss.
- PIZZORUSSO A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *D. disc. pubbl.*, VI, 1991, 415 ss.
- POLICE A., *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1437 ss.
- POLICE A., CHIRICO F., *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.
- POLICE A., *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 205.
- POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.
- POLICE A., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 103 ss.
- PONTICELLI P.G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958.
- POSTIGLIONE A., *L'iniziativa dei cittadini per la difesa degli interessi collettivi*, in *Il Consiglio di Stato*, 1978, III, 402 ss.
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1920.
- PROTO PISANI A., *A proposito di stile delle sentenze, effettività del diritto di azione e credibilità della giustizia dello Stato*, in *Foro it.*, 1977, I, 2422 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971, 1216.
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 ss.
- PROTO PISANI A., *Intervento breve sulla giustizia civile*, in *Foro It.*, 2004, 775 ss.
- PROTO PISANI A., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2015, V, 184 s.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro It.*, 2009, V, 222.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006.
- PROTO PISANI A., *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, 89 ss.
- PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori* [Foro it., 2018, V], 62 ss.
- PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.
- PROTTO M., *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro Amm.*, 1996, 2117.

- PROTTO M., *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. e app.*, 1998, 4, 441 ss.
- RAGGI L., *A proposito dell'articolo 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 545 ss.
- RAGNISCO L., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *La legge*, 1906, 2071.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.
- RAMAJOLI M., *Il Tar Lombardia uccide lo sviamento di potere*, in *Giust.Amm.it*, n. 6/2008.
- RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, fasc. 3.
- RAMAJOLI M., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 141 ss.
- RANELLETTI O., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, II, La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, 165 ss.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1952.
- REDENTI E., *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916, e in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, Giuffrè, 1962, 227 ss.
- REDENTI E., *Vizi di costituzione o composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 282 ss., anche in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Intorno al diritto processuale, Milano, 1962, 689 ss.
- RESTA R., *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, 1933, 383 ss.
- RICCI E.F., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 74.
- RICCI G.F., *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013.
- RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.
- ROEHRSSSEN G., *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.
- ROEHRSSSEN G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 2, 119 ss.
- ROEHRSSSEN G., *La risoluzione dei conflitti di attribuzioni e di giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1981, 605 ss.
- ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837.
- ROMANO A. -VILLATA L. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 3° ed., Padova, 2009, 990 ss.
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.
- ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 602 ss.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.
- ROMANO A., *L'attuazione di giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 411 ss.
- ROMANO A., *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.
- ROMANO A., *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* [Atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003], Torino, 2004, 9 ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1932.

- ROMANO S., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1167 ss.
- ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988.
- ROMANO S., *Principii di diritto amministrativo italiano 2*, Milano, 1906, 223.
- ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative* in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. III, Milano, 1901, 530.
- ROMANO TASSONE A., *Morire per la "pregiudiziale amministrativa"?*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009.
- ROMANO TASSONE A., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 473.
- ROMANO TASSONE A., *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.
- ROMBOLI R., *L'affidamento del cittadino sulla imparzialità e sulla soggezione dei giudici alla legge*, in G. PIPERATA - A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*. Atti dell'incontro del Gruppo del San Martino, Venezia, 7- 9 aprile 2011, 121.
- ROMEO G., *L'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 38 ss.
- ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1211 ss.
- ROSSI L., *Analisi della divisione dei poteri*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, e in *Nuovo dig. it., v. Poteri (divisione dei)*, anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, 45 ss.
- ROVELLI F., *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447 ss.
- SACCHI MORSIANI G., *v. Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 219 ss.
- SAITTA F., *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011.
- SAITTA F., *Tanto tuonò che piove: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2004.
- SAITTA F., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss.
- SAITTA F., *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss. *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.
- SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2673 ss., 2679.
- SAITTA F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»(*)*, in *Il processo*, 2020, fasc. 3.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi. Con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904.
- SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989.
- SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4, 1169 ss.
- SANDULLI A.M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Napoli, 23-24-25 aprile 1960, Milano, 1962.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963, 464 ss.
- SANDULLI M. A., *Note a margine della sentenza n. 27770 del 4 dicembre 2020*, in *Federalismi.it*.
- SANDULLI M.A., *"Principi e regole dell'azione amministrativa" riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017.
- SANDULLI M.A., *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 amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile"*, svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017.

- SANDULLI M.A., *Dopo la “translatio iudicii”, le Sezioni unite riscrivono l’art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l’unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. Sez. un. N. 24883 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia giurisdizione sui contratti pubblici)*, in *www.giustamm.it*, 2008.
- SANDULLI M.A., *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 4-5, I, 898 ss.
- SANDULLI M.A., *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, n. 3, 885 ss.
- SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell’azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all’annullamento di atti favorevoli)*, in *www.giustamm.it*, 2011.
- SANDULLI M.A., *Il superamento della centralità dell’azione di annullamento*, in *Il libro dell’anno del diritto 2012*, Roma, 829 ss.
- SANDULLI M.A., *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza plenaria*, in *Riv. Diritto e Società*, 2021, fasc. 3.
- SANDULLI M.A., *La «translatio iudicii» tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione: note a primissima lettura*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 2, 495 ss.
- SANINO M., *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014.
- SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l’articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1589 ss.
- SATTA F., *v. Giurisdizione esclusiva*, agg. V, in *Enc. dir.*, Milano, 2001.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962.
- SATTA S., *Corte di Cassazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 797 ss.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1954.
- SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 218.
- SATTA S., PUNZI A., *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2000.
- SATTA S., *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle Sezioni Unite?*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2653 ss.
- SCHINAIA M.E., *Il controllo del giudice amministrativo sull’esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1101 ss.
- SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 407 ss.
- SCIALOJA V., *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all’autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891.oli
- SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 6^a ed., Torino, Giappichelli, 2014.
- SCOCA F.G., *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOCA F.G., *I principi del giusto processo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 166 ss.
- SCOCA F.G., *Il giudizio di ottemperanza*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Una giustizia per la Pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, 113 ss.
- SCOCA F.G., *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1.
- SCOCA F.G., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.
- SCOCA F.G., *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, 1990, 171 ss.
- SCOCA F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge* in AIPDA, *Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, 2003 p. 45.
- SCOCA F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 8 ss.

- SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.
- SCODITTI E., *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro It.*, 2014, V, cc. 157 ss.
- SCOGNAMIGLIO A., *Corte di Cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, su *Judicionline*.
- SEVERINI G., *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *Federalismi.it*, 14/2017.
- SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.
- SIGISMONDI G., *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?*, in *Foro it.*, 2018, I, 1721 ss.
- SIGISMONDI G., *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.
- SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 715 ss.
- SILVESTRI G., *La funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 681 ss.
- SILVESTRI G., *v. Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- SORICELLI G., *Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi*, in *federalismi.it*, n. 2/2013.
- SPAVENTA S., *Giustizia nell'amministrazione, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli, 1993.
- SQUAZZONI A., *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013.
- TANDA P., *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, ESI, 2017.
- TARUFFO M., *La verità nel processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, 1117 ss.
- TARUFFO M., *Sui confini*, Bologna, 2002, 224.
- TARULLO S., *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 377 ss.
- TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011.
- TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza: profili ricostruttivi alla luce della l. n. 15 del 2005*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2005.
- TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studi sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.
- TARULLO S., *L'annullamento in appello con rinvio al T.A.R. per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 419 ss.
- TARULLO S., *v. Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017.
- TISCINI R., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009, 12, 2738 ss.
- TOMAIUOLI P., *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 2020, 35.
- TOMAIUOLI P., *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, III ed., 11 dicembre 2020.
- TOMAIUOLI P., *L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, Studi 2018/I, 24 gennaio 2018.
- TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, 503;
- TONOLETTI B., *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.
- TORCHIA L., *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 385 ss.

- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, relazione al 56° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in www.giustizia amministrativa.it, 2010.
- TORRENTE A., *Giurisprudenza della Corte di Cassazione su questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 249 ss.
- TORRENTE A., *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.
- TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.
- TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Urb. e App.*, 2011, 927.
- TRAVI A., *Codice del processo amministrativo e giudizio di ottemperanza*, in *Foro it.*, 2010, 12, 607 ss.
- TRAVI A., *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1059*, in *Urb. e App.*, 2008, 855.
- TRAVI A., *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, 2401 ss.
- TRAVI A., *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, 68 ss.
- TRAVI A., *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, cc. 165 ss.
- TRAVI A., *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, col. 3415.
- TRAVI A., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.
- TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo V, Milano, 2003, 4605 ss.
- TRAVI A., *L'unità della giurisdizione*, in *Jus*, 2011, 3, 363 ss.
- TRAVI A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1049.
- TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019.
- TRAVI A., *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss.
- TRAVI A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1260 ss.
- TRAVI A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss.
- TRAVI A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 533.
- TRISORIO LIUZZI G., *v. Regolamento di giurisdizione*, agg. 2017, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997.
- TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi; l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 35 ss.
- TROCKER N., *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in M.G. CIVININI - C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 36 ss.
- TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974.
- TROPEA G., *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in www.giustiziainsieme.it, 7 ottobre 2020.
- TROPEA G., *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1083 ss.
- TROPEA G., *L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1025.
- TROPEA G., *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.
- TROPEA G., *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 129 ss.
- TURRONI D., *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 8 ss.

- VACCARELLA R., *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*.
- VACCARELLA R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 152.
- VACCARELLA R., *Violazioni del diritto europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista?* in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, fasc. 1, p. 207.
- VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 498-499.
- VAIANO D., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714.
- VERDE G., *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009, 2, 463 ss.
- VERDE G., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. Giur.*, 2014, 84 ss.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2012, 40.
- VERDE G., *Domanda (principio della)*. I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.
- VERDE G., *Il giudizio di responsabilità amministrativa: lineamenti di una riforma alla luce dei principi del giusto processo*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano 2006, 234.
- VERDE G., *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.
- VERDE G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 343 ss.
- VERDE G., *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879 ss.
- VERDE G., *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.
- VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 642 ss.
- VERRIENTI L., v. *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989.
- VERRIENTI L., v. *Giudizio di ottemperanza*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991.
- VIGNERA G., *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 cost.*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, 1189.
- VILLATA R., *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 1 ss.
- VILLATA R., *A proposito dell’ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1124-1125.
- VILLATA R., *Ancora in tema di inammissibilità dell’appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1093 ss.
- VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 285 ss.
- VILLATA R., *In tema di questioni di giurisdizione (alla luce di un recente Memorandum)*, in *Foro it.*, 2018, n. 3.
- VILLATA R., *L’atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Parte generale, Bologna, 2005, 767 ss.
- VILLATA R., *L’esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968.
- VILLATA R., *L’esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971
- VILLATA R., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, 325 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 121 ss.
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell’apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 106 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 75 ss.

- VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 369 ss.
- VILLATA R., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 57 ss.
- VILLATA R., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, (2), 1° giugno 2021, 369 ss.
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Milano, 2001.
- VITALE S., *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 59 ss.
- VITTA C., *Il controllo della Corte di Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 46 ss.
- VOLPE F., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 694 ss.
- VOLPE F., *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 1919 ss.
- VOLPE F., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in *Giustamm.it*, 28 febbraio 2012.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. Volume Primo. Principi generali*, Milano, 1958.
- ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007.

