

**Libera Università Internazionale  
degli Studi Sociali Guido Carli**

**PREMIO TESI D'ECCELLENZA**

**“I soli motivi inerenti  
alla giurisdizione” nel dialogo  
tra Corti superiori e la questione  
della conformità al diritto  
dell’Unione europea**

**Elisa Casciaro**

**2020-2021**

Libera Università Internazionale  
degli Studi Sociali Guido Carli

Working Paper n. 2/2020-2021

Publication date: January 2023

*“I soli motivi inerenti alla giurisdizione” nel dialogo tra Corti superiori e la questione della conformità al diritto dell’Unione europea*

© Elisa Casciaro

ISBN 978-88-6105-929-0

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.  
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Luiss Academy is an imprint of  
Luiss University Press – Pola Srl  
Viale Pola 12, 00198 Roma  
Tel. 06 85225485  
E-mail [lup@luiss.it](mailto:lup@luiss.it)  
[www.luissuniversitypress.it](http://www.luissuniversitypress.it)

# “I soli motivi inerenti alla giurisdizione” nel dialogo tra Corti superiori e la questione della conformità al diritto dell’Unione europea

di Elisa Casciaro

## ABSTRACT

Il lavoro è un estratto della mia tesi intitolata “I soli motivi inerenti alla giurisdizione” nel dialogo tra Corti superiori e la questione della conformità al diritto dell’Unione europea. L’ordinanza di rinvio n. 29598 del 2020 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno rimesso tre quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia è stata l’occasione per riaprire la tematica sull’interpretazione del sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione in relazione alle pronunce del giudice amministrativo. Il tema dell’art. 111, ultimo comma, Cost. si interseca anche con la questione dei rimedi previsti dal diritto interno per le violazioni del diritto europeo o l’omesso immotivato rinvio in violazione dell’art. 267 TFUE. Occorre analizzare lo stato del dibattito all’esito delle risposte pervenute dalla Corte di giustizia nelle pronunce *Randstad* e *Hoffman-La Roche E A.* ed esaminare le esigenze nomofilattiche insite in un sistema composito, integrato e multilivello nel quale la prospettiva del dialogo interno e fuori dalle mura nazionali risulta necessaria al fine di giungere a soluzioni condivise.

The paper is an extract of my thesis. The request for a preliminary ruling from the Sezioni Unite of the Court of Cassation n. 29598 of 2020 to the Court of Justice of the European Union was the opportunity to examine the topic of the interpretation of the appeals against decisions of the Council of State to the Court of Cassation permitted only for reasons of jurisdiction ex art. 111. 8, Cost. The subject is linked to the issue of national remedies in case of EU violation or violation of art. 267.3 TFEU. It is necessary to analyze the debate on the topics after the judgments of the Court of Justice *Randstad* e *Hoffman-La Roche E A.* and examine the urge of a uniform interpretation of the law in a multi-level system where the dialogue is an imperative to reach common solutions.

## I. INTRODUZIONE

Fin dalle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa la questione dei rapporti e degli equilibri tra la giurisdizione amministrativa e ordinaria, che trova la propria *sedes materiae* all'art. 111, comma 8, della Costituzione, è stato oggetto di accesi dibattiti.<sup>1</sup> La soluzione, come si legge dai dibattiti in Assemblea costituente, fu quella di fotografare il sistema composito di pluralismo giurisdizionale, caratterizzato dalla presenza di giurisdizioni speciali accanto alla giurisdizione ordinaria, e di disegnare un'intersezione tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa con il sindacato “sui motivi inerenti alla giurisdizione” attribuito alla Corte di Cassazione.

A riportare alla ribalta la discussione sul tema è intervenuta la recente ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 18 settembre 2020, n. 19598 che ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione relativa alla interpretazione della norma costituzionale, ai limiti del proprio sindacato e alla utilizzazione del rimedio nel diritto interno per censurare le violazioni del diritto europeo.

Così, la *vexata quaestio* dell'esegesi della norma costituzionale e le tematiche che ad essa si riallacciano, quali il concetto di giurisdizione, la consistenza dell'interesse legittimo e i caratteri della giurisdizione amministrativa, la nomofilachia, il pluralismo giurisdizionale e la sua unità funzionale, i rimedi per garantire la conformità al diritto dell'Unione europea, tornano in auge in una cornice di dialogo che vede protagonisti la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia.

L'ordinanza n. 19598/2020 ha il sicuro pregio di riportare all'attenzione degli interpreti un antico nodo gordiano, tuttavia, nonostante la risposta pervenuta dal giudice di Lussemburgo, la questione non può dirsi a tutt'oggi soluta e continua ad essere fonte di tensioni e incertezze. Plurime sono state le soluzioni prospettate nel tempo, ripercorse anche nei commenti all'ordinanza in esame, e complesso risulta il tentativo di compendiare le varie spinte confliggenti. Sempre di più è avvertita l'esigenza di cercare risposte per un'armonizzazione del sistema, quantomeno per attenuare le problematiche. L'importanza della questione è sentita in quanto si tratta di una norma su cui poggiano delicati equilibri istituzionali e di sistema. Le maggiori criticità nel prospettare delle soluzioni derivano dalle difficoltà di traslare la lettura tradizionale delle norme costituzionali in un quadro che è fortemente mutato nelle proprie linee essenziali.

1. Il dibattito è ripreso nelle sue linee essenziali nello scritto. In termini di mero accenno può dirsi che si contrapposero le tesi espresse dall'on. Calamandrei di unità strutturale della giurisdizione con controllo nomofilattico affidato alla Corte di Cassazione con Sezioni specializzate per materie particolarmente tecniche, da un lato, e, dall'altro, gli onn. Mortati, Leone e Togliatti che intendevano il principio di unità giurisdizionale in termini funzionali facendo salve le competenze nomofilattiche del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

In tale ottica, occorre ripercorrere in questo scritto le origini dello scontro che si è verificato in Assemblea costituente, ricercare le ragioni sottese alle diverse posizioni, valutando quali sono le soluzioni e le prospettive attuali avanzate da dottrina e giurisprudenza all'interno della cornice della ordinanza delle Sezioni Unite. Il quadro normativo di difficile ricostruzione, i mutamenti nel concetto stesso di giurisdizione, la dilatazione delle materie di giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo, il tema della tutela risarcitoria e l'influenza del diritto europeo sono solo alcune delle ragioni che hanno originato e acuito il problema. Problema che si tenterà di leggere tenendo in considerazione sia il punto di vista istituzionale del dialogo tra Corti, sia la prospettiva dell'utente della giustizia per evitare di lasciare sullo sfondo le esigenze del cittadino con una lettura avulsa dalla realtà.

La Cassazione ha nel tempo operato una estensione delle ipotesi ricomprese all'interno del proprio sindacato per il tramite della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, allargando, così, il terreno di frizione con il giudice amministrativo. Secondo la giurisprudenza consolidata gli *errores in iudicando e in procedendo* non si concretano in violazione del riparto di giurisdizione e quindi non sarebbero sindacabili in Cassazione, non essendole consentito estendere il proprio ambito anche al modo in cui la giurisdizione viene esercitata. Il sindacato della Corte sulle pronunce del Consiglio di Stato, secondo l'esegesi tradizionale o anche detta statica, riguarderebbe i soli limiti esterni della giurisdizione, la spettanza o meno del potere giurisdizionale, limitandosi all'*an* della giurisdizione e non potendo sindacare quanto invece è possibile fare per il tramite della violazione di legge con il ricorso di cui al settimo comma dell'art. 111 Cost.

A partire dal 2006, tuttavia, la Cassazione ha avviato un filone interpretativo che estende il proprio sindacato giungendo a vagliare anche il *quomodo* della giurisdizione amministrativa per il tramite del concetto elastico di eccesso di potere giurisdizionale. Se l'estensione del sindacato porta a rinsaldare la primazia della Cassazione, dall'altra parte si riduce sensibilmente il ruolo e le funzioni dell'organo di vertice della giustizia amministrativa e si perdono i confini del «motivo inerente alla giurisdizione»<sup>2</sup>. Tale filone interpretativo si ricollega a una nozione allargata di giurisdizione definita in termini dinamici, come servizio per la collettività.

Accanto alla interpretazione evolutiva si faceva largo anche un indirizzo intermedio che affermava essere sindacabili in Cassazione i casi di sentenze abnormi o anomale per radicale stravolgimento delle norme di riferimento tali da portare a un diniego di giustizia, con particolare attenzione al caso delle violazioni del diritto sovranazionale.

Le pronunce della Cassazione e gli orientamenti a fisarmonica che ha assunto nel tempo hanno generato incertezze tra le Magistrature nella ricostruzione del sin-

2. Si veda A. Panzarola, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 610, 611.

dacato, registrate dal tentativo di Memorandum del 2017. Il dibattito in relazione alla applicazione di limiti al sindacato sui soli motivi inerenti alla giurisdizione delle pronunce del Consiglio di Stato è sfociato in una pronuncia di ampio respiro delle Sezioni Unite nel 2017 che ha affermato l'estensione raggiunta, ripercorrendo le tappe dell'interpretazione dinamica ed intermedia.<sup>3</sup> Ha inizio, così, un dialogo stringente tra Cassazione, Consiglio di Stato e Corte costituzionale in relazione agli ambiti del sindacato che coinvolge anche il tema dei rimedi di diritto interno in caso di violazione del diritto europeo o convenzionale.

Nel 2018, tuttavia, gli orientamenti ampliativi della Cassazione vengono censurati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018. Una pronuncia giudicata da tanti come dura, che rigetta qualsiasi interpretazione espansiva o esegesi intermedia, conferma l'indirizzo tradizionale del sindacato e sottolinea che il rimedio alle violazioni del diritto europeo per contrasto con una pronuncia della Corte di giustizia è di discrezionalità del legislatore, il solo che se lo ritiene può introdurre un nuovo caso di revocazione.

Se la giurisprudenza immediatamente successiva della Corte di Cassazione sembrava essersi allineata alla posizione della Consulta, le Sezioni Unite con l'ordinanza del 18 gennaio 2020, proprio in riferimento al caso della contrarietà alla giurisprudenza della Corte di giustizia di una posizione assunta dal Consiglio di Stato, ripropongono la tesi espansiva e la soluzione del ricorso per cassazione quale rimedio alle violazioni del diritto europeo, chiedendo alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi su tre quesiti pregiudiziali. Il dialogo tra le Corti, prima interno, si apre alla Corte di giustizia a cui le Sezioni Unite chiedono di prendere una posizione sul tema.

In attesa della pronuncia della Corte di giustizia, che è giunta il 21 dicembre 2022, anche la dottrina aveva proposto soluzioni, salutando chi con favore, chi sollevando critiche il tentativo operato dalle Sezioni Unite della Cassazione.

## 2. LE ORIGINI DEL PROBLEMA E I DIBATTITI IN ASSEMBLEA COSTITUENTE

Per cogliere le origini del problema occorre fare un breve passo addietro, nel momento in cui l'assetto giudiziario della nostra Penisola, che si tramanda fino ai nostri giorni nelle sue linee essenziali, viene fortemente influenzato dal modello francese. Tuttavia, a differenza dell'esperienza francese, che aveva visto l'istituzione di un organo apposito, il *Tribunal des conflits*, per dirimere i conflitti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, nel nostro sistema giudiziario si optò per affidare all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria, ovvero la Corte di Cassazione, il potere di giudicare i conflitti di giurisdizione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa con l'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877, n. 3761,<sup>4</sup> realizzando un dualismo non perfet-

3. Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

4. In cui si legge “*Appartiene esclusivamente alle sezioni di Cassazione istituite in Roma: (...) giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere*”.

tamente paritario. La ragione che tradizionalmente si ricollega a tale scelta viene fatta risalire alla esigenza di individuare un organo che non fosse collegato al potere esecutivo.<sup>5</sup>

In Assemblea costituente, come si legge dai verbali delle sedute,<sup>6</sup> il tema dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa fu oggetto di ampie discussioni. Il testo del Progetto di Calamandrei fu adoperato quale base, ma ampiamente riveduto e riscritto. Il dibattito si caratterizzò sin dalle prime battute per lo scontro tra la posizione innovativa espressa dall'onorevole Calamandrei e le posizioni apparentemente più conservatrici. Il primo si fece portavoce dell'unità della giurisdizione nella sua declinazione più rigorista, tesa all'abolizione delle giurisdizioni speciali, tra cui le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Le seconde furono tese a mantenere inalterata la normativa in materia, cercando però di assicurare una adeguata indipendenza del potere giudiziario dal Governo.

Il principio di unità strutturale della giurisdizione, espresso da Calamandrei, prefigurava un'unica giurisdizione con controllo nomofilattico affidato alla Corte di Cassazione e la previsione di Sezioni specializzate per le materie caratterizzate da particolare tecnicismo, quale ad esempio la materia amministrativa. Gli onorevoli Mortati, Leone e Togliatti, più fedeli alla storia delle istituzioni del nostro Paese, intendevano il principio di unità giurisdizionale in termini funzionali, prevedendo, così, accanto al divieto di costituire giudici speciali, di far salve le competenze nomofilattiche in materia amministrativa e contabile del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. La ragione principale che Calamandrei adduceva era ricollegata alle necessità di non veder frustrate le esigenze nomofilattiche di riduzione ad unità del sistema.<sup>7 8</sup> Tut-

5. Voce *Conflitti di attribuzione (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Treccani Online*.
6. Assemblea Costituente. Sedute. Seconda Sottocommissione, 5 dicembre 1946, 19 dicembre 1946, 18 dicembre 1946; Assemblea costituente, 8 gennaio 1947, 15 aprile 1947, 14 novembre 1947, 21 novembre 1947, 27 novembre 1947, 28 novembre 1947, in [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it).
7. Si veda R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 3, 42 ss.
8. Basti ricordare il lungo intervento di Calamandrei nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 che sintetizza il suo pensiero ripercorrendo la nascita della Cassazione e il suo compito di unificazione del diritto per la difesa dello *ius constitutionis*, ovvero l'interesse pubblico della difesa del diritto e della sua unità, messa in pericolo dalla pluralità delle interpretazioni difformi. Il professore fiorentino definisce la Cassazione plurima come un «uomo con più teste», una creatura mostruosa, un cerbero ingovernabile e, a chi riteneva il processo di unificazione giurisprudenziale e del diritto un'utopia, risponde con una *distinctio* tra unità spaziale e unità temporale: mentre l'uniformità nel tempo è impossibile, dato che il diritto è in sé e per definizione mutevole, l'unità nello spazio è possibile e può essere realizzata dalla Cassazione che deve garantirla. Egli continua sottolineando che l'assetto pluralista precedente, conosciuto solo nel nostro Paese, viene definito dagli altri ordinamenti, *chinoiserie*, un ridicolo giuoco cinese, senza tralasciare il peso sulla bilancia dello Stato. Termina poi con una considerazione «Non ricadiamo in quello che è il vizio fondamentale della vita italiana: parere non essere. Non creiamo questi organi non necessari, che costituirebbero soltanto un lusso burocratico, un fasto apparente concesso alle condizioni locali, e dedichiamo invece tutte le nostre forze alla semplificazione e al rafforzamento degli organi esistenti!».

tavia, non si optò per tale via e l'art. 111, ultimo comma, Cost. rappresentò, così, il punto di saldatura tra plessi giurisdizionali divisi che si ricucivano nel sindacato della Cassazione alle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, limitato però ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, nel tentativo di realizzare un armonico compromesso tra le ragioni della separazione e dall'altro di certezza e di unitarietà, sottese alle esigenze nomofilattiche. A indebolire la posizione della Corte e della Magistratura ordinaria sembra che, oltre a una ragione di tipo storico, ovvero il mantenimento dell'indipendenza e i buoni servigi del Consiglio di Stato durante l'epoca del Fascismo e le ragioni legate al maggior garantismo e tutela di situazioni che non erano inquadrabili nei diritti soggettivi<sup>9</sup> avesse influito anche l'episodio del procuratore generale Pilotti che, in occasione dell'inaugurazione del nuovo anno giudiziario, non salutò il capo provvisorio dello Stato, né fece riferimento alla nuova forma di stato repubblicana. Comportamento che venne aspramente censurato durante la seduta dell'8 gennaio 1947.<sup>10</sup>

### 2.1. *La nomofilachia differenziata nel dualismo giurisdizionale e il ruolo della Corte di Cassazione*

Il nostro sistema è caratterizzato in senso dualista a partire dalla legge 31 marzo 1877, n. 3761: le controversie in materia amministrativa vengono ripartite tra due ordini di giudici in base a un criterio ancorato alle posizioni giuridiche soggettive. Il monismo in materia amministrativa torna laddove si sia al cospetto della «giurisdizione esclusiva», in cui invece si accoglie il criterio speciale del riparto per materie, introdotto con la legge 30 dicembre 1923, n. 2840, individuate tassativamente dal legislatore.<sup>11</sup>

Tuttavia, non si può sottacere che la *distintio* tra sistemi monistici e dualistici, quale il nostro, è ancorata a una visione prettamente interna, quando in realtà tali rappresentazioni sono fortemente influenzate da un altro soggetto che si è aggiunto all'equazione, ovvero l'Unione europea. Infatti, si può affermare che si è registrato un processo di perdita di specificità dei due modelli, ovvero una diminuzione del particolarismo in favore di una convergenza tra i diversi sistemi di giustizia.<sup>12</sup> Dunque, la bipartizione «dualismo-monismo» deve essere rimodulata in quanto fa capolino sullo scenario pluralista un nuovo giudice che opera a pieno titolo con giurisdizione sul merito tra cittadini e autorità amministrative che è la Corte di giustizia, senza sottacere l'altrettanta importanza del giudice di Strasburgo.

9. Seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, Assemblea costituente, 2336, intervento dell'on. Ruini.

10. Seduta 8 gennaio 1947, Assemblea costituente, 79.

11. F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino, 2014, 98.

12. S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2017, 593.



Quanto alla nomofilachia, il nostro sistema giudiziario pluralista ed articolato in plessi è caratterizzato da una nomofilachia “differenziata” in quanto vede quali organi di vertice, da un lato, la Corte di Cassazione e dall’altro, per la materia amministrativa, il Consiglio di Stato, organo di ultima istanza che può avere una competenza a decidere fisiologicamente anche dei diritti soggettivi laddove devoluti alla giurisdizione esclusiva. Le maggiori tensioni tra le Corti di vertice si evidenziano proprio sul tema del ricorso straordinario della Cassazione in relazione alle decisioni del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 111, comma 8, della Costituzione. Infatti, «è qui che finiscono per cozzare le aspirazioni della Cassazione a enfatizzare il proprio ruolo di “corte suprema di cassazione”, di “organo supremo della giustizia” (art. 65 ord. giud.), e la contrapposta volontà del Consiglio di Stato di ergersi a custode, quanto più possibile indipendente, della giurisdizione amministrativa e del suo alto retaggio culturale».<sup>13</sup>

Nello studio delle funzioni della Corte di Cassazione si scorgono tre fondamentali ruoli che la stessa assolve, compendiatosi all’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario.

«La Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».<sup>14</sup> Essa è portatrice di una funzione oggettiva di nomofilachia<sup>15</sup> e una funzione soggettiva di tutela del caso singolo. Infine, è vertice della giurisdizione, assicurando «l’equilibrio nel riparto tra giudice ordinario e giudici speciali, nonché nel rapporto tra giudice ordinario e altri poteri dello Stato o tra giudice interno e straniero»,<sup>16</sup> in forza degli artt. 360 n. 1, 362, 41 c.p.c. e art. 111, comma 8, Cost.

### 3. LE EVOLUZIONI INTERVENUTE A CORNICE INVARIATA

Per cogliere quali siano i problemi collegati alla norma in esame occorre comprendere quali siano i casi che rientrano all’interno del sindacato della Cassazione previsto all’ultimo comma dell’art. 111 Cost. e, quindi, occorre primariamente interrogarsi sul concetto di giurisdizione e sulle evoluzioni che hanno riguardato la questione di giurisdizione nel suo concreto operare all’interno del processo. Inoltre, occorre volgere uno sguardo ai mutamenti che, a cornice costituzionale invariata, hanno modificato il sistema rispetto a quanto si profilava allora agli occhi dei Costituenti. In-

13. A. Panzarola, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 607.

14. Per un discorso approfondito sulla disposizione si veda A. Panzarola, *L’evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell’art. 65 ord. giud.*, cit., 118 ss.

15. Ha l’importante ruolo di custode del diritto. Nella antica Grecia il *nomifilace* era il magistrato che «custodiva il testo ufficiale delle regole giuridiche, assicurando la stabilità della legislazione» in vocabolario Treccani, voce *Nomofilace*.

16. R. Tiscini, *Le categorie del processo civile*, Torino, Zanichelli, 2017, 182 ss.

fatti, il riconoscimento della tutela risarcitoria in materia amministrativa, così come l'ampliamento della giurisdizione esclusiva hanno prodotto un avvicinamento, sia in termini di diritto sostanziale che di diritto processuale, tra giurisdizione amministrativa e ordinaria. In aggiunta, da tempo si registrano evoluzioni quanto al modo di concepire il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, sempre più lontano dall'ottica del potere e sempre più paritario.

### 3.1. La giurisdizione

Molti autori hanno rilevato come negli ultimi anni assistiamo a profonde metamorfosi nella nozione di giurisdizione. Da giurisdizione intesa quale ordine isonomico, asimmetrico ed extrastatuale nel diritto comune, con l'avvento degli Stati moderni la giurisdizione si lega strettamente alla sovranità dello Stato, affermandosi anche il contestuale corollario del monopolio legislativo della legge processuale. Il potere giudiziario era ordine simmetrico, incardinato sulla autorità, la statualità, la gerarchia e la logica burocratica. I recenti fenomeni di globalizzazione del diritto e di partecipazione alla Comunità europea hanno portato alla costruzione di una organizzazione giudiziaria multilivello e hanno influito sul modo di intendere la giurisdizione, ora intesa quale «servizio pubblico della giustizia» con i caratteri della «delocalizzazione» e dell'«extrastatualità». Inoltre, si assiste a una sempre maggiore professionalizzazione del giudice.<sup>17</sup>

In aggiunta a tale mutamento della giurisdizione nei suoi aspetti essenziali, la questione di giurisdizione nel processo sconta una parziale dequotazione e smitizzazione in un'ottica tesa ad eliminare gli eccessi che si erano verificati in passato.

La giurisdizione, considerata dal punto di vista processuale, è uno dei presupposti per l'instaurazione del processo davanti al giudice e può non sussistere, non essendovi giudici muniti nell'ordinamento nazionale della *potestas iudicandi*, come può appartenere a giudici che fanno parte di altri plessi giudiziari, secondo la tradizionale distinzione tra difetto assoluto e relativo di giurisdizione.

In passato, l'importanza e la pregiudizialità della giurisdizione, anche nell'ordine logico delle questioni da seguire da parte del giudice nel suo esame, erano univocamente riconosciute. Tra le *rationes* sottostanti che giustificano tale ruolo vi è, da un lato, la necessità che il giudice munito di giurisdizione renda una decisione con meno probabilità di essere corretta, evitando che una causa giunta ad uno stadio avanzato possa retrocedere per violazione delle regole in tema di giurisdizione con spreco di risorse processuali e giudiziarie; dall'altra, far sì che l'individuazione del giudice risponda a criteri oggettivi, onde evitare che sia possibile alla parte la scelta del giudice a cui rivolgersi (fenomeno del c.d. *forum shopping*).<sup>18</sup>

17. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, 70 ss.; N. Picardi, *Manuale del processo civile*<sup>4</sup>, Milano, Giuffrè, 2019, 28 ss.

18. In relazione alle *rationes* delle questioni inerenti ai presupposti processuali si veda M. Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine di esame (a margine del convegno organizzato a Firenze il 12.5.16, dal centro studi Fabbrini)*, in *Judicium*, 2016, 4; N. Picardi, *Manuale del processo civile*<sup>4</sup>, cit., 59-62.

Seppur la Cassazione si pronuncia sull'*ordo quaestionum a più riprese con decisioni che difficilmente consentono di giungere a soluzioni univoche*,<sup>19</sup> accanto a orientamenti che sembrano affermare la primazia della questione di giurisdizione rispetto alle altre questioni processuali, quali ad esempio la competenza, il primato della questione di giurisdizione viene scardinato nei casi di non corretta instaurazione del contraddittorio.<sup>20</sup> Ciò testimonia che il primato assoluto della giurisdizione sulle altre questioni processuali e l'importanza indiscussa di cui godeva in passato vacillano col tempo.

Altri sintomi che evidenziano tale fenomeno si possono individuare nelle limitazioni alla rilevabilità in giudizio della questione di giurisdizione operate in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, 9 ottobre 2008, n. 24883 e nelle evoluzioni in tema di *traslatio iudicii*.

Difatti, in precedenza la questione di giurisdizione era rilevabile in termini assoluti, «anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo» ai sensi dell'art. 37 c.p.c., tuttavia le Sezioni Unite con la sentenza Merone hanno proceduto a una riscrittura pretoria giungendo a una vera e propria *interpretatio abrogans* della norma che è rimasta alla lettera invariata. Il legislatore del 1942, tenendo conto della natura di presupposto processuale e della importanza che la giurisdizione assume tra le questioni pregiudiziali, aveva previsto una rilevabilità piena e incondizionata, senza limitazioni soggettive o cronologiche. Nel tempo, questo regime era stato giudicato lasco e deresponsabilizzante. A riguardo, occorre tenere presente che le questioni di giurisdizione possono avere origine dagli inizi del processo tramite il regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., oppure in sede di impugnazione per il tramite del ricorso per cassazione ex art. 360 n. 1), 362 c.p.c. e III, ultimo comma, della Costituzione.

19. Per una rassegna sulla questione A. Panzarola, *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda automatica*, cit., 1165, nt. 21 e G. Fanelli, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2018, 1570.

20. È una giurisprudenza maggioritaria affermata dal 1970, Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2016, n. 29 che aggancia la pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto alla competenza all'art. 382, primo comma, c.p.c. e ordinanza Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25254 in commento di G. Fanelli, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2018. G. Fanelli, *op. cit.*, 1578; la priorità della corretta instaurazione del contraddittorio viene affermata anche da giurisprudenza risalente come Cass., Sez. Un., 28 aprile 1976, n. 1492; Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1980, n. 1056; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 22776 con osservazioni di A. Panzarola, *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda automatica*, cit. Di recente Cass., Sez. VI, 12 marzo 2020, n. 7055 (al punto 3 del *decisum*) e Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2016, n. 2201 in cui si postula la necessità della precedenza della verifica della nullità dell'atto introduttivo del giudizio per verificare l'instaurazione di un valido contraddittorio.

La Cassazione, così, sulla scorta dei principi di economia processuale e ragionevole durata, ha inasprito acutamente le preclusioni alla rilevazione della questione secondo un regime che è stato recepito all'art. 9 c.p.a., per il quale si prevede che «il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudici di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».<sup>21</sup> Dunque, attualmente, a seguito dell'intervento del 2008 se la questione di giurisdizione non è stata correttamente sollevata nei gradi precedenti, non sarà più rilevabile in Cassazione e sarà «inammissibile».<sup>22</sup>

I profili relativi all'art. 37 c.p.c. sono di rilievo in quanto oltre al regime processuale della questione, la norma individua anche le ipotesi in cui si verifica una questione di giurisdizione e, a riguardo, è discusso se il sindacato della Cassazione *per i soli motivi inerenti alla giurisdizione* sia limitato ai soli casi previsti dall'art. 37 del codice di rito. Tuttavia, anche gli ambiti della norma in questione risultano incerti, probabilmente per il fatto che nel nostro sistema i termini «giurisdizione», «competenza» e «attribuzioni» vengono adoperati in molteplici sensi e in maniera non sempre univoca.<sup>23</sup>

La *translatio iudicii* è stato un ulteriore fattore che negli anni ha attenuato la contrapposizione e la distanza tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa. L'ammissibilità della *translatio iudicii*, sia «orizzontale» che «verticale» anche in tema di giurisdizione è stata riconosciuta prima dalla Corte di Cassazione<sup>24</sup> e, poi, dalla Corte costituzionale con la sentenza numero 77 del 2007. Il principio è ora codificato all'art. 59 della legge n. 69/2009 e all'art. 11 c.p.a.

L'istituto della *translatio iudicii* era stato previsto dal codice del 1940 in tema di competenza dall'art. 50 c.p.c. Prima del 2007 vigeva il principio di tendenziale incomunicabilità tra le giurisdizioni e i plessi, con la conseguenza che nel caso in cui vi fosse stata una violazione delle regole in punto di giurisdizione, il processo in capo al giudice dotato di giurisdizione era un nuovo processo, non la continuazione dell'originario, con i dovuti inconvenienti per le parti. Con l'estensione dell'istituto della *translatio* da parte della Corte di cassazione e della Corte costituzionale si riduce l'incomunicabilità in favore una maggiore garanzia della effettività della tutela giurisdizionale.<sup>25</sup> Ciò ha portato a un intervento del legislatore che ha esteso l'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* anche al caso del difetto di giurisdizione

21. La norma codifica la soluzione alla quale era giunta la Corte per la rilevazione della questione alla fine del punto 2.5 della parte in diritto della sentenza delle Sezioni Unite, 9 ottobre 2008, n. 24883

22. Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 29523; V. Petrella, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 1089.

23. A. Panzarola, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., 605.

24. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

25. In argomento si veda A. Panzarola, *“Translatio iudicii” e dichiarazione di difetto di giurisdizione*, in *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, cit., 184-227; F.G. Scoca,

con l'art. 59 della legge n. 69/2009. Si può infatti verificare un fenomeno di trasmigrazione dal giudice di una controversia presso il quale si era originariamente radicata la giurisdizione, dinnanzi a un giudice appartenente a un plesso giurisdizionale diverso. Ciò sia nel caso in cui la controversia trasmigri al giudice amministrativo o a un altro giudice speciale da parte del giudice ordinario, sia che, viceversa, trasmigri al giudice ordinario a seguito della declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo o speciale. Tale fenomeno è chiamato *translatio iudicii* «trasmigrazione giurisdizionale». L'errore incolpevole compiuto dalla parte nell'individuazione del giudice munito di giurisdizione non può ridondare irreversibilmente in suo danno, ma deve esserle consentito trasmigrare la causa per proseguirla dinnanzi al giudice fornito, facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, a far tempo dal momento in cui ha avuto inizio il processo presso il giudice *a quo*.<sup>26</sup>

La disciplina generale è stata arricchita dalla previsione di uno strumento speciale all'art. 111 c.p.a. che governa nello specifico la giustizia amministrativa, con la conseguente applicazione in via sussidiaria della disciplina prevista all'art. 59 della legge n. 69/2009.<sup>27</sup>

### 3.2. La necessità di una nomofiliachia condivisa in un sistema pluralista

Contestualmente alle evoluzioni viste in precedenza, la giurisprudenza amministrativa muta i propri caratteri a partire dalla fine del Secolo scorso. In particolare, due sono gli eventi che segnano una censura evidente, ovvero l'ampliamento della giurisdizione esclusiva, ora prevista all'art. 133 c.p.a., e la storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 in cui viene riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi.

La giurisdizione amministrativa, sorta come giurisdizione sulla legittimità dell'atto amministrativo e garantita da una tutela costitutiva di annullamento, è diventa-

*Giustizia amministrativa*<sup>6</sup>, cit., 36; A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2011, 348; nella sentenza Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, al punto 5 si legge: «[...] Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti – per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato – è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale»; nota a commento di A. Mangia *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2007.

26. E.F. Ricci, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 703; la codificazione legislativa in via generale operata dall'art. 59 della legge n. 69/2009 è attuazione del principio della effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. e del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e colmava una lacuna dell'ordinamento processuale.

27. Per una ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra lo strumento speciale e generale si veda Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2018, n. 27163 al punto 6.

ta una giurisdizione piena. Il giudice amministrativo giudica anche in materia di risarcimento del danno da interessi legittimi acquisendo le competenze risarcitorie che tradizionalmente erano state di esclusiva competenza del giudice ordinario. Tale competenza viene estesa anche ai diritti soggettivi, limitatamente alla giurisdizione esclusiva con il d.lgs. n. 80/1998, poi esteso alla giurisdizione amministrativa *tout court* con la legge n. 205/2000. L'impostazione viene poi confermata nel Codice del processo amministrativo del 2010 all'art. 30 c.p.a., prevedendosi la possibilità di proporre l'azione risarcitoria tanto per i diritti soggettivi, quanto per gli interessi legittimi e viene salvata anche dalla Corte costituzionale.<sup>28</sup>

In aggiunta, la giurisdizione amministrativa acquista spazi sempre più ampi di giudizio in materia di giurisdizione esclusiva, anche sui diritti soggettivi. A tal riguardo, la «Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020» sottolinea come non bastino più neanche le lettere dell'alfabeto all'art. 133 c.p.a., il quale elenca le controversie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo. «Si è arrivati alla lettera z-septies».<sup>29</sup>

A seguito di tali sviluppi, materie come la responsabilità, il risarcimento del danno, i contratti divengono di cognizione anche del giudice amministrativo, laddove prima erano di appannaggio del giudice civile. Lo stesso fenomeno avviene per la giurisdizione ordinaria, che amplia la propria cognizione alle vertenze sul potere pubblico, soprattutto in seguito alla devoluzione delle controversie in materia di pubblico impiego nel 2001. Ciò riduce la distanza tra le due giurisdizioni e avvicina la giurisdizione amministrativa alle categorie del diritto civile, sia da un punto di vista del diritto sostanziale, che processuale, come testimoniato dal Codice del processo amministrativo, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che mutua in larga parte istituti processualciviltistici.

I fenomeni di avvicinamento e scambio mutualistico fanno sorgere dei terreni comuni per i quali si pone il problema della unitarietà degli indirizzi interpretativi, soprattutto in materia di diritti soggettivi. Le problematiche in relazione alle difformità delle soluzioni giurisprudenziali vengono risolte nei singoli due plessi attraverso l'esercizio della funzione nomofilattica. In tali termini, la questione si ricollega anche all'infuocato, quanto mai sopito, dibattito in tema di unità-pluralità della giurisdizione.<sup>30</sup> Difatti, in un sistema dualista la nomofilachia si risolve in una «nomo-

28. Con le sentenze Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94. Per approfondimento si veda F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federelismi.it*, 34, 2020, 3 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, 132, 10, 2009, 374, 375; M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2010, 143-179 che individua in questa devoluzione «l'anticamera della despecializzazione e la distruzione del giudice amministrativo».

29. Corte di Cassazione. *Rapporti con le altre corti*, in *Relazione sull'amministrazione della giustizia anno nell'anno 2020*, Roma, 2021, 170.

30. E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2011, 915 ss.



filachia differenziata». <sup>31</sup> Non può celarsi che questa situazione porta a complicazioni di coordinamento e frustra la stessa esigenza di *reductio ad unum* del pluralismo interpretativo insito in un pluralismo giurisdizionale.

Situazione che si genera proprio per la mancanza di un momento unificante. Un rilievo, questo, che d'altronde era già *in nuce* sin dal momento in cui si istituì la giurisdizione esclusiva, intesa come giurisdizione che può toccare «anche i diritti soggettivi», tant'è che le teorizzazioni giuridiche in merito a un momento unificante, in cui confluissero le vedute delle due giurisdizioni, è presente già ancor prima dell'introduzione della giurisdizione esclusiva nel 1923. <sup>32</sup> Se tale urgenza può dirsi espressione di una fisiologia del sistema dualistico occorre interrogarsi su quali siano le cause che hanno acuito i vari sintomi.

Le incertezze nel prospettare delle soluzioni derivano dalle difficoltà di traslare la lettura tradizionale delle norme costituzionali in un quadro che risulta fortemente mutato nelle proprie linee essenziali, da plurime riforme. Sia che tali fenomeni siano letti come «rivoluzione copernicana» <sup>33</sup> che come «rimescolamento delle carte», <sup>34</sup> è innegabile che la situazione, dopo gli interventi normativi e giurisprudenziali, non sia la medesima che si profilava agli occhi dei Costituenti.

La necessità della certezza del diritto, dell'interpretazione univoca di esso e il rispetto di tutti i principi connessi al giusto processo, come anche la ragionevole durata, sono intrinsecamente collegati alle future prospettive e agli sviluppi economici del Paese, visto che è stato ampiamente dimostrato che «investimenti economici» e «certezza della giustizia» vanno a braccetto. La necessità di ridisegnare gli equilibri istituzionali tra le Corti, che sembrano rendersi elastici, creando contrasti e difficili disarmonie, è una esigenza primaria per la bontà del sistema giustizia. A maggior ragione se i profili non sono meramente strutturali ed organizzativi o limitati a questioni teoriche, ma hanno una incidenza in termini di tutela e di efficienza del nostro sistema giustizia con riflessi economici, che non possono essere sottovalutati.

#### 4. LA NORMATIVA E L'INTERPRETAZIONE DEL SINDACATO SUI SOLI MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE

Occorre ora soffermarsi, al fine di cogliere i confini dell'art. 111, ultimo comma, Cost. e il sindacato della Cassazione, sul quadro normativo di riferimento e le evoluzioni in punto di interpretazione che si sono registrate nel diritto vivente. Il quadro normativo in tema di motivi inerenti alla giurisdizione risulta di difficile ricostruzione,

31. Basti pensare a Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti.

32. Tali pericoli erano già chiari alla dottrina che sottolineava la necessità di prospettare un Tribunale nel quale fossero rappresentati i due punti di vista, come si legge in A. Romano, *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 48 ss.

33. Il riferimento è ad A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, 132, 10, 2009, 375.

34. In un certo qual modo sottolineando la fisiologica problematica inerente alle competenze delle due giurisdizioni, connaturata al sistema duale e che vedrà sempre oscillazioni.

convivendo allo stato un sistema frastagliato sia quanto alle diverse fonti normative, sia in termini di dizioni adoperate.

#### 4.1. *Il quadro normativo del sindacato della Cassazione*

In origine, l'organo deputato alla risoluzione dei conflitti era il Consiglio di Stato, in forza della legge sarda 20 novembre 1859, n. 3780, con un meccanismo che era teso essenzialmente a difesa dell'amministrazione secondo il modello francese. La legge di abolizione del contenzioso amministrativo<sup>35</sup> confermò l'affidamento al Consiglio di Stato, pur istituendo la giurisdizione unica. Con la legge n. 3761/1877 all'art. 3, n. 3 si pose al vertice dei conflitti la Corte di Cassazione e si stabilì che ad essa spettasse giudicare «dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra tribunali ordinari e gli altri giudici speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza o eccesso di potere».

La legge n. 62/1907, nel riconoscere natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato, dispose anche la ricorribilità per cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato in ipotesi di «difetto assoluto di giurisdizione», oltre alla classica ipotesi dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione. La trasformazione del Consiglio di Stato in organo giurisdizionale aveva indotto il legislatore ad adoperarsi per scongiurare possibili sconfinamenti nelle attribuzioni del Governo.<sup>36</sup> L'incompetenza si ricollegava all'ipotesi di difetto di giurisdizione in rapporto con gli altri giudici e l'eccesso di potere riguardava il caso del difetto assoluto di attribuzioni.<sup>37</sup>

L'art. 48 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, limitava, invece, il ricorso al solo caso dell'«assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato» e prevedeva che la Corte di Cassazione, riprendendo la legge del 1877, giudicasse in tal caso.

Il contenuto della legge del 1877 venne trasfuso nel codice di rito del 1942, seppur non vi è stata una abrogazione espressa.<sup>38</sup> L'art. 362, comma 1, c.p.c. parla di impugnazioni delle decisioni dei giudici speciali «per motivi attinenti alla giurisdizione».

Ci si è già soffermati in precedenza<sup>39</sup> sul dibattito e le discussioni che videro protagonista l'art. 111, comma 8, Cost. nella sua formulazione, secondo cui «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».

35. Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

36. F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2018, 1539.

37. 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](http://www.sipotra.it), 2017, 5 ss.; A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*. Corte di Cassazione. Atti, convegni e seminari, Roma, 2017, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), pubblicato in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 1, 2018, 4, 5.

38. R. De Nictolis, *op. cit.*, 8.

39. Vedi *supra*, paragrafo 2.



Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, la legge Tar<sup>40</sup> all'art. 36 enunciava la possibilità di esperire il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato «per motivi inerenti alla giurisdizione».

Il Codice del processo amministrativo del 2010, all'art. 91 e all'art. 110 riproduce testualmente il lemma dell'art. 111, comma 8, Cost. «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e non abroga espressamente l'art. 48 del t.u. sul Consiglio di Stato, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.<sup>41</sup> Anche il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 all'art. 177, comma 1, riproduce la medesima formula in materia di giustizia contabile e sindacato sulle sentenze della Corte dei conti.

Il complessivo quadro delle norme citate evidenzia l'utilizzo di tre diverse locuzioni per riferirsi al sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato. L'art. 48 del t.u. sul Consiglio di Stato, l'art. 111, comma 8, Cost., la legge Tar e il codice di rito fanno rispettivamente riferimento a «soltanto per difetto assoluto di giurisdizione», «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e «motivi attinenti alla giurisdizione».

Sembrano così delinearsi «tre cerchi concentrici» di diverso ambito,<sup>42</sup> tuttavia, viene ritenuta più convincente l'esegesi che ritiene la distinzione puramente lessicale e che, in termini sostanziali, le tre dizioni abbiano il medesimo significato.<sup>43</sup>

#### 4.2 La ricostruzione dommatica e tradizionale del sindacato

Il sindacato sui «motivi inerenti alla giurisdizione» secondo la ricostruzione tradizionale sarebbe limitato alla sola violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che si sostanzia in difetto assoluto o relativo di giurisdizione, con l'esclusione della sindacabilità degli *errores in iudicando* e *in procedendo*, i quali concernono i limiti interni e il modo di esercizio della giurisdizione.

Secondo la dommatica tradizionale, quindi, le pronunce del Consiglio di Stato sono ricorribili in Cassazione nei casi in cui si dubiti della esistenza stessa della giurisdizione nel rapporto con gli altri poteri dello Stato, oppure nei casi in cui il giudice amministrativo oltrepassi i limiti esterni della propria giurisdizione in rapporto agli altri organi giurisdizionali ordinari o speciali.

Nel primo caso si può verificare una ipotesi di invasione, arretramento o sconfinamento. Il giudice può toccare sfere riservate alla pubblica amministrazione o al legislatore travalicando i suoi limiti in un atto di tracotanza, oppure negare la pro-

40. Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

41. La dottrina amministrativista è divisa sull'articolo 48 del t.u. sul Consiglio di Stato, in merito a una sua abrogazione o meno. Da una parte, si potrebbe pensare che vi sia stata una abrogazione tacita in forza del carattere successivo della fonte sopravvenuta, dall'altra, però, il c.p.a. abroga una serie di disposizioni del testo unico ma salta l'art. 48. Vi è ancora chi afferma tale norma sarebbe la chiave di volta per ricostruire la nozione del sindacato sui «motivi inerenti alla giurisdizione», R. De Nictolis, *op. cit.*, 12.

42. L'espressione è di R. De Nictolis, *op. cit.*, 10.

43. R. De Nictolis, *op. cit.*, 10 ss.; A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, cit., 6.

pria giurisdizione laddove essa in realtà vi sia, compiendo dunque un arretramento. Inoltre, il giudice, dovendo limitarsi a un vaglio di legittimità, potrebbe sconfinare e scendere anche nel merito della questione che è riservato all'amministrazione, parlandosi in tal caso di sconfinamento. In queste ipotesi si fa riferimento solitamente al difetto assoluto. Delle ipotesi di sconfinamento per eccesso di potere nella sfera legislativa la Cassazione dà un'esegesi restrittiva, lasciando ampi confini all'attività di interpretazione da parte del giudice. Lo sconfinamento viene limitato al caso in cui il giudice abbia applicato una norma da lui creata *ad hoc*, così come nel caso in cui disapplichi una norma che ritiene incostituzionale, senza procedere a sollevare la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale.<sup>44</sup>

Nel caso in cui il giudice oltrepassasse i limiti rispetto agli altri organi giurisdizionali potrebbe affermare la propria giurisdizione che in realtà è di altri plessi giurisdizionali, realizzando un'invasione o c.d. sconfinamento, così come potrebbe negare la propria competenza giurisdizionale sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici, realizzando così un arretramento o autolimitazione. In tali ipotesi, si parla di difetti relativi, visto che sussiste la giurisdizione di un altro giudice nazionale.

I ricorsi in Cassazione per difetto relativo di giurisdizione si verificano soprattutto in relazione alle ipotesi controverse di diritto soggettivo o interesse legittimo, tuttavia, occorre rilevare che l'espansione della giurisdizione esclusiva ha limitato tale contenzioso.

### 4.3. *L'interpretazione della Cassazione*

Nell'ultimo secolo la Corte di Cassazione ha allargato il compasso, ampliando il proprio sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione attraverso le figure dell'«eccesso di potere giurisdizionale» e del «rifiuto o diniego di giurisdizione» sulla scorta di una nozione nuova di giurisdizione che legittima l'interpretazione dinamica o evolutiva del sindacato sui motivi di giurisdizione.

A partire dal 2006,<sup>45</sup> la Cassazione ha ritenuto che le questioni inerenti alle forme di tutela e al tipo di azioni, integrassero questioni di giurisdizione. L'operazione di estensione, riproposta con la sentenza delle Sezioni Unite del 23 dicembre 2008, n. 30254, nella medesima materia delle precedenti ordinanze, è stata giustificata sulla base di una nozione allargata di giurisdizione che non si limiterebbe ai presupposti della funzione giurisdizionale o alla qualificazione della situazione soggettiva de-

44. La Corte di Cassazione si è pronunciata in tal senso in relazione al giudice ordinario con la sentenza Cass., Sez. Un., 18 novembre 2015, n. 23543. R. De Nictolis, *op. cit.*, 30-33.

45. Le ordinanze della Cassazione sono tre. P. Patrito, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, nota a Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2009, 1320; in Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659 in tema di pregiudizialità amministrativa, si veda A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1124; Cass., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911.

dotta, ma si estenderebbe anche alla tutela giurisdizionale e alle garanzie di effettività dei «tratti essenziali» delle forme di tutela. L'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere come «servizio», è dovuta a molteplici fattori, elencati nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008. Si fa spazio la nozione c.d. evolutiva o dinamica de «i soli motivi inerenti alla giurisdizione», anticipata in dottrina da Gasperini.<sup>46</sup> Così, la Cassazione, con la sentenza del 2008 afferma che 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 precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento.<sup>47</sup> La Cassazione conferma un orientamento che aveva già espresso in precedenza nel 2006,<sup>48</sup> estendendo il sindacato sulle pronunce del giudice amministrativo in queste ipotesi, delineate espressamente come di «rifiuto di giurisdizione». In tutte e quattro le pronunce, le tre ordinanze del 2006 e la sentenza del 2008, la Cassazione fa espresso riferimento al «rifiuto di giurisdizione per il rifiuto di tutela». Specifica, inoltre, che l'ipotesi di sindacato è limitata al caso in cui il rifiuto si riveli aprioristico e generalizzato e non se sia la conseguenza di un errore di giudizio del singolo e specifico caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo. Successivamente, la Corte applica il medesimo principio anche in Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5464, in cui il giudice amministrativo aveva negato la tutela risarcitoria per avvenuta decadenza dal ricorso per annullamento. L'orientamento della Cassazione venne salutato con favore da parte della dottrina che richiedeva di ricondurre sotto un «mantello comune» ciò che è comune alle due giurisdizioni, come la tutela risarcitoria.<sup>49</sup>

46. M.P. Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Cedam, Padova, 2002; B. Nascimbene, P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 2021, paragrafo 3, «in una prospettiva storica, tuttavia, ha segnato una sorta di “rivoluzione copernicana” la pronuncia del 23 dicembre 2008, n. 30254 con cui la Corte di Cassazione è giunta ad una “lettura” più evoluta e rispondente alle odierne esigenze dell'ordinamento della nozione di “giurisdizione”».

47. Come si legge al punto 14 della parte motiva della Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

48. A cui si fa esplicito riferimento al punto 14 della sentenza in commento. Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659 in cui si affermava che la domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, può essere proposta al giudice amministrativo in modo autonomo o a completamento della domanda di annullamento dell'atto illegittimo. La domanda di risarcimento non è soggetta a termini di decadenza e il rigetto della domanda, motivato da mancata o tardiva impugnazione del provvedimento lesivo, è sindacabile ai sensi dell'art. 1111, ultimo comma, Cost. Inoltre, qualora fosse dichiarata inammissibile la domanda per mancata prioritaria o contestuale richiesta di annullamento, la decisione del giudice amministrativo sarebbe un «rifiuto di giurisdizione» e, per questo, sindacabile dalla Cassazione, ai sensi dell'ultimo comma, dell'art. 1111, Cost. e 362 c.p.c.; Cass., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911 in cui si fa riferimento nuovamente al «rifiuto di giurisdizione» per l'ipotesi di rifiuto di tutela risarcitoria autonoma.

49. F. Satta, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle Sezioni unite?*, nota a Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Il Foro Amministrativo*, 10, 2008, 2655; critico invece G. Greco, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, nota a Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2009, 480.

L'interpretazione che tendeva a correlare il limite esterno della giurisdizione amministrativa anche al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale ha poi permesso di qualificare come «rifiuto di giurisdizione» le ipotesi di negazione della fruizione della tutela, così come determinata a livello europeo.

Prima con la decisione Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403 poi con la decisione del 6 febbraio 2015, n. 2242 le Sezioni Unite, condannarono l'orientamento del Consiglio di Stato che aveva dichiarato inammissibile in rito il ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire, a fronte della affermata prioritaria efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente. L'orientamento del Consiglio di Stato si pone in contrasto con la giurisprudenza comunitaria che nelle sentenze *Fastweb*<sup>50</sup> e successivamente *Puligienica* e *Lombardi*, ha condannato l'orientamento dell'efficacia paralizzante del ricorso incidentale, accogliendo una nozione strumentale di interesse legittimo da tutelarsi anche nei casi di mera possibilità di riedizione della gara. L'estensione da parte della Cassazione viene favorita anche al fine di evitare il sorgere della responsabilità dello Stato e viene ricompreso anche il caso del contrasto con norme del diritto convenzionale.<sup>51</sup>

Il sindacato sembrava così ormai essersi esteso alle violazioni di legge sulla scorta, da un lato, di un indirizzo evolutivo che poggiava su una nozione dinamica di giurisdizione che mutava in seguito all'ampliarsi della giurisdizione esclusiva, del primato del diritto comunitario e delle nozioni di effettività giurisdizionale e di giusto processo costituzionalizzato con la legge costituzionale n. 2 del 1999 e, dall'altro, di un indirizzo intermedio che sindacava solo i casi estremi di radicale stravolgimento del quadro normativo di riferimento tale da portare a un diniego di giustizia. La posizione che la Corte di Cassazione espresse nella pronuncia del 6 febbraio 2015, n. 2242 aprì un vivace dibattito, anche all'interno della giurisprudenza delle Sezioni Unite, e a più voci si richiese un chiarimento sulla portata della locuzione «motivi inerenti alla giurisdizione».

Seppur l'indirizzo maggioritario in Cassazione continuava a ricostruire il sindacato in concordanza con la tradizione,<sup>52</sup> le pronunce della Cassazione aprirono un vivace dibattito teso ad individuare e delimitare il sindacato sui soli motivi inerenti alla giurisdizione delle pronunce del Consiglio di Stato che è sfociato in una pronuncia di ampio respiro delle Sezioni Unite, la n. 31226 del 2017 la quale ha affermato l'estensione raggiunta, l'interpretazione dinamica e quella intermedia. Inoltre, sempre ai nostri fini, la pronuncia afferma che la violazione di una norma europea non è sem-

50. Le Sezioni Unite richiamano la sentenza Corte giust., 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb-Telecom*.

51. Il medesimo principio è stato esteso dalla Cassazione, con la sentenza Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 6891, per le pronunce del giudice amministrativo in contrasto con una norma della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, vertendosi in uno di quei «casi estremi» in cui il giudice amministrativo omette di apprestare la tutela per *error in procedendo e in iudicando* che danno luogo al superamento del limite esterno.

52. Ad esempio, Cass., Sez. Un., 6 giugno 2017, n. 13976.

pre una questione di giurisdizione, né l’omissione del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* rileva *ex se* ma, in forza del principio di prevalenza del diritto dell’Unione, solo se incide in senso limitativo sul diritto alla tutela giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, accoglieva una lettura tradizionale del sindacato; le sue pronunce in particolare si focalizzavano sul problema di individuare un rimedio esperibile nell’ordinamento interno in caso di sentenza del giudice amministrativo che violi il diritto comunitario o convenzionale.<sup>53</sup>

La Magistratura aveva risposto con la sottoscrizione di un Memorandum il 15 maggio 2017, partendo dalla necessità di coordinare gli sviluppi nomofilattici interni a ciascuna giurisdizione, in una logica di armonia e di concerto dell’ordinamento.<sup>54</sup>

Il Memorandum proponeva delle soluzioni in termini di coordinamento informativo e di dialogo continuativo tra gli organi di vertice delle tre giurisdizioni, in particolare nelle materie di rilievo e comune interesse. Anche per la via della creazione di «permanenti canali di dialogo istituzionalizzati», in modo da valutare la possibilità di promuovere «l’introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni [...] con magistrati di altre giurisdizioni quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione quelle attinenti alla giurisdizione».<sup>55</sup>

53. Si veda *infra*, paragrafo 5.

54. Il Primo Presidente della Corte di Cassazione, il Presidente del Consiglio di Stato, il Presidente della Corte dei conti, il Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione e il Procuratore Generale presso la Corte dei conti «convengono di impegnarsi» proprio in tale ottica. Come espressamente previsto dal Memorandum. Sull’efficacia delle dichiarazioni si veda R. Russo, *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium*, 2017, 3 «il Memorandum in esame contiene reciproci impegni che rappresenterebbero al postutto mere dichiarazioni di intenti». L’A. evidenzia le critiche che sono state rilevate in relazione ai poteri di rappresentanza dei sottoscrittori rispetto ai plessi giudiziari, sia in relazione alla stessa legittimazione dei plessi.

55. Sicuramente il profilo di maggior rilievo, sottolineato nell’atto, è quello di ridare una unità agli orientamenti giurisprudenziali difformi, con le possibilità, prospettate anche dalla dottrina, di istituire un vero e proprio Tribunale dei Conflitti, sulla scorta del modello francese o, a Costituzione vigente, se sia legittimo prevedere degli interventi organizzativi di «ibridazione» della composizione delle Sezioni Unite. A ciò si aggiunge, il problema del mezzo da adottare per le soluzioni, se norme di rango legislativo o se atti di autonomia organizzativa dei singoli plessi giurisdizionali; per approfondimenti B. Caravita, *Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni (con nota di presentazione di Beniamino Caravita)*, in *Federalismi.it*, 11, 2017, 8. Parte della dottrina ha accolto con favore il Memorandum accostandolo allo storico concordato giurisprudenziale Romano-D’Amelio del 1929, tra questi S. Cassese, *I giudici non siano torri d’avorio Il diritto ha bisogno di armonia*, *Il Corriere della Sera*, 19 luglio 2017; S. Auriemma, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali*, Relazione al seminario di studi sul tema «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione», Corte di Cassazione. Atti, convegni e seminari, Roma, 2017, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 19; critico nei confronti di tale parallelismo storico R. Russo, *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium*, 2017, 13 e afferma che all’epoca del concordato Romano-D’Amelio «i due Vertici si guardarono bene dall’assumere reciproci impegni (aventi per oggetto inizia-

#### 4.4. La censura della Corte costituzionale e la giurisprudenza successiva

La Cassazione civile con l'ordinanza dell'8 aprile 2016, n. 107<sup>56</sup> solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma settimo, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. per violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU a seguito delle sentenze sopravvenute Mottola e Staibano della Corte europea dei Diritti dell'Uomo<sup>57</sup> che condannavano l'Italia. La Corte costituzionale, con la pronuncia del 18 gennaio 2018, n. 6, riunisce e decide anche le questioni sollevate dal Tar Campania e dal Tar Lazio.<sup>58</sup> La pronuncia della Consulta riveste una particolare importanza perché sembra prendere una posizione netta attraverso la censura nei confronti della interpretazione che, in via di estensione giurisprudenziale di una norma costituzionale, fondata su una nuova nozione di giurisdizione, ampliava gli ambiti del sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione. La stessa censura viene estesa a qualsiasi interpretazione che dovesse inserire un dato qualitativo che ingenera incertezze definitorie o che dovesse assimilare il sindacato per motivi di giurisdizione alla violazione di legge. Tuttavia, occorre rilevare che la Consulta giudica le questioni sollevate dalle Sezioni Unite e dal Tar Campania inammissibili, quella del Tar del Lazio invece infondata, senza dunque una chiusura al dialogo.

Nello specifico, la Consulta afferma che la tesi che include anche gli *errores in procedendo* e *in iudicando* all'interno del sindacato di cui all'ultimo comma, dell'art. 111, Cost., «non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale».<sup>59</sup> La norma attinge il suo significato dalla lettura combinata con il settimo comma inerente al ricorso per violazione di legge, dovendosi ritenere inammissibile ogni interpretazione che «comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso».<sup>60</sup> In più, la Corte richiama il concetto di unità funzionale della giurisdizione,<sup>61</sup> così come espresso dall'on. Mortati in Assemblea costituente.

tive normative o decisioni giurisprudenziali) per conto dei plessi giudiziari che presiedevano»; 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 *Rivista di diritto processuale*, 2018, 330 che evidenzia lo stupore in relazione alla reazione critica della dottrina nei confronti della iniziativa «giacché avanzata, più di un secolo fa, da Lodovico Mortara pur se ripresa di recente da studiosi diversi tra di loro»; ma sono state avanzate ferventi critiche in particolare, dalla Magistratura associata che ha sottolineato l'incompatibilità costituzionale dell'ibridazione tra giudici e in relazione al valore giuridico del Memorandum.

56. Corte di cassazione, sezioni unite civili, con ordinanza dell'8 aprile 2016 iscritte al n. 107 del registro ordinanze 2016, e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, n. 22.

57. Corte Edu, 4 febbraio 2014, Mottola e altri c. Italia (29932/07) e Staibano e altri c. Italia (29907/07) in cui si accertava la condanna dello Stato italiano per violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU e dell'art. 1, Primo Protocollo addizionale alla Convenzione.

58. Tribunale amministrativo regionale per la Campania, ordinanza 24 maggio 2016 e Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ordinanza 26 aprile 2016 iscritte, rispettivamente, ai nn. 218 e 260 del registro ordinanze 2016, e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, nn. 44 e 52, prima serie speciale, dell'anno 2016.

59. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, paragrafo 11.

60. Corte cost., cit., paragrafo 11.

61. Sviluppato nella sentenza richiamata Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.



Sostenendo l'impostazione tradizionale, fatta propria da quella che la Corte definisce «giurisprudenza maggioritaria», censura l'opposto filone giurisprudenziale della Cassazione che è fondato «sulla base di considerazioni che sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione, e cioè richiamando i principi fondamentali quali la primazia del diritto comunitario, l'effettività di tutela, il giusto processo e l'unità funzionale della giurisdizione».<sup>62</sup>

Allo stesso modo, la Consulta oblitera anche la soluzione intermedia delle sentenze «abnormi o anomale» e del «radicale stravolgimento delle norme di riferimento», poiché «attribuire rilevanza al dato qualitativo della 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 contingenti e soggettive».<sup>63</sup>

La Corte sottolinea come all'interno delle ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale vadano ricondotte, in armonia con l'impostazione tradizionale che ricostruisce il giudicato nella dialettica limiti interni-limiti esterni, solamente i casi di difetto assoluto, che si verifica per sconfinamento nella sfera del legislatore o della pubblica amministrazione o di arretramento e i casi di difetto relativo, che si verifica se il giudice declina o afferma la propria giurisdizione invadendo la giurisdizione di altro giudice.<sup>64</sup>

I commenti alla sentenza della Consulta non sono stati univoci. Vi è chi sottolinea che la scure della Consulta è stata inevitabile a fronte dell'inquadramento della questione operato dalle Sezioni Unite che qualificano come errore interpretativo anomalo e abnorme ciò che in realtà sarebbe un tradizionale caso di rifiuto di giurisdizione per sconfinamento nella sfera del legislativo, per negazione in via generale ed astratta della tutelabilità di una situazione giuridica.<sup>65</sup> Dall'altro lato, vi è chi evidenzia l'importanza, in un ordinamento garantista, del principio di legalità in relazione ai rapporti coi limiti alla interpretazione da parte dei giudici di una norma della Costituzione.<sup>66</sup> Da più parti si è ritenuto che il dogma del principio di legalità, come ere-

62. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, paragrafi 13 e 14.

63. Corte cost., cit., paragrafo 16; a riguardo B. Nascimbene, P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 2021, paragrafo 4 osservano che il dato qualitativo in realtà assume una rilevanza nel contesto europeo allorquando si tratta di «“[...] responsabilità dello Stato (che) può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente”», citando la sentenza della Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Köbler.

64. Corte cost., cit., paragrafo 16.

65. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 3, 2020, 892 «Si ha però l'impressione che proprio questa estrema attenzione e prudenza nel contenere le ipotesi di conflitto, che ha portato a qualificare il diniego di giustizia come una forma aggravata di errore in procedendo, abbia, a ben vedere, dato il fianco all'intervento riduttivo del Giudice delle Leggi»; F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, 12.

66. A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1131 ss.

ditato dal costituzionalismo moderno, necessita di essere rivisto a fronte del fenomeno di «crisi della legge» e dell'avanzamento del ruolo delle prassi giudiziarie,<sup>67</sup> evidenziato anche dal contesto europeo. Sarebbe quasi che, in questi termini, il tema si intrecci con lo scontro di vedute di chi si fa portavoce del principio di legalità tradizionalmente inteso e chi invece invoca la necessità di una sua rilettura.

L'interpretazione successiva della Corte di Cassazione ha preso atto della censura operata dalla Consulta, recependo l'orientamento da essa espresso e accantonando l'interpretazione evolutiva del sindacato che poggiava sulla nozione dinamica di giurisdizione. In varie pronunce si afferma la necessità di adeguarsi al *dictum* della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6, limitando il sindacato ai limiti esterni e affermando «l'indubbia pregnanza e vincolante rilevanza»<sup>68</sup> della veduta espressa dalla Corte costituzionale.

##### 5. I RIMEDI ALLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO EUROPEO E IL DIALOGO TRA CORTI

Il tema del sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione interessa anche la problematica di individuare nell'ordinamento interno dei rimedi per le violazioni del diritto sovranazionale.

Si tratta di una questione discussa e che era stata posta più volte all'attenzione della Corte costituzionale sia da parte della Corte di Cassazione che del Consiglio di Stato,<sup>69</sup> che si erano animati per trovare delle soluzioni in via pretoria nei confronti di un tema che, secondo parte della dottrina, non trova adeguata risposta in termini di effettività della tutela nel nostro ordinamento nazionale. Le ragioni di tale attenzione risiedono nei connotati del diritto sovranazionale, nel crescente ruolo assunto dal valore delle prassi delle Corti, Corte Edu che della Corte di giustizia,<sup>70</sup> e nel principio di autonomia procedurale che vige in materia di rimedi interni da esperire per le violazioni del diritto europeo.

Dopo aver analizzato le soluzioni prospettate dalle Corti nazionali in tempi recenti, occorrerà evidenziare brevemente il tessuto normativo *de iure condito* sino a giungere all'ordinanza di remissione delle Sezioni Unite che, unitamente all'interpretazione del sindacato, affronta tale questione.

67. M.A. Sandulli, *op. cit.*, 912, nt. 11.

68. Sul carattere vincolante della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 ad esempio Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2018, n. 32623; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2019, n. 7926; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2019, n. 8311; Cass., Sez. Un., 24 gennaio 2020, n. 1608; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018.

69. Cons. St., Ad. Plen., 4 marzo 2015, n. 2; Cass., Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 107.

70. Per approfondimenti si veda V. Petralia, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle Corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2017, 941.



Il Consiglio di Stato, accanto all’affermazione della lettura tradizionale del sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione individua quali rimedi il giudizio di ottemperanza e della revocazione.

Infatti, la giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria, richiamando espressamente la teoria della violazione dei «casi estremi» delle Sezioni Unite,<sup>71</sup> riconosce la necessità di evitare che si consolidino le violazioni del diritto comunitario in caso di una pronuncia della Corte di giustizia, che incombe su tutti gli organi dello Stato, compreso il potere giudiziario.<sup>72</sup> L’Adunanza Plenaria, quale mezzo per evitare la violazione, indica il giudizio di ottemperanza,<sup>73</sup> avvallando implicitamente la teoria del «giudicato amministrativo a formazione progressiva», affermando che il giudice dell’ottemperanza completa il giudicato con statuizioni via via integrative e specifiche dalla portata dell’obbligo che incombe sul soggetto inottemperante.<sup>74</sup>

Quando, invece, si era al cospetto di una sopravvenuta sentenza della Corte Edu il giudice amministrativo aveva sottoposto un quesito alla Corte costituzionale, ovvero se fosse possibile esperire, *de iure condito*, e in via di interpretazione giurisprudenziale, il rimedio della revocazione della sentenza per il riesame della controversia, una impugnazione straordinaria. Nel caso in esame, la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 22 febbraio 2007, n. 4 contrastava con la successiva giurisprudenza della Corte Edu, nelle sentenze Staibano e Mottola.<sup>75</sup>

71. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11 fa riferimento a Cass., Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 6891 e Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2403.

72. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, al paragrafo 57; per approfondimenti si veda A. Sandulli, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2018, 1179.

73. Cons. St., Ad. Plen., cit., al paragrafo 59. Nei riguardi del rimedio dell’ottemperanza per questo caso vengono svolte molteplici obiezioni, si veda lo scritto di M. Lipari, *L’esecuzione delle decisioni della Corte europea dei Diritti dell’Uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restitutio in integrum, ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, in *Il Processo*, 2, 2019, 271, 272 critica le obiezioni dalla lettera A alla F.

74. Per approfondimenti V. Petralia, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle Corti europee: un’ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2017, 940; N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un’occasione sprecata dall’Adunanza Plenaria*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2016, 1172, 1173 in cui si legge che la teoria derivava da una concezione del giudizio amministrativo inteso quale giudizio di annullamento dell’atto amministrativo lesivo. Conseguentemente, per la dottrina tradizionale (Capaccioli) era da escludere che la sentenza di annullamento potesse creare un vincolo assimilabile alla *res iudicata* di cui al 2909 c.c. Tuttavia, le recenti evoluzioni testimoniano che si sta sempre di più trasformando in un giudizio di accertamento sulla spettanza del bene della vita, seppur la logica della tutela costitutiva di annullamento resti fondante. In più, essa risultava utile per integrare le successive valutazioni discrezionali che avesse dovuto operare la pubblica amministrazione.

75. Nel caso in esame, la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 22 febbraio 2007, n. 4 contrastava con la successiva giurisprudenza della Corte Edu, nelle sentenze Staibano e Mottola. Corte Edu, 4 febbraio 2014, Mottola e altri c. Italia (29932/07) e Staibano e altri c. Italia (29907/07); per approfondimenti sulla questione si veda F. Francario, *Revocazione per*

La Consulta, con la pronuncia del 26 maggio 2017, numero 123 dichiara la questione infondata, escludendo che l'ampliamento dei casi di revocazione in materia civile ed amministrativa possa operarsi per via interpretativa, a differenza del processo penale. Infatti, in ambito penale la riapertura del processo e dunque la cedevolezza del giudicato è necessaria in quanto in gioco vi sono valori quali la libertà personale. Viceversa, nei processi civili e amministrativi si rinvergono maggiormente le esigenze di tutela delle altre parti private e dei controinteressati che partecipano al processo, rispetto ai quali è necessario garantire la certezza del giudicato, per cui la scelta deve essere lasciata al legislatore.<sup>76</sup> Le ragioni qui sostenute vengono riaffermate anche nella pronuncia della Consulta del 2 febbraio 2018, n. 19.<sup>77</sup> Tuttavia, deve ritenersi che il dibattito possa ritenersi concluso in seguito all'introduzione della revocazione convenzionale.

Tensioni analoghe a quelle rilevate in seno alla giurisprudenza amministrativa per offrire dei rimedi interni volti ad evitare il conflitto di giudicati si sviluppano anche nella giurisprudenza civile, con soluzioni parzialmente diversificate.

La Cassazione ha offerto il rimedio del ricorso in Cassazione anche per le violazioni del diritto europeo affermando che tale necessità deriva dall'assenza di un rimedio interno che possa correggere tale *vulnus* ed evitare che lo Stato italiano sia condannato al risarcimento del danno. Se per un verso con una pronuncia del 2014 ripercorre gli orientamenti consolidati che escludono sia esperibile in generale il rimedio del ricorso per motivi di giurisdizione quanto alle violazioni del diritto europeo,<sup>78</sup> con la decisione del 6 febbraio 2015, n. 2242, di poco dopo, la Cassazione fa salvo il caso estremo in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme di riferimento in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, tali da «escludere l'accesso alla tutela giurisdizionale» davanti al giudice amministrativo, come nel caso dell'orientamento del giudice amministrativo in punto di mancato esame del ricorso prin-

*contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, 2016; A. Sandulli, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2018, 1174.

76. Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, paragrafi dal 10-17; si veda N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2016.
77. Si veda anche la soluzione adottata dalla dottrina e giurisprudenza francese della c.d. «autotutela doverosa» che si aggiungerebbe quale rimedio successivo alla tutela risarcitoria, si veda M. Lipari, *L'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restitutio in integrum, ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, cit., 324.
78. Si veda la decisione Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403 in cui le Sezioni Unite ricordano anche che «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, Köbler 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)».

principale per effetto del ricorso incidentale escludente. La Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto l'ipotesi in esame inclusa all'interno del «rifiuto di giurisdizione» e pertanto sindacabile con ricorso per motivi di giurisdizione e ne ha sottolineato la necessità per evitare gli effetti di un giudicato in contrasto col diritto comunitario.<sup>79</sup>

Anche in relazione al diverso caso di una sentenza della Corte di giustizia precedente al giudicato amministrativo le Sezioni unite, con la decisione di ampio respiro del 29 dicembre 2017, n. 31226, ripercorrono gli esiti tradizionali che escludono il rimedio del ricorso *ex art. 111*, ultimo comma, Cost., salvo non si tratti di un caso estremo di negazione della tutela.<sup>80</sup>

Il medesimo principio era stato esteso dalla Cassazione, con la sentenza Sez. Un., 8 aprile 2016, n. 6891, alle pronunce del giudice amministrativo in contrasto con una norma della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, anche qui limitatamente ai «casi estremi».

In caso di sopravvenuto contrasto di una sentenza del giudice civile passata in giudicato, con una sentenza successiva della Corte Edu,<sup>81</sup> il rimedio individuato Corte di Appello di Venezia, che a riguardo aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale, sarebbe quello della revocazione. La Corte costituzionale il 27 aprile 2018 con la sentenza n. 93 esclude di poter addivenire a tale risultato *de iure condito* in via di interpretazione giurisprudenziale attraverso una sentenza additiva, che avrebbe aggiunto un caso di revocazione tra quelli previsti agli artt. 395 e 396 c.p.c., senza un intervento novatore del legislatore, come invece era accaduto per la materia penale. Inoltre, la Consulta riafferma quanto statuito in occasione della sentenza 26 maggio 2017, n. 123, e 18 gennaio 2018, n. 6, ovvero che la lettura dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, così come delineato dalla giurisprudenza convenzionale, non pone un obbligo di riapertura dei processi interni.<sup>82</sup>

In ipotesi di contrarietà tra una pronuncia del Consiglio di Stato e la giurisprudenza della Corte Edu sopravvenuta<sup>83</sup> la Cassazione civile solleva questione di legittimità costituzionale, decisa con la sentenza n. 6 del 2018, ed offre il rimedio del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

79. La pronuncia in esame richiama l'evoluzione della nozione di giurisdizione così come ricostruita nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 e più volte sottolinea l'eccezionalità del caso.

80. Si veda a riguardo 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?*, nota a sentenza Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Il Foro Italiano*, I, 1721, 2018, 1-19.

81. Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 21 gennaio 2014, caso Zhou c. Italia.

82. Per approfondimenti si veda G. Marino, *Sentenze sopravvenute della Corte EDU: la mancata revocazione è incostituzionale?*, nota a Corte costituzionale, 27 aprile 2018, n. 93, in *Diritto & Giustizia*, 77, 2018, 24 ss.

83. La Cassazione civile con l'ordinanza dell'8 aprile 2016, n. 107 solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 a seguito delle sentenze sopravvenute Mottola e Staibano della Corte Edu.

Infatti, la pronuncia della Consulta che ha censurato le evoluzioni interpretative in tema di 111, comma 8, Cost.<sup>84</sup> interviene inoltre anche sul tema connesso dei rimedi interni in situazione di contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalle corti di Strasburgo e Lussemburgo. Era già intervenuta con una pronuncia, che viene richiamata dalla sentenza in esame,<sup>85</sup> affermando la inammissibilità, *de iure condito*, di una interpretazione giurisprudenziale che apra a una ipotesi di revocazione. La Corte preme sottolineare che il problema esiste, ma dovrebbe trovare soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione. Inoltre, in relazione ai mutamenti giurisprudenziali che dovessero produrre delle modifiche a sorpresa nel quadro processuale nazionale delle norme che garantiscono l'accesso alla tutela giurisdizionale, individua come specifico rimedio l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, la quale è disciplinata all'art. 153, comma secondo, c.p.c. e all'art. 37 c.p.a.<sup>86</sup>

Volendo trarre le fila del discorso, le Corti di vertice del nostro ordinamento, nell'offrire dei rimedi alle violazioni del diritto extrastatuale, caratterizzato da una forte presenza delle prassi dei giudici, ha individuato, lato Cassazione, il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione e la revocazione; lato giudice amministrativo il ricorso per ottemperanza e la revocazione; lato Corte costituzionale, l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile ex art. 153, comma 2, c.p.c., con l'avvertimento che lo specifico rimedio della revocazione debba essere introdotto dal Legislatore, e che sia da escludere espressamente il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione. Il tema del rimedio revocatorio in caso di contrarietà alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo risulta parzialmente risolto in seguito all'introduzione prevista allo stato di legge delega della revocatoria convenzionale.<sup>87</sup>

84. Si veda *supra*, paragrafo 4.3.

85. Al paragrafo 14.1 di Corte cost., cit., fa riferimento a Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123.

86. In tali termini, l'istituto è stato soggetto a rilettura quale strumento a garanzia della certezza del diritto, anche se è stato previsto nel Codice del processo amministrativo e non era pacifica la sua applicazione anche per le decadenze di ordine sostanziale, tra le quali può ricomprendersi la decadenza all'esame della Consulta, prevista all'art. 67, comma 7 del d.lgs. n. 165/2001; si veda sul punto A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1117, 1118 L'A. ricostruisce l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile come una «valvola di sicurezza» che potrebbe essere una forte garanzia per l'ordinamento processuale, anche in relazione al profilo del contrasto con le pronunce delle Corti europee. Inoltre, ritiene che la Corte, con la pronuncia in esame, potrebbe aver avvallato autorevolmente l'indirizzo che ammette la rimessione in termini per errore scusabile anche nei casi di decadenza sostanziale.

87. Legge delega 26 novembre 2021, n. 206 al comma 10 dell'art. 1.

6. L'ORDINANZA CASS., SEZ. UN., 18 SETTEMBRE 2020, N. 19598:  
LE QUESTIONI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Se la giurisprudenza successiva alla pronuncia n. 6 del 2018 sembrava riaffermare l'esegesi tradizionale allineandosi al *dictat* della Consulta, le Sezioni Unite tornano nuovamente sulla questione dell'interpretazione del proprio sindacato nei confronti delle pronunce del Consiglio di Stato con l'ordinanza di rimessione n. 19598 del 2020 alla Corte di Giustizia, chiamata ad arbitrare e ad individuare i confini del sindacato. Il caso trae origine da una complessa vicenda fattuale.<sup>88</sup> La Corte di Cassazione propone alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziale.

Con il primo quesito pregiudiziale, le cui motivazioni sono esposte dal paragrafo 17 al paragrafo 46, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito all'orientamento nazionale espresso dalla Consulta con la sentenza n. 6 del 2018 e fatto proprio dalla Corte di Cassazione in merito all'interpretazione del sindacato sui soli motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione, come inteso tradizionalmente ai soli limiti esterni, escludendo dal sindacato anche le violazioni del diritto europeo, rimediabili solo attraverso il risarcimento.

Le Sezioni Unite ritengono infatti che la compatibilità con il diritto europeo dell'orientamento sia dubbia, in quanto porterebbe al consolidamento delle violazioni del diritto comunitario, pregiudicando l'uniforme applicazione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive comunitarie.<sup>89</sup> Il ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione rappresenterebbe, secondo le Sezioni Unite, l'unico strumento di diritto interno applicabile in grado di scongiurare il consolidamento delle violazioni del diritto comunitario e l'esposizione dello Stato a responsabilità, prima che si sia formato il giudicato, a prescindere dal fatto che la pronuncia del giudice comunitario sia intervenuta prima o dopo rispetto alla sentenza impugnata.

88. In sintesi, un'impresa esclusa da una gara per mancato superamento della soglia di sbarramento prevista nel bando di gara propone ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione nei confronti di una pronuncia del Consiglio di Stato, che a seguito del prioritario esame del ricorso incidentale escludente, rigettava il ricorso principale in rito per mancanza di legittimazione, applicando così l'orientamento in tema di efficacia paralizzante del ricorso incidentale. L'impresa esclusa contestava in Cassazione la negazione dell'accesso alla tutela in violazione del diritto europeo in materia di legittimazione ed interesse ad agire del concorrente escluso contenuta nella direttiva dell'89 (89 665 CE) e modificata nel 2007 (66 CEE), definita dall'interpretazione della Corte di giustizia nelle sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi*. I resistenti si opponevano rilevando che il vizio sollevato potesse al più concernere una violazione di legge e per questo non rientrante nei motivi inerenti alla giurisdizione, richiamando l'orientamento tradizionale affermato dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale.

89. Paragrafo 31, dell'ordinanza Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598; Le violazioni del diritto comunitario vengono distinte dalla Corte rispetto alle comuni violazioni di legge nazionale, perché nel primo caso lo Stato ha rinunciato alla sovranità in favore dell'Unione che viene esercitata tramite i giudici nazionali, i quali applicano il diritto comunitario in collaborazione con la Corte di giustizia anche per il tramite del rinvio pregiudiziale.

La Corte aggiunge che la mancanza di un ricorso efficace viola l'art. 1 della direttiva europea in materia di appalti e che gli strumenti processuali interni non garantiscono il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, condizioni necessarie per l'applicabilità del principio di autonomia procedurale. Tale ultimo principio, infatti, secondo la giurisprudenza europea, prescrive che la scelta degli strumenti processuali per assicurare la tutela dei diritti è rimessa ai singoli Stati, alla duplice condizione che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto alle situazioni assoggettate al diritto interno e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione europea, secondo il principio di effettività.<sup>90</sup>

Le Sezioni Unite ritengono, poi, che con riferimento al concetto di giurisdizione la nozione costituzionale sarebbe sufficientemente ampia da includere anche il ricorso in relazione a pronunce che violano il diritto dell'Unione e che non assumerebbe rilievo, in termini limitativi, la natura costituzionale dell'art. 111 Costituzione se può menomare l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.<sup>91</sup>

90. Paragrafo 40, dell'ordinanza n. 19598/2020, cit.; dai paragrafi 41-43, dell'ordinanza n. 19598/2020, cit., la Cassazione afferma, innanzitutto, che la prassi nazionale, che esclude l'esperibilità del ricorso in Cassazione, sia lesiva del «principio di equivalenza», in quanto il ricorso per motivi di giurisdizione sarebbe ammissibile se volto a censurare il difetto assoluto per sconfinamento con le attribuzioni del legislatore in ipotesi di applicazione del diritto nazionale, ma inammissibile, a fronte dello stesso vizio riscontrato, nel caso in cui fosse in discussione l'applicazione della normativa europea. In aggiunta, tale prassi violerebbe l'obbligo imposto ai giudici nazionali di «interpretazione conforme» al diritto dell'Unione della normativa nazionale. In secondo luogo, la prassi nazionale censurata sarebbe lesiva anche del «principio di effettività», come declinato dall'art. 19, paragrafo 1, comma secondo, TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, codificato anche nel processo amministrativo all'art. 1 c.p.a. In terzo luogo, l'orientamento non permetterebbe di realizzare il principio di «effettività della tutela in concreto», declinato in relazione ai diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento, in quanto priverebbe di un mezzo di tutela la parte. Si evidenzerebbe un *vulnus* ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini se si considera la diversità di trattamento, non giustificata da ragioni sostanziali, delle situazioni precedenti al 2018, ovvero all'intervento della Consulta, che non facevano applicazione dell'orientamento limitante censurato, e le situazioni successive, pur se si fossero realizzate sotto la vigenza del precedente orientamento, alle quali viene negato il mezzo di tutela del ricorso in Cassazione.

I principi di equivalenza ed effettività non subirebbero deroghe in ragione della specifica materia amministrativa, tanto più, nel pensiero della Corte, che la materia amministrativa è attribuita al giudice speciale «sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono l'effetto di far radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di Cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione (come accade per le sentenze del Consiglio di Stato, diversamente da quanto previsto per le sentenze degli altri organi giurisdizionali)».

91. Paragrafi 44 e 45, dell'ordinanza n. 19598/2020, cit. A tal proposito la Cassazione cita la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia.



Con il secondo quesito pregiudiziale le Sezioni Unite chiedono alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sulla compatibilità dell'orientamento delle Sezioni Unite che esclude la censurabilità mediante ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione dell'omissione immotivata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di una Corte di vertice nazionale, quale il Consiglio di Stato, previsto all'art. 267, paragrafo 3, del TFUE in assenza delle condizioni di stretta interpretazione che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di effettuare il rinvio, enucleate dalla giurisprudenza comunitaria nella nota sentenza *Cilfit* del 1982.<sup>92 93</sup>

Le Sezioni Unite si occupano, così, del rimedio previsto per evitare che il giudice di ultima istanza si sottragga all'obbligo di rinvio, ovvero il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, che sottolineano essere un rimedio indiretto, succedaneo e sottoposto a rigide condizioni. Individuano nel ricorso in cassazione un rimedio utile che agirebbe nel momento in cui il giudicato non si è ancora formato per evitare il consolidamento di un orientamento di un giudice di ultima istanza contrario al diritto comunitario e che permetterebbe alla Corte di giustizia di svolgere il proprio ruolo di interprete del diritto comunitario e alle Sezioni Unite la propria funzione di garanzia nell'individuazione dei limiti delle diverse giurisdizioni.<sup>94</sup> Le Sezioni Unite inquadrano l'omesso immotivato rinvio in un caso di difetto di giurisdizione per invasione delle attribuzioni della Corte di giustizia, sottolineando l'importanza del ruolo del rinvio pregiudiziale nell'attuazione dell'ordinamento comunitario.

La terza questione pregiudiziale concerne la condanna dell'orientamento del Consiglio di Stato in tema di esclusione della legittimazione ad agire del concorrente escluso che contrasta con la giurisprudenza della Corte di giustizia espressa in particolare nelle sentenze *Lombardi*, *Puligienica* e *Archus*,<sup>95</sup> questione più strettamente di merito già censurata plurime volte dalla Cassazione.<sup>96</sup>

92. Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, C-238/81, *Cilfit*, 343 I, 3432 che nei motivi afferma «L'art. 177, terzo comma, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione, le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno, è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità».

93. «(...) con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento) dell'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione» al paragrafo 60, dell'ordinanza n. 19598/2020, cit.

94. Paragrafo 53 e ultima parte del paragrafo 59, dell'ordinanza n. 19598/2020, cit.

95. Corte di giustizia 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*; 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus*

96. Si vedano i paragrafi dal 66 ss., dell'ordinanza n. 19598/2020, cit.

L'ordinanza, prima della risposta della Corte di giustizia, che è arrivata il 21 dicembre 2022 con la sentenza *Randstad Italia*, aveva sollevato un vivo dibattito in dottrina con voci favorevole e contrarie. In particolare, in relazione alla prima questione pregiudiziale che riguarda l'interpretazione di una norma costituzionale. La scelta delle Sezioni Unite di rimettere direttamente la questione alla Corte di giustizia, ponendo in discussione una esegesi della Consulta, è apparsa a molti commentatori un ordigno che rischiava di «compromettere il delicato equilibrio raggiunto tra le due Corti». <sup>97</sup> Nel caso in cui la Corte di giustizia si fosse pronunciata positivamente parte della dottrina aveva prospettato la possibilità di una nuova stagione dei controlimiti. <sup>98</sup>

Quanto alla seconda questione, generalmente, nei commenti alla ordinanza n. 19598 del 2020 della Corte di Cassazione, viene trattata come una *species* del *genus* della violazione del diritto europeo, qualificata quale «postulato applicativo» e senza rilievo autonomo, in quanto all'interno del diritto dell'Unione, che si riterrebbe violato, vi rientrerebbe anche l'omesso rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. <sup>99</sup> Si è evidenziato che la mancanza di un rimedio, oltre a quello risarcitorio, per l'ipotesi della immotivata omissione del rinvio pregiudiziale obbligatorio costituisce un grave *vulnus* al principio di effettività della tutela e che forse i tempi sarebbero maturi per rinvenire un istituto apposito. Pur costituendo nei fatti una violazione dell'art. 25 della Cost., ovvero del principio del giudice naturale, il nostro ordinamento <sup>100</sup> non offre un rimedio adeguato, seppur generalmente l'articolo vada riferito agli atti le-

97. G. Monaco, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 289; criticamente R. Bin, *È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2020, 8; si veda anche si veda G. Scaccia, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 328.

98. Per taluni addirittura più grave rispetto alle conflittualità che si erano verificate nel caso «Taricco», in quanto in tal caso «– a parte il merito delle questioni che riguardano comunque esami delicati e di estrema rilevanza, quali il riparto delle giurisdizioni, la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive le forme di tutela delle stesse – verrebbe messa in discussione l'esegesi di una disposizione costituzionale operata dall'organo preposto proprio alla tutela della Costituzione, con ripercussioni sulla posizione della Corte costituzionale e sul sindacato accentrato di costituzionalità», si veda G. Monaco, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 290; non vi è tra i commenti concordia di opinioni in proposito: per una prospettazione dell'attivazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale.

99. M. Lipari, *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 *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), paragrafo 17.

100. L'ordinamento tedesco ha un istituto dal 1986 che permette un reclamo diretto alla Corte costituzionale tedesca, mentre nel nostro ordinamento non è previsto un rimedio specifico.



gislativi, piuttosto che a quelli giudiziari. Tale problema si era posto già nel 1984 alla nostra Cassazione,<sup>101</sup> ed è stato risolto negativamente con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale.<sup>102</sup>

Da più parti, si riteneva che la Corte di giustizia si sarebbe pronunciata solo sul terzo quesito sottopostole perché involgente più strettamente profili di diritto europeo.<sup>103</sup>

### 6.1 La risposta della Corte di giustizia

Specularmente all'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione, il 18 marzo 2021 anche il Consiglio di Stato pone delle questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia sull'obbligo di rinvio ex art. 267.3 TFUE e sull'assenza del rimedio della revocazione per il caso del contrasto con pronunce della Corte di giustizia. Successivamente, con un'ulteriore ordinanza propone questione pregiudiziale in tema di procedimento per responsabilità civile e disciplinare del giudice, in particolare in relazione alla questione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.<sup>104</sup>

La Corte di giustizia risponde al primo e terzo dei quesiti sollevati dalle Sezioni Unite con la sentenza *Randstad* del 21 dicembre 2021, in cui ripercorre i rimedi che conosce il diritto europeo per la sua attuazione in un'ottica di cooperazione con i giudici nazionali. Si occupa del ruolo rivestito dalla disapplicazione, rimedio che agisce preventivamente rispetto alle violazioni e che impone, per il primato del diritto europeo, che ogni norma contrastante con il diritto comunitario per come interpretato dalla Corte di giustizia sia disapplicato nel caso sottoposto al giudice nazionale. Quanto ai rimedi giurisdizionali di diritto interno, la Corte in premessa ricostruisce il principio di autonomia procedurale che vige in materia e secondo il quale è lo Stato che stabilisce le modalità processuali e i rimedi a condizione che siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, per come ricostruiti dalla giurisprudenza comunitaria. I rimedi di diritto interno previsti dalla normativa italiana per le sentenze del giudice amministrativo vengono presi in esame quanto alla loro

101. Con la sentenza Cass., Sez. Un., 25 maggio 1984, n. 3223 in cui si afferma che «l'inosservanza dell'obbligo di rinvio dal Consiglio di Stato non sostanzia una questione di giurisdizione e non giustifica quindi la proposizione del ricorso per Cassazione previsto dall'art. 111, comma 3, Cost.», attuale comma ottavo.

102. Intervento e tesi sostenuta da E. Cannizzaro, webinar, *Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (a proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020)*, organizzato dall'Università Roma Tre – Giurisprudenza, con interventi di E. Cannizzaro, M. Luciani, A. Carratta, G. Ruffini, A. Travi, F. Francario, M.A. Sandulli, coordinati da G. Costantino, 6 novembre 2020.

103. M. Lipari, *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 *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it); M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 1, 2021, 213 ss.

104. Consiglio di Stato, ordinanza 6 aprile 2022, n. 2545.

rispondenza a questi due requisiti. Il principio di equivalenza risulta rispettato in quanto il ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione, per come ricostruito dalla Consulta, è inapplicabile sia in relazione ai ricorsi basati su disposizioni di diritto nazionale che su disposizioni di diritto dell'Unione, senza differenza. Il principio di effettività è ugualmente rispettato, a detta della Corte, in quanto nessun elemento induce a ritenere che il diritto processuale abbia l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio nel settore amministrativo dei diritti riconosciuti dall'Unione.<sup>105</sup>

La Corte di Lussemburgo richiama, poi, gli artt. 19 TUE e 47 della Carta di Nizza. L'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE non può essere interpretato nel senso di obbligare gli Stati membri ad istituire nuovi rimedi giurisdizionali, essendo sufficiente che i rimedi previsti siano efficaci per la tutela delle situazioni giuridiche.<sup>106</sup> L'assenza del rimedio in Cassazione per la materia amministrativa non può essere considerata limitazione del diritto di ricorrere a un giudice terzo e imparziale ai sensi dell'art. 47 della Carta di Nizza.<sup>107</sup> Quanto alla terza questione la Corte di giustizia ritiene che l'orientamento di merito del Consiglio di Stato sia contrario ai principi espressi dalla giurisprudenza e dalla normativa comunitaria, dal momento che non riconosce la legittimazione ad agire degli offerenti esclusi in via non definitiva.

Successivamente, la Corte di Lussemburgo individua i rimedi esperibili nel caso di contrasto tra l'orientamento del supremo giudice amministrativo e il diritto comunitario. Il primo rimedio che è utilizzabile consiste nella disapplicazione da parte del giudice del merito, poi vi è, in caso di inosservanza di tale obbligo, la possibilità di aprire la procedura di infrazione per inadempimento contro tale Stato membro. Inoltre, i singoli che siano eventualmente stati lesi dalla violazione del diritto a un ricorso effettivo possono far valere la responsabilità dello Stato purché la violazione sia sufficientemente qualificata e vi sia nesso causale.<sup>108</sup>

La Corte giudica la seconda questione in tema di obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE irrilevante ai fini della controversia in quanto non richiesta dalla parte nel caso in esame e, dunque, qualifica la questione come irricevibile.<sup>109</sup>

Sul ruolo e i connotati del rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia si pronuncia invece con la sentenza del 7 luglio 2022<sup>110</sup> in risposta all'ordinanza di remissione del Consiglio di Stato del 18 marzo 2021.<sup>111</sup> In tal sede sottolinea che, seppur lo strumento del rinvio pregiudiziale riveste un ruolo importante nel dare piena efficacia all'interpretazione del diritto dell'Unione, tuttavia, spetta unicamente al giudice na-

105. Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia spa, paragrafo 63.

106. Corte di giustizia, cit., paragrafo 66.

107. Corte di giustizia, cit., paragrafo 69.

108. Corte di giustizia, cit., paragrafo 79 e 80.

109. Corte di giustizia, cit., paragrafi 82-85.

110. Corte di Giustizia, IX Sez., 7 luglio 2022, C-261/21, F. Hoffmann-La Roche E A.

111. Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327.

zionale accertare e valutare i fatti. Per tale ragione l'art. 267 TFUE in materia di rinvio pregiudiziale non può essere interpretato nel senso che debba essere adoperato per valutare se l'organo giurisdizionale ha correttamente applicato al procedimento principale l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia.

I singoli che abbiano eventualmente subito un danno possono far valere la responsabilità di tale Stato purché la violazione sia sufficientemente qualificata e sussista il nesso causale.

Quanto alla revocazione, la Corte anche in tal caso non ritiene che la mancata previsione di un caso specifico di revocazione per violazione dell'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale contrasti con il diritto dell'Unione, in particolare con i principi di equivalenza ed effettività, potendo operare il principio di autonomia procedurale.<sup>112</sup>

Alla luce delle risposte pervenute, occorre interrogarsi sullo stato del dibattito sull'art. 111, comma 8, Cost. e sulla condizione del dialogo tra Corti.

La Corte, nelle pronunce esaminate, ha quindi ripercorso i principi che vigono in materia processuale, concordemente alla funzione svolta dal diritto europeo in un'ottica di armonizzazione e uniformazione delle legislazioni dei vari Stati verso un innalzamento dei gradi di tutele. Il diritto europeo non impone di prevedere uno specifico rimedio, che viene lasciato alla scelta discrezionale dell'ordinamento interno, ma richiede che i rimedi apprestati per la tutela delle situazioni giuridiche protette dal diritto europeo siano rispondenti al principio di equivalenza ed effettività. Per tale ragione, non ha preso posizione in tema di rimedio del ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione o all'ambito di applicazione dei motivi inerenti alla giurisdizione, questione che involge strettamente profili interpretativi di diritto interno. La Corte ha confermato la rispondenza ai requisiti del diritto europeo del sistema dei ricorsi amministrativi. Lo stesso discorso viene svolto in tema di revocazione.

Inoltre, l'attenzione è stata posta sullo stato dei rimedi previsti per la conformità del diritto europeo. Si tratta di un tema molto dibattuto, che si evidenzia, soprattutto in rapporto con le sentenze delle Corti sovranazionali per i connotati di tale diritto, caratterizzato dal crescente ruolo assunto dal valore delle prassi e per il principio di autonomia procedurale.

Quanto ai rimedi possiamo distinguere dei rimedi preventivi o successivi, a seconda che agiscano prima o dopo il formarsi del giudicato.

A differenza delle norme della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, nell'ambito del diritto comunitario vigono i principi della diretta applicabilità<sup>113</sup> e del-

112. Corte di Giustizia, IX Sez., 7 luglio 2022, C-261/21, F. Hoffmann-La Roche E A, paragrafi 38-50.

113. Sin dal 1963, sentenza Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte.

la preminenza del diritto europeo,<sup>114</sup> sui quali si fondano gli strumenti preventivi,<sup>115</sup> che sono individuabili nel rinvio pregiudiziale, previsto all'art. 267 TFUE, l'interpretazione conforme e la disapplicazione della norma interna incompatibile.

All'interno dei rimedi successivi esperibili, vi è il rimedio risarcitorio. La revocazione per la contrarietà al diritto europeo non è stata prevista, a differenza di quanto è recentemente avvenuto, ancora allo stato di legge delega, per il caso della revocazione c.d. convenzionale, in caso di contrarietà con sentenze della Corte Edu successive qualora risulti impossibile «rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente». Il tema dei rimedi successivi è particolarmente delicato perché, nel caso in cui la violazione riguardasse una sentenza passata in giudicato, involge, come rilevato più volte anche dalla Corte costituzionale,<sup>116</sup> da un lato, il valore e la stabilità del giudicato con le conseguenze in termini di certezza del diritto e di legittimo affidamento dei terzi e, dall'altro, il rispetto del diritto così come interpretato dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali. L'esigenza si è posta in maniera particolarmente insistente in tema di giudicato amministrativo,<sup>117</sup> per l'ampio contenzioso oggetto di vari interventi da parte del diritto europeo.

Non esiste una previsione di diritto europeo che imponga un rimedio esecutivo e quindi una *restitutio ad integrum*, perciò, la scelta deve competere alla discrezionalità politica del legislatore.<sup>118</sup> In ambito processuale, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, vige un principio di autonomia procedurale nella scelta dei mezzi per conformarsi al diritto comunitario, privilegiando una prospettiva integrativa che riconosca le particolarità degli ordinamenti sovranazionali.

Il diritto europeo prevede in caso di inadempimento dello Stato l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione ai sensi degli artt. 258 ss. TFUE e, in caso di privato che si assuma leso dalla violazione posta in essere da uno degli organi dello Stato, la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Franovich* ha previsto una responsabilità civile per i casi di violazione qualificata al sussistere del nesso di causalità.

Nel diritto nazionale è previsto un rimedio risarcitorio a fronte della dichiarazione di responsabilità comunitaria che può essere fatta valere davanti al Tribunale civile di Roma. È prevista una responsabilità civile per risarcimento dei danni cau-

114. Secondo la giurisprudenza risalente della Corte di giustizia, con la sentenza Corte di giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, *Flaminio Costa c. Enel*.

115. Per approfondimenti F. Fiore, *L'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di Cassazione*, ordinanza Cass., Sez. Un., 28 settembre 2020, n. 20445, in *Giur. It.*, 4, 2021, 858; V. Petralia, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle Corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, cit., 939.

116. In Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 123.

117. M. Lipari, *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 *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), paragrafo 33.

118. M. Lipari, op. cit., paragrafo 33.

sati nell’esercizio della funzione giudiziaria da parte dei magistrati, accanto alla responsabilità disciplinare del magistrato stesso che trovano la propria disciplina agli artt. 2 e 9 della legge 13 aprile 1988, n. 117, riformata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18, anche chiamata legge Vassalli.<sup>119</sup>

La situazione che si è palesata è rappresentativa della struttura in cui attualmente i diversi operatori del diritto si trovano a convivere e che ha subito delle profonde modificazioni a fronte del contesto sovranazionale. L’Unione europea si è indirizzata verso un sistema di integrazione delle legislazioni degli Stati in una organizzazione multilivello caratterizzata dall’ottica dialogica tra Corti. Lo strumento del dialogo, se armonico, è il mezzo da prediligere, come si insegna dalla maieutica socratica, per giungere a delle soluzioni condivise. Possiede innumerevoli vantaggi, ma si possono verificare delle crisi di sistema che è bene scongiurare. Il tema del dialogo tra Corti ha conosciuto un graduale e costante sviluppo nel corso degli ultimi anni sia in termini di accrescimento dei livelli di tutela giurisdizionale che in relazione al ruolo dei principi costituzionali. Se i giudici nazionali hanno rafforzato il dialogo diretto con la Corte di giustizia per il tramite del rinvio pregiudiziale, la Consulta ha anche protetto le proprie attribuzioni con la dottrina dei controlimiti e il rafforzamento del proprio sindacato accentrato di costituzionalità ai sensi dell’art. 134 Cost. con l’orientamento in tema di doppia pregiudizialità.<sup>120</sup>

119. E. Picozza, *Giurisdizione: La Corte di Cassazione a Sezioni Unite garante dell’ordinamento giuridico multilivello?*, in *Giur.It.*, 4, 2021, 810; La legge prescrive un percorso lungo, con ricorso a un organo ordinario, anche nel caso in cui la violazione fosse di un giudice speciale. Il rimedio, inoltre, sarebbe stato introdotto nel 1998, in un momento in cui ancora non era stata riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi e sarebbe consentito solo in casi eccezionali, oltre a essere volto a sanzionare i singoli magistrati. È previsto un termine decadenziale, che, con le modifiche successive, è stato dilatato a «tre anni dal verificarsi dell’illecito», i rilievi sono svolti da M. Lipari, *op. cit.*, 21, 22.

120. Con la pronuncia n. 269 del 2017 la Consulta, sebbene non abbia sconfessato il ruolo della pregiudiziale europea, ha previsto una inversione dell’ordine della pregiudiziale, nel caso in cui si sia al cospetto di una situazione di doppia pregiudizialità, ovvero il caso di una norma interna contrastante sia con i principi costituzionali, sia con la Carta dei diritti dell’Unione europea, CDFUE, che dal Trattato di Lisbona ha la «medesima efficacia vincolante dei Trattati UE». La pronuncia aveva sollevato numerosi contrasti, con diverse letture dell’orientamento da parte della Corte di Cassazione. La Corte costituzionale aveva precisato, tuttavia, con l’ordinanza n. 117 del 2019, che non vi era un obbligo di far precedere la questione di legittimità costituzionale e che i giudici erano liberi di far valere qualsiasi questione pregiudiziale che ritenessero necessaria. La costruzione in tema di doppia pregiudizialità sembrerebbe essere stata riaffermata anche nelle sentenze della Corte costituzionale n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019. Con le pronunce n. 20 del 2019, e nn. 11 e 44 del 2020 ha esteso l’applicabilità della priorità dell’incidente costituzionale rispetto alla pregiudiziale comunitaria anche ai casi in cui non si faceva questione di una norma della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ma a qualsiasi norma dei Trattati e di diritto derivato.

D'altra parte, in un'ottica interna, i dialoghi e i rapporti tra le Supreme Magistrate si sono fatti più intricati soprattutto in materia di interpretazione da dare al sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost.

I due piani, tuttavia, non possono essere letti distintamente in quanto la prospettiva del dialogo interno si arricchisce di quella proveniente dal dibattito esterno alle mura nazionali e viceversa.

#### 7. CONCLUSIONI: LA QUESTIONE DELLA NOMOFILACHIA IN UN ORDINAMENTO MULTILIVELLO E IL RUOLO DEL GIUDICE NEL MUTATO CONTESTO ORDINAMENTALE

Una volta esaminati i complessi profili problematici, risulta difficile trarre dei giudizi *tranchant*. Il tema del sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione e la sua interpretazione si intreccia, inevitabilmente, con la questione dei rimedi previsti dal diritto interno per le violazioni del diritto sovranazionale che sconta ancora dei sentieri non battuti. Da più parti, infatti, si sottolineano non solo i limiti strutturali del rimedio risarcitorio, ma anche quelli del rimedio della revocazione, se dovesse essere estesa oltre alla revocazione convenzionale anche al caso della violazione comunitaria.<sup>121</sup> Le difficoltà si rinvengono soprattutto nel tentativo di conciliare i principi di autonomia procedurale e dell'effettività della tutela con l'intangibilità della cosa giudicata che è a presidio della certezza del diritto.

In un ordinamento multilivello e stratificato quanto a fonti del diritto, in cui le prassi delle Corti assumono sempre maggior importanza, si pone un problema di nomofilachia, ampliandosi i soggetti al vertice delle giurisdizioni.

Lo stesso problema si pone anche in un'ottica interna nel nostro sistema caratterizzato da un pluralismo giurisdizionale quando si guarda alla tematica del rapporto tra diritto amministrativo e diritto civile e alle incertezze che si ritrovano nelle materie comuni, che non trovano una sede in cui possa operarsi una *reductio ad unum*. Seppur le questioni di giurisdizione in un sistema pluralista si pongano quali congenite, dai più si rileva che si sia raggiunto un livello patologico, acuito dalle limitazioni alla rilevazione della questione di giurisdizione che hanno prodotto risultati opposti rispetto alle speranze di efficienza e di realizzazione della ragionevole durata dei processi, ampliando un contenzioso che è ritenuto difficilmente giustificabile anche in un'ottica economica.

La mancanza di unitarietà in termini di nomofilachia è un dato ammesso concordemente da entrambe le giurisdizioni, amministrativa e ordinaria.<sup>122</sup> Se le esigenze

121. In particolare, il contrasto con le sentenze della Corte di giustizia precedenti alla sentenza impugnata. Si veda a riguardo R. Pappalardo, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione, nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

122. Con il Memorandum del 2017, rispetto al quale si è sottolineata l'esigenza di coordinare gli sviluppi nomofilattici interni a ciascuna giurisdizione nelle medesime materie per ripristinare la certezza del diritto, in assenza della quale non esiste tutela delle situazioni soggettive.

nomofilattiche sono tese a ridare unità agli orientamenti giurisprudenziali difformi, allo stato, si rilevano disparità di trattamento in materie eguali, che mal si conciliano sia in termini di garanzia dei cittadini, che di efficienza in termini economici, dato che è stato ampiamente dimostrato, in prospettiva di sviluppo economico del Paese, che «investimenti», «certezza del diritto» e rispetto dei principi del giusto processo vadano a braccetto.

Sia che il riallineamento, al fine di riportare l'equilibrio e l'unitarietà al sistema, sia da effettuarsi con una riforma dell'ordinamento giudiziario separatista in termini di specializzazione<sup>123</sup> o con rimedi volti a un avvicinamento anche organizzativo tra i due plessi per realizzare una cultura giuridica unitaria negli stessi termini delle evoluzioni operate con le riforme legislative, o, ancora, attraverso soluzioni che operino l'introduzione di nuove strutture istituzionali tese a realizzare un «momento unificante» in cui confluiscono le vedute delle due giurisdizioni, si può rilevare che è sentita l'urgenza di soluzioni condivise tra le giurisdizioni. Ciò al fine di realizzare quell'equo temperamento tra le esigenze di garanzia del cittadino e di unitarietà dell'interpretazione giurisprudenziale nazionale, sottese alle esigenze nomofilattiche e all'efficienza in termini economici del sistema.

La prospettiva solo nazionale rischia di risultare miope, visto che nell'equazione si è inserita l'Unione europea. Perciò, anche rispetto a tale soggetto sovranazionale occorre conservare e continuare a sviluppare il dialogo in armonia.

Le ordinanze richiamate nello scritto hanno il sicuro pregio di mantenere vivo il dialogo tra gli operatori nel tentativo di risolvere queste matasse, che il giudice europeo rispedisce al dibattito nazionale, coerentemente a un'ottica di rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri e alla logica integrativa che permea l'Unione.

In un contesto in cui il rigorismo delle fonti appare ormai un po' sfumato e in cui il potere giurisdizionale come mera prerogativa dello Stato sembra un concetto lontano, figlio di un'altra epoca, sicuramente l'opera del giudice nazionale è decisiva nella prospettiva dialogica integrativa del diritto europeo nello sviluppo costante di fertili terreni per soluzioni condivise. Il giudice muta, assumendo un ruolo di riforma, assumendo vesti più professionalizzanti come osservava Picardi.<sup>124</sup>

123. La maggior parte della dottrina ritiene che questa via sia da escludere.

124. Al giudice viene assegnata, «nell'interesse della comunità dei cittadini», «la funzione di barriera e di limite istituzionale del potere». Il favore nei confronti di una formazione professionale dei giudici è ora ribadito all'articolo 81, paragrafo 2, TFUE. Questa professionalità non deve porlo in una posizione elitaria e tecnocratica ma sempre in una ottica di comunicazione ed armonia con la Comunità, «valorizzando l'accezione classica e spontanea dell'intera collettività» in N. Picardi, *Manuale del processo civile*<sup>4</sup>, cit., 32-34.; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, 1-264.



## BIBLIOGRAFIA

- Ansaldi G.A., *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in *Amministrazione e giustizia, Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, a cura di F. Tiganò, S. Licciardello, A. Barone, Aracne, Roma, 2015, in [www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it), 9-21.
- Auriemma S., *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali*, *Relazione al seminario di studi sul tema «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione»*, Corte di Cassazione. Atti, convegni e seminari, Roma, 2017, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 1-26.
- Barile P., voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959, 220-232.
- 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](http://Federalismi.it), 2020, 2-10.
- Caravita B., *Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni (con nota di presentazione di Beniamino Caravita)*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 11, 2017, 1-9.
- Cassese S., *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2017, 586.
- Clarich M., *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 1, 2021, 213 ss.
- Consolo C., *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in *Corr.giur.*, 2000, 1268.
- Conti R., Biavati P., *La Corte di giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Gius., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? – 3) Paolo Biavati*, in *Giustizia Insieme*, 2022, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Conti R., Cannizzaro E., *La Corte di giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Gius., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? – 4) Enzo Cannizzaro*, in *Giustizia Insieme*, 2022, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Conti R., Francario F., *La Corte di giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Gius., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? – 1) Fabio Francario*, in *Giustizia Insieme*, 2022, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Conti R., Montedoro G., *La Corte di giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Gius., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? – 2) Giancarlo Montedoro*, in *Giustizia Insieme*, 2022, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Conti R., *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia Insieme*, 2021, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).



- Conti R., Rordorf R., *La Corte di giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Gius., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? – 5) Roberto Rordorf*, in *Giustizia Insieme*, 2022, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Corpaci A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Il Mulino Rivisteweb*, 1, 2013, 341-358.
- 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](http://www.sipotra.it), 2017, 1-94.
- Fanelli G., *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2018, 1569-1588.
- Fiore F., *L'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di Cassazione, ordinanza Cass., Sez. Un., 28 settembre 2020, n. 20445*, in *Giur. It.*, 4, 2021, 853-862.
- Follieri E., *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2011, 911-926.
- Francario F., *Diniego di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, 1-17.
- Francario F., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017, 1-24.
- Francario F., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Francario F., *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2016, 1-15.
- Francario F., *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2016.
- Gasparini M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Cedam, Padova, 2002, 41-53, 81-110, 144-157.
- Greco G., *Il Consiglio di Stato ritorna (polemicamente) sull'obbligo del rinvio pregiudiziale*, in rivista *Eurojus*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it).
- Greco G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, nota a Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2009, 480-495.
- Lamorgese A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*. Corte di Cassazione. Atti, convegni e seminari, Roma, 2017, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), pubblicato in *Federalismi.it*, 1, 2018, 2-17.
- Lipari M., *L'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restitutio in integrum, ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, in *Il Processo*, 2, 2019, 265-339.

- Lipari M., *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 *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Mangia A., *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione, nota a Corte costituzionale*, 12 marzo 2007, n. 77 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2007, in [www.corte-costituzionale.it](http://www.corte-costituzionale.it), 1-9.
- Marino G., *Sentenze sopravvenute della Corte EDU: la mancata revocazione è incostituzionale?*, nota a Corte costituzionale, 27 aprile 2018, n. 93, in *Diritto & Giustizia*, 77, 2018, 24-26.
- Mazzamuto M., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2010, 143-179.
- Monaco G., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 271-290.
- Nascimbene B., Piva P., *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Pajno A., *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2011, 348.
- Panzarola A., *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, Giuffrè, Milano, 2018, 607.
- Panzarola A., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di R. Martino, Giuffrè, Milano, 2008, 184-227.
- Panzarola A., *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, cit., 118 ss.
- Pappalardo R., *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione*, nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327, in *Giustizia Insieme*, 2021, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- Patrino P., *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, nota a Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2009, 1320-1345.
- Petralia V., *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle Corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2017, 939-978.
- Petralia V., *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 1085-1098.
- Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, 1-264.
- Picozza E., *Giurisdizione: La Corte di Cassazione a Sezioni Unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello?*, in *Giur. It.*, 4, 2021, 810-824.
- Proto Pisani A., *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, 132, 10, 2009, 369-380.

- Proto Pisani A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Il Foro Italiano*, 124, 2, 2001, 21-30.
- Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 693-706.
- Romani E., *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione "convenzionale" prefigurato dalla l. 26 novembre 2021, n. 206*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 16, 220-250.
- Russo R., *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium*, 2017, 1-19.
- Sandulli A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2018, 1169-1200.
- Sandulli A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2018, 1169-1200.
- Sandulli M.A., *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 3, 2020, 886-918.
- Satta F., *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle Sezioni Unite?*, nota a Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Il Foro Amministrativo*, 10, 2008, 2653-2655.
- Scaccia G., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 317-328.
- Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino, 2014, 98.
- Scoca F.G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 2, 2012, 371-424.
- 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?*, nota a Cassazione Civile, Sez. Un., 29 dicembre 2017, 31226, in *Il Foro Italiano*, I, 1721, 2018, 1-19.
- Spadaro N., *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione spreca dall'Adunanza Plenaria*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2016, 1169-1192.
- Tiscini R., *Le categorie del processo civile*, Torino, Zanichelli, 2017, 182-188.
- Travi A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, nota a Corte costituzionale, 26 maggio 2017, n. 123, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 3, 1260-1274.
- Travi A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1102-1132.
- Travi A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione «funzionale» delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1102-1132.
- Villata R., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 632-645.