

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il presente lavoro si propone di esaminare il ricorso in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione avverso le decisioni del Consiglio di Stato. Si tratta di uno dei temi più controversi del diritto processuale amministrativo e oggetto da sempre di “lunghe discussioni dottrinali”¹. L’analisi riguarda le modalità con le quali la Cassazione svolge il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato e si tenta di individuare l’ambito del potere di “cassazione” delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti previsto dall’art. 111, co. 8, Cost. In questo modo, partendo dalle considerazioni sulle diverse interpretazioni attribuite al concetto di “soli motivi inerenti alla giurisdizione”, tra interpretazione statica ed interpretazione dinamica, l’intento è quello di circoscrivere il perimetro dei poteri attribuiti alla Cassazione sulla sindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato. Al contempo, si è concesso spazio al rapporto con l’ordinamento europeo alla luce della recente rimessione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione con ordinanza n. 19598, 18 settembre 2020 inerente all’esegesi resa in ultimo dalla Consulta dell’art. 111, co.8, della Costituzione. L’ordinanza in questione rappresenta l’occasione per riflettere sui rapporti tra giudice comune, giudice costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea. La pronuncia ha immediatamente scatenato un acceso dibattito soprattutto in riferimento alla parte in cui l’ordinanza chiede alla Corte di Lussemburgo di chiarire se sia compatibile con il diritto dell’Unione, come interpretato dalla stessa Corte di Giustizia, una normativa processuale nazionale, nel caso di specie, ritenuta applicabile dal Consiglio di Stato. L’intervento del 2018 della Corte costituzionale ha spinto la Corte di cassazione ad investire la Corte di Giustizia della

¹ Torrente, 1954.

ridefinizione del proprio ruolo di giudice ultimo di garanzia del rispetto del diritto dell'Unione da parte degli organi detentori del potere giurisdizionale nel nostro ordinamento. L'ordinanza non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale, e descrive come "prassi giurisprudenziale" l'orientamento delle Sezioni Unite, che, attraverso l'intervento della Corte di giustizia, si vorrebbe superare. Ne deriva un fondato timore che le Sezioni Unite stiano cercando un più generale "lasciapassare" per un sindacato ex art. 111, comma 8, Cost. su ogni ipotesi in cui il giudice amministrativo intenda applicare una regola diversa da quella risultante dal diritto UE, a prescindere dal fatto che il contrasto attenga a una questione sostanziale o processuale. Sebbene, infatti, la Cassazione mostri generalmente la volontà di non interferire con le scelte ermeneutiche del Consiglio di Stato in qualche circostanza, ha assunto delle decisioni che hanno incrinato il rapporto con il giudice amministrativo. A fronte, quindi, di una situazione ancora fluida, la scelta operata dalle Sezioni unite con l'ordinanza n. 19598/2020 e in particolare con il primo quesito rischia di compromettere il delicato equilibrio raggiunto dalle due Corti a costo di "ultimatum" e ripensamenti. Viene, infatti, messa in discussione l'interpretazione di un articolo della Costituzione prospettata dalla Corte costituzionale, cioè dall'organo cui, a detta della stessa Cassazione, dovrebbe spettare l'ultima parola nell'interpretazione di disposizioni costituzionali.

CAPITOLO PRIMO

IL RICORSO PER (SOLI?) MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE

1. Le norme sul sindacato della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione: evoluzione storica.

Il tema del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è “tra i più tormentati e controversi del diritto processuale amministrativo”². Per tale motivo, prima di entrare nel merito della discussione, è necessario ripercorrere le tappe evolutive che hanno condotto al sistema attuale. Un percorso non agevole poiché frutto del sovrapporsi di plurime fonti normative, di rango ed epoche diverse.

Per poter comprendere la problematicità che l’argomento presenta è utile inquadrare il contesto storico in cui tale sistema si è evoluto: “l’ordinamento unitario seguì svolgimenti

² 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.giustizia-amministrativa.it, 2017. (R., 2017)

determinati dai caratteri e dai problemi propri dell'ordinamento del Regno di Sardegna"³.

In relazione al tema dell'organo deputato a risolvere i "conflitti di giurisdizione":

-la l. sarda 20.11.1859 n. 3780 che dettò una prima definizione dei conflitti positivi: << Vi è conflitto quando l'autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'autorità amministrativa, o quando un tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai tribunali del contenzioso>>.

In base a questa legge la decisione dei conflitti era assunta con decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno. La necessità del decreto reale trovava ragione nello Statuto (artt. 5 e 68) che riconduceva al Re sia la funzione giudiziaria sia quella amministrativa; era però evidente che la decisione effettiva spettava al Ministro dell'interno quindi il sistema sanciva una prevalenza dell'autorità amministrativa su quella giurisdizionale⁴. Ne conseguiva un meccanismo finalizzato essenzialmente alla difesa dell'amministrazione da ingerenze del potere giudiziario, secondo il modello francese.

-in prosieguo la l. 20.03.1865 n. 2248 all. E, designata come "legge di abolizione del contezioso amministrativo", poichè disponeva la soppressione dei tribunali ordinari del contenzioso amministrativo istituendo la giurisdizione unica. La soluzione dei conflitti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione veniva affidata al Consiglio di Stato, invece che al re, come giudice speciale (art. 10, l. n. 2248/1865 all. D). In questo modo sembrava garantito un equilibrio tra l'esigenza di evitare una prevalenza dell'ordine giudiziario rispetto all'amministrazione e

³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, G. Giappichelli, 2019. (A., 2019)

⁴ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, 1a ediz., Milano s.d. [ma 1898-1899], 126 ss. (L.)

l'esigenza di assicurare una decisione giurisdizionale e non "politica" del conflitto⁵.

Tuttavia, la riforma non ebbe gli effetti sperati: l'insuccesso era da addebitare allo stesso Consiglio di Stato che, quale organo posto al vertice del sistema dei conflitti⁶, conosceva delle controversie insorte fra cittadino e amministrazione e decideva se vi fosse o meno lo spazio per una tutela giurisdizionale. Mancava, dunque, della necessaria imparzialità.

Di conseguenza sembrò opportuno che i conflitti venissero decisi da un organo indipendente ed è in tale contesto che la l. n. 3761/1877 pose al vertice del sistema dei conflitti la Corte di Cassazione con sede in Roma, in regime di giurisdizione unica, attribuendo esclusivamente a tale organo la decisione sui conflitti sia positivi che negativi, insorti tra Amministrazione e autorità giudiziaria (c.d. conflitti di attribuzione), ovvero fra giudici ordinari e giudici speciali (c.d. conflitti di giurisdizione). Solo così sembrava essere garantita una maggiore autonomia dell'organo dall'Esecutivo nella soluzione di tali conflitti;

-successivamente fu istituita la IV sez. del Cons. di Stato con l. n. 5992/1889, la V sez. nel 1907 e la VI sez. nel 1923.

A seguito della l. n. 62/1907 fu riconosciuta la natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato; in particolare l'art. 6 della legge sopra citata stabilì l'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale soltanto per "assoluto difetto di giurisdizione".

La medesima formula fu adottata dall'art. 48 del t.u. n. 1054/1924.

⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, G. Giappichelli, 2019, 20 ss.

⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (quarta ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro), 157 ss. (M., 1994)

L'art. 48 formalmente richiama la l. n. 3761/1877, il cui art. 3, n. 3, afferma che spetta alla Corte di Cassazione <<giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere>>. Si parla di “incompetenza” od “eccesso di potere”; il significato di questi termini è stato precisato solo dalla giurisprudenza della IV sezione, intendendo per “incompetenza” l'invasione da parte dei giudici speciali della sfera di competenza del giudice ordinario o di altri giudici speciali, e per “eccesso di potere” l'esercizio (da parte dei giudici speciali e poi anche del giudice ordinario ex art. 542 cod. proc. pen. del 1930) di potestà riservate ad organi amministrativi o legislativi o non consentite ai pubblici poteri.⁷ Dunque, al sindacato della Cassazione venivano sottoposte le sentenze amministrative viziate da incompetenza perché invadevano la sfera giurisdizionale di altri organi giurisdizionali e quelle viziate da eccesso di potere perché esercitavano una potestà riservata ad organi legislativi o amministrativi⁸, intesa quest'ultima nozione come “difetto assoluto di giurisdizione”⁹. La Cassazione ha puntualizzato : <<Il difetto di giurisdizione che importa, ai sensi dell'art. 48 R.D.26 giugno 1924 n. 1054, l'annullamento di una decisione del Consiglio di Stato, si verifica non soltanto quando la materia che forma obbietto di tale decisione non rientri nella sua giurisdizione, ma anche quando, pur potendo da parte del detto Consiglio venire esercitato sulla

⁷ A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017. (A., 2017)

⁸ Tra le tante, Cass., SS. UU., 24 febbraio 1938, n. 598.

⁹ In tal senso Si Veda Cass., SS. UU., 25 aprile 1925 n. e SS. UU. 6 aprile 1927.

materia in esame un sindacato di legittimità, esso abbia invece esercitato un sindacato di merito, invadendo così il campo proprio dell'attività amministrativa. Ne discende che, nella specie, la decisione impugnata, avendo in realtà proceduto ad una valutazione di elementi, la quale era riservata al potere discrezionale del Ministero, ha compiuto uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione di legittimità deferita a quell'organo e non può quindi sfuggire all'annullamento¹⁰.

La l. n. 3761/1877 va ritenuta tacitamente abrogata in quanto il suo contenuto è stato recepito dal c.p.c del 1942.

Ancora oggi, l'art. 362, co. 1, c.p.c. stabilisce che possono essere impugnate con ricorso per cassazione le decisioni in grado d'appello o in un unico grado di un giudice speciale, "per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso". Non vi è dubbio che il significato normativo di questa formula coincida con quello elaborato dalla precedente giurisprudenza;

-l'entrata in vigore della Costituzione, comportò in un primo tempo pochi mutamenti.

L'incidenza delle disposizioni costituzionali rispetto al sistema di giustizia amministrativa fu colta solo in un momento successivo.

Prevalse una lettura prudente che considerava alcune disposizioni, quali l'art. 103 e l'art. 111, ult. comma, Cost., poste a conferma dell'assetto precedente.

In particolare, dispone l'art. 111, ult. comma Cost. che contro le decisioni del Consiglio di Stato "il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

- norme successive alla Cost. quale l'art. 36 l. Tar ribadisce che contro le decisioni pronunziate dal Consiglio di Stato in secondo grado è ammesso "il ricorso in cassazione per i motivi inerenti alla giurisdizione"; parimenti l'art. 10, c. 2, d.lgs. 24.12.2003 n.

¹⁰ Cfr., Cass., SS. UU., 21 gennaio 1928.

373, dispone che avverso le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa "è ammesso ricorso alle sez. un. della Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione"¹¹.

Il c.p.a del 2010 riafferma tale regola nell'art. 91 e nell'art. 110, che riproducono testualmente l'art.111, ult. c., Cost., menzionando "il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

In seguito, la stessa formula è stata mutuata dall'art. 177, c.1, d.lgs. n. 174/1924, recante il codice della giustizia contabile, per delimitare il sindacato della Cassazione sulle decisioni della Corte dei conti.¹²

Da tale complesso quadro normativo, frutto di una stratificazione normativa, ne discendono tre diverse espressioni per definire il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato.

L'art. 48 r.d. n. 1054/1924 usa la formula più restrittiva del sindacato della Cassazione prevedendo la sindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato "soltanto per difetto assoluto di giurisdizione".

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

Altre fonti anteriori e successive alla Cost., quali la legge Tar e le norme di attuazione dello statuto della Regione Siciliana usano una formula ancora più blanda facendo riferimento a "i motivi inerenti o attinenti alla giurisdizione".

¹¹ Si veda *Cass., sez. un., 22.11.1993 n. 11491*.

¹² 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.giustizia-amministrativa.it, 2017, 8.

Ne segue che la Costituzione, sul piano letterale, non ha optato per nessuna delle due formule precedenti ricorrendo ad una terza locuzione: “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”. Da ciò ne è derivata una ambiguità terminologica proseguita, come si è avuto modo di analizzare, anche dopo la Costituzione. Ma l’art. 36 l. Tar è oggi ormai abrogato. Dunque, il tema conserva attualità per l’art. 10 d.lgs. n. 373/2003 che va letto alla luce del c.p.a. che è la prima e unica legge di rango ordinario che, per il processo amministrativo, ricopia fedelmente l’art.111 Cost.

Risulta agevole affermare che, in base al canone dell’esegesi costituzionalmente orientata, le norme precedentemente elencate non possono aver inteso dire una cosa diversa da quella di cui all’art.111, comma 8, Cost., doppiata dagli art. 91 e 110 c.p.a.

2. Esegesi art. 111, co.8, Cost.

Chiarito che l’unica fonte normativa dalla cui esegesi muovere è l’art. 111, ult. co. Cost., bisogna capire quale significato attribuire all’espressione “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”. Comprendere il significato di tale locuzione è fondamentale al fine di circoscrivere i limiti della giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa; il legislatore ribadisce, tanto nel codice processuale civile quanto nel codice amministrativo, la ricorribilità in Cassazione, di

decisioni di giudici speciali, solo ove relativa a problematiche in ordine alla giurisdizione. In particolare, l'aggettivo "soli" riferito ai motivi inerenti alla giurisdizione acquista valenza esegetica nel rapporto tra l'art.111, co. 8 e l'art.111, co.7. Quest'ultimo prevede il sindacato della Cassazione sulle sentenze per "violazione di legge": legge sia sostanziale che processuale; tuttavia, bisogna considerare che le questioni di giurisdizione sono anch'esse una violazione di legge, astrattamente rientrando nell'art. 111, co. 7, se non ci fosse il co. 8.

Si deduce che l'art. 111 co. 8, deroga all'art. 111 co. 7 e circoscrive il sindacato della cassazione sulle sentenze dei giudici speciali alla sola violazione di legge corrispondente ai motivi inerenti alla giurisdizione¹³, escludendo anche le violazioni dei principi processuali enunciati dal medesimo art. 111; questo emerge anche dall'art. 360 c.p.c., che contrappone i motivi attinenti alla giurisdizione (art. 360 n. 1 c.p.c.) alla violazione o falsa applicazione di norme sostanziali (art. 360, co. 3) e alla violazione delle norme processuali (art. 360, n. 5). Ne deriva una chiara contrapposizione tra sindacato in Cassazione per violazione di legge, anche processuale, e sindacato per motivi di giurisdizione. Anche la Corte costituzionale ha affermato, in una recente sentenza, che "l'estensione della giurisdizione esclusiva non crea problemi di compatibilità con l'art. 111, co 7, perché, in coerenza con la storia e con il quadro generale in cui si inserisce il nostro dualismo giurisdizionale, con l'art. 111, co. 8, il Costituente ha inteso chiaramente sottrarre al vaglio di legittimità della Corte di Cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei

¹³ 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.giustizia-amministrativa.it, 2017, 14 ss.

confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁴.

Dunque la Costituzione, quando usa la locuzione “giurisdizione” e la locuzione “soli motivi” di giurisdizione, intende scegliere tra due possibili modelli: quello del sindacato solo sulla spettanza della giurisdizione (i c.d. limiti esterni), e quello del sindacato, oltre che sulla spettanza della giurisdizione, sulle modalità di esercizio concreto attraverso l’applicazione delle regole processuali, con estensione del controllo al cattivo esercizio della giurisdizione (la violazione dei c.d. limiti interni).¹⁵

Il concetto di motivi inerenti alla giurisdizione si collega ai confini della giurisdizione, che sono di un duplice tipo: confini che distinguono le funzioni dello Stato e confini che, all'interno della funzione giurisdizionale, distinguono tra giudice ordinario, giudice amministrativo ed altri giudici speciali. La violazione dei confini della giurisdizione costituisce una forma speciale di violazione di legge, perché riguarda specificamente le leggi che definiscono l'ambito della giurisdizione, in particolare, si parla di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, cioè dei limiti correlati ai confini della giurisdizione. Con riferimento ai confini tra funzioni dello Stato, può essere accaduto che il Consiglio di Stato abbia invaso la sfera di competenza del

¹⁴ Si veda sent. Corte cost., 06.07.2004, n. 204; La limitazione della giurisdizione esclusiva alla “particolarità” della materia è stata confermata dalle successive pronunce della Corte costituzionale, tra cui la sent. n.191 del 2006, la sent. n. 35 del 2010 e la sent. n. 179 del 2016.

¹⁵ R. DE NICTOLIS, L’eccesso di potere giurisdizionale (tra i ricorsi per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso “per violazione di legge”), in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 16.