



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. III

(ESTRATTO)

PIER LUIGI TOMAIUOLI

**IL RINVIO PREGIUDIZIALE PER LA PRETESA, MA
INCOSTITUZIONALE, GIURISDIZIONE UNICA**
(NOTA A CASS. CIV., SEZIONI UNITE, ORD. 18 SETTEMBRE 2020, N. 19598)

11 DICEMBRE 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Pierluigi Tomaiuoli*
L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica
(a margine della [sentenza n. 6 del 2018](#))

ABSTRACT: *La nota analizza le ragioni della [decisione n. 6 del 2018](#), con cui la Corte costituzionale, chiamata da tre diversi rimettenti a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della decadenza prevista dall'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, oltre a dichiarare inammissibile per difetto di motivazione la questione sollevata dal TAR Campania e rigettare nel merito quella sollevata dal TAR Lazio, ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza quella proposta dalla Corte di cassazione a sezioni unite, adita con ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso una sentenza del Consiglio di Stato. Quest'ultima statuizione si basa sul rilievo che il tanto discusso concetto di giurisdizione dinamica, adottato in alcuni arresti degli ultimi anni dall'organo regolatore della giurisdizione, è contrario alla nozione di giurisdizione presupposta dalla Costituzione all'ottavo comma dell'art. 111 e mette in crisi l'assetto plurale delle giurisdizioni voluto dai Costituenti. Ci si sofferma, poi, sui possibili scenari futuri che la pronuncia schiude, anche alla luce della recente sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 29 dicembre 2017, n. 31126, che, proprio sulla base di tale concezione dinamica della giurisdizione, ha cassato con rinvio una sentenza del Consiglio di Stato per rifiuto di giurisdizione.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza di rimessione delle sezioni unite e la giurisdizione “dinamica” (o “funzionale” o “evolutiva”). – 3. Il possibile difetto di rilevanza o di motivazione sulla rilevanza con riferimento alla tempestività del ricorso per cassazione. – 4. Le altre possibili criticità della ordinanza di rimessione delle sezioni unite non rilevate dalla Corte. – 5. L'implausibilità della nozione di giurisdizione dinamica. – 6. L'inammissibilità della questione sollevata dal TAR Campania. – 7. La non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7. – 8. La sentenza n. 31126 del 2017 della Corte di cassazione. – 9. I possibili scenari futuri.

1. Premessa

La [sentenza n. 6 del 2018](#) che qui si commenta è l'ennesima (e forse ultima) puntata di una articolata vicenda che negli ultimi anni ha visto coinvolti la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, le sezioni unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale, tutti chiamati a misurarsi con l'art. 69, c. 7¹, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che – nel passaggio di giurisdizione conseguente alla privatizzazione del rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – ha previsto, per quanto qui rileva, che i diritti relativi a fatti di pubblico impiego anteriori al 30 giugno 1998 avrebbero dovuto essere fatti valere davanti al giudice amministrativo, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000².

La Corte costituzionale, in particolare, era già stata lambita da questa vicenda con il caso sottoposto alla sua attenzione dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e deciso con [sentenza n. 123 del 2017](#)³, che ha dichiarato in parte inammissibile e in parte non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme del codice del processo amministrativo e del codice di procedura civile

* *Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale*

¹ Reca norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

² La cognizione dei diritti relativi a fatti successivi al 30 giugno 1998, invece, è stata attribuita al giudice ordinario, con esclusione di quelli relativi ai rapporti di impiego non “privatizzati”.

³ Su cui E. BINDI - A. PISANESCHI, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in [GIUSTAMM](#); R. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in questa *Rivista*, [Studi 2017/II](#), 79 ss.; F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in [Federalismi.it](#); A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 della Corte costituzionale)*, in [Rivista AIC](#).

che non consentono la revocabilità del giudicato amministrativo, quando ciò sia necessario per dare attuazione a una successiva pronuncia di condanna della Corte EDU⁴.

In quella occasione, infatti, il rimettente era stato adito per la revocazione di una sua pronuncia, con cui aveva dichiarato i ricorrenti decaduti dall'azione ai sensi dell'art. 69, c. 7, citato.

La rimessione faceva seguito alle sentenze della Corte EDU Mottola c. Italia (n. 29932/07) Staubano e altri c. Italia (n. 29907/07)⁵ del 4 febbraio 2014, che – proprio in relazione al processo conclusosi con la sentenza dell'adunanza plenaria n. 4 del 2007, oggetto di richiesta di revocazione nel giudizio *a quo* – hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, par. I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sotto il profilo del diritto di accesso a un Tribunale, e dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione per illegittima interferenza con la proprietà privata.

In quel caso, dunque, si era già formato un giudicato e alla Corte costituzionale si chiedeva di fornire al giudice *a quo* uno strumento atto a consentire la riapertura del processo alla luce delle sopravvenute sentenze della Corte EDU.

Nel caso delle odierne ordinanze di rimessione, invece, i processi sono ancora pendenti (nel senso che non vi è un pregresso giudicato da rimuovere) e i giudici *a quibus*, sulla scorta delle medesime sentenze Mottola e Staubano, sollevano questione di costituzionalità del citato art. 69, c. 7, nei seguenti termini.

Le sezioni unite della Corte di cassazione censurano la disposizione citata, «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000», lamentando la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione a entrambi i citati parametri convenzionali ritenuti violati dalla Corte EDU.

Osserva il rimettente che, in ordine alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era formato, in principio, un orientamento giurisprudenziale secondo cui esse spettavano alla giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato (avallato dalla Corte costituzionale) che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

La norma censurata, interpretata in questo modo, violerebbe il diritto di accesso a un tribunale, tutelato dall'art. 6, par. 1, della CEDU, e il divieto di interferenze illegittime con la proprietà privata posto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale, come emergerebbe dalle sentenze Mottola e Staubano, secondo cui la decadenza in questione porrebbe «un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato» ed escluderebbe «un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco».

⁴ Sull'argomento, si vedano A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, 456 ss.; F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e superamento del giudicato*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?* (a cura di C. Padula), Napoli, 2016, 99 ss.; M. MACCHIA, *La violazione della CEDU*, in *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 242-267; G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, in GIUSTAMM; P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 2015, 12; 2710-2719; V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione*, in Europeanrights, 2014; H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU e "riapertura" del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* (a cura di D. Dalfino), all'indirizzo telematico <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/SMC/article/view/308>, 585-592; S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2015, 11, 1427-1434; S. L. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1269 ss.

⁵ Si vedano P. PATRITO, *Se sia ammissibile*, cit.; S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato*, cit.; H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce*, cit.

«Richiamando l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione e ricalcandone la motivazione»⁶, il TAR Lazio e il TAR Campania hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione.

Mentre l'ordinanza del primo, tuttavia, reca un identico *petitum* e gli stessi parametri interposti della questione sollevata dalle sezioni unite, il TAR Campania, oltre a citare espressamente il solo art. 6, par. 1, della CEDU, non chiede l'ablazione parziale della disposizione citata nella parte in cui prevede la decadenza dall'azione, ma l'addizione, per le controversie in esame, della giurisdizione ordinaria.

Così brevemente chiariti gli antecedenti storici del giudizio costituzionale e i suoi termini processuali, va da subito segnalato che l'importanza della [sentenza n. 6 del 2008](#) riguarda non solo il merito della questione di costituzionalità, affrontato e risolto nel senso della non fondatezza, ma anche e soprattutto le considerazioni svolte sull'ambito di operatività del ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, c. 8, Cost.

2. L'ordinanza di rimessione delle sezioni unite e la giurisdizione "dinamica" (o "funzionale" o "evolutiva")

L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, nel motivare sulla rilevanza della questione di costituzionalità, rammenta che è principio consolidato nella giurisprudenza delle sezioni unite che il sindacato esercitato sulle decisioni del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, c. 1, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm., è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

Ricorda ancora il rimettente che, sempre secondo questo orientamento consolidato, il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione è esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – ad esempio esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto «in modo assoluto» di funzione giurisdizionale (c.d. rifiuto di giurisdizione) – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni, cioè laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (c.d. diniego di giurisdizione)⁷.

Questa impostazione – come è noto – rispecchia quella recepita dalla Costituzione, che esclude dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione le sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile, che possono essere sindacate non per violazione di legge processuale o sostanziale (come nel caso delle sentenze rese da tutti gli altri giudici, ordinari e non, ai sensi dell'art. 111, c. 7, Cost.) ma «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (sul punto si tornerà più avanti).

Fin qui, dunque, la Cassazione si muove nell'alveo dell'orientamento tradizionale certamente conforme alle coordinate costituzionali.

Il rimettente, tuttavia, subito dopo aggiunge che negli ultimi anni si è andato affermando nella sua giurisprudenza un concetto più ampio di giurisdizione, "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

⁶ Così il par. 2 del *Considerato in diritto*.

⁷ Si vedano le sentenze delle SS.UU. 29 marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 29 marzo 2013, n. 7929; 29 aprile 2005, n. 8882; 26 luglio 2004, n. 14064; 16 gennaio 2003, n. 574; 1 luglio 2002, n. 9558; 12 aprile 2002, n. 5283; 17 ottobre 2002, n. 14751; 17 dicembre 1999, n. 910; 19 febbraio 1999, n. 86; 22 settembre 1997, n. 8344; 10 agosto 1996, n. 7410; 4 agosto 1995, n. 8550; 14 giugno 1995, n. 668; 17 novembre 1986, n. 6769.

L'ordinanza di rimessione cita la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, che, nell'ambito della ben nota disputa sulla c.d. pregiudiziale amministrativa⁸, ha affermato che è sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che rigetti la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi in ragione della mancata impugnazione del provvedimento lesivo, perché in tal caso il rifiuto di somministrare la tutela risarcitoria costituirebbe diniego in concreto della giurisdizione.

Le sezioni unite affermano, poi, che questo concetto lato di giurisdizione sarebbe stato utilizzato⁹ anche per cassare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno (sulla legittimazione ad agire) in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, per come accertato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta (si tratta del famoso caso *Fastweb/Telecom*¹⁰ sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo).

Il caso di specie sarebbe analogo a quest'ultimo, perché anche qui il giudice dell'impugnazione si troverebbe nella condizione di evitare che la sentenza gravata, una volta divenuta definitiva, espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso delle sezioni unite, infine, la situazione in esame rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione «anomala o abnorme», omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento dei limiti esterni e quindi diventano sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione.

L'impianto di fondo dell'ordinanza, dunque, in punto di sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione – elemento, questo, che attiene ai presupposti processuali del giudizio *a quo* e quindi alla rilevanza della questione di costituzionalità – si basa sul ricordato concetto di giurisdizione “dinamica” (o “funzionale” o “evolutiva”) sviluppatosi negli ultimi dieci anni circa¹¹.

Alla stregua di questa impostazione, rientrerebbero nel controllo sulla giurisdizione affidato alle sezioni unite della Corte di cassazione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo o quello contabile deneghi una particolare forma di tutela astrattamente prevista dalla legge¹², ovvero, come

⁸ I commenti alla sentenza sono numerosissimi. Senza pretesa di esaustività, si vedano G. GRECO, *La cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo. Progresso o regresso del sistema?* In *Dir. proc. amm.*, 2009, 552 ss.; I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 2721 ss.; *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 511 ss.; GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 1 ss.; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente alla giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2009, 548 ss.; C. VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 384; F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni Unite?*, in *GIUSTAMM*; A. DIMAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2009, 854 ss.; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensione su quella sostanziale e non viceversa*, *ivi*, 859 ss.; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1374 ss.

⁹ Il rimettente indica la sentenza delle SS.UU. n. 2403 del 6 febbraio 2015. Il riferimento è materialmente erroneo: la sentenza cui ci si riferisce è, in realtà, la n. 2242 del 6 febbraio 2015.

¹⁰ Corte di giustizia, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*.

¹¹ Prima della sentenza di cui *supra* alla nota 8, le SS.UU. avevano già allargato il controllo sul rifiuto di giurisdizione al diniego per mancata erogazione della tutela risarcitoria con le sentenze 13 giugno 2006, n. 13559 e n. 13660. Tale allargamento, tuttavia, non apparve adeguatamente motivato alle stesse SS.UU., che nel successivo arresto n. 30254 affermarono espressamente di volere teorizzare le ragioni giustificative dell'orientamento inaugurato nel 2006 in ragione dei non «unanimesi consensi» riscossi.

¹² SS.UU. 16 dicembre 2010, n. 25395; 6 settembre 2010, n. 19048; 23 dicembre 2008, n. 30254.

nel caso di specie, adotti una interpretazione di una norma processuale o addirittura sostanziale¹³ che impedisca la piena conoscibilità della domanda¹⁴, e cioè l'esame del merito della questione¹⁵.

I casi più eclatanti che hanno condotto alla cassazione con rinvio delle sentenze dei giudici speciali sono stati, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, quello citato della pregiudiziale della domanda di annullamento, la cui assenza determinava¹⁶ secondo il giudice amministrativo la liceità dell'agire dell'amministrazione e quindi il rigetto nel merito della domanda risarcitoria¹⁷, il caso, pure citato, del mancato esame del ricorso principale (in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante) in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia¹⁸, e, da ultimo, quello del mancato esame dei motivi aggiunti (in ragione del rigetto del ricorso principale) in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹; nonché, con riferimento alla giurisdizione contabile, quello del mancato esame di una istanza di definizione agevolata in presenza di appello interposto dal Procuratore generale²⁰.

Ad essi si aggiunge quello, oggi sottoposto alla Corte costituzionale, di interpretazione di una norma interna sulla decadenza dall'azione in asserito contrasto con norme convenzionali, per come chiarito da una sentenza della Corte EDU.

In tutti questi casi la Corte di cassazione ha sostenuto che il rifiuto di giurisdizione non si ha solo quando il giudice speciale affermi di non avere giurisdizione in astratto (come è sempre stato pacifico), ma anche quando, pur affermando (anche implicitamente) che la giurisdizione è sua, per «un ostacolo di carattere generale»²¹ (leggi per l'erronea interpretazione di una norma processuale o sostanziale) non somministri la forma di tutela prevista dalla legge ovvero non esamini nel merito la domanda, e quindi deneghi in concreto²² la giurisdizione.

A questo concetto lato di giurisdizione le sezioni unite sono arrivate invocando la necessità di fare applicazione di principi generali²³, quali: 1) la primazia del diritto comunitario; 2) il giusto processo; 3) il principio di effettività della tutela e 4) quello di unità funzionale della giurisdizione²⁴; e di fronteggiare l'eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva²⁵.

Nella giurisprudenza delle sezioni unite si registrano anche arresti del medesimo filone evolutivo, ove, come nel caso dell'odierna ordinanza di rimessione, si precisa che l'interpretazione della norma processuale o sostanziale, per fuoriuscire dall'ambito della violazione di legge ed essere sindacabile

¹³ Oltre all'ordinanza di rimessione in esame, che fa riferimento a violazioni sia processuali che sostanziali, si vedano le sentenze delle SS.UU. 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 15 marzo 2016, n. 5070.

¹⁴ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze delle SS.UU. 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345; 8 febbraio 2013, n. 3037; 3 luglio 2012, n. 11075.

¹⁵ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze delle SS.UU. 13 maggio 2013, n. 11345; 22 maggio 2012, n. 10294; 6 settembre 2010, n. 19048.

¹⁶ Come è noto, la questione è poi stata risolta dal legislatore che, con il codice del processo amministrativo (art. 30), ha adottato la soluzione intermedia dell'azione risarcitoria autonoma ma sottoposta a termine di decadenza (si veda, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017).

¹⁷ La tesi, sostenuta dai fautori della giurisdizione "dinamica", che la mancata somministrazione della tutela risarcitoria involga una questione di giurisdizione sembra in aperto contrasto anche con la posizione delle note SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500, ove la non risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo viene configurata come statuizione di merito (e non di improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione).

¹⁸ Si veda *supra* la nota 9.

¹⁹ È il caso della sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126, su cui *infra* al par. 8.

²⁰ SS.UU. 12 marzo 2012, n. 3854.

²¹ SS.UU. 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345.

²² SS.UU. 8 luglio 2016, n. 14042; 16 dicembre 2010, n. 25395; 6 settembre 2010, n. 19048. Si veda S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 11, ove si inquadra il vaglio delle SS.UU. nella logica «della carenza di potere in concreto».

²³ SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 30254 (punti da 8 a 14); nello stesso senso, 6 settembre 2010, n. 19048.

²⁴ Un'estensione del concetto di giurisdizione basato su tali principi era già stato propugnato, prima della sentenza n. 30254 del 2008, da M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

²⁵ SS.UU., 29 dicembre 2012, n. 31126; 6 febbraio 2015, n. 2242; 6 settembre 2010, n. 19048; 23 dicembre 2008, n. 30254.

quale motivo inerente alla giurisdizione, deve essere anche «abnorme o anomala»²⁶, ovvero frutto di uno «stravolgimento» (a volte definito «radicale»²⁷) delle «norme di riferimento»²⁸ (altre volte norme «di rito»²⁹, altre volte ancora «di rito e di merito»³⁰), stravolgimento che in alcune ipotesi, come nel caso di specie, sarebbe dato semplicemente dalla natura sovranazionale delle norme violate («europee»³¹).

La nozione di giurisdizione dinamica è stata aspramente criticata in dottrina³² perché ritenuta in contrasto con l'art. 111, c. 8, Cost. e con l'assetto plurale delle giurisdizioni delineato dai Costituenti (la critica è venuta anche da coloro che auspicano il superamento di tale assetto, ma riconoscono che a ciò si può arrivare solo modificando la Carta fondamentale³³).

Si è infatti osservato che, aderendo alla teoria della giurisdizione dinamica, tutte le norme la cui applicazione impedisca l'esame del pieno merito della domanda – per ragioni di rito (ad esempio le norme sulla tempestività, proponibilità, procedibilità, interesse ad agire, legittimazione) o finanche

²⁶ SS.UU. 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403.

²⁷ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 956; 15 marzo 2016, n. 5070; 17 maggio 2013, n. 12106.

²⁸ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 964; 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403; 17 maggio 2013, n. 12106.

²⁹ SS.UU. 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 964; 16 gennaio 2014, n. 774.

³⁰ SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5070.

³¹ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242.

³² Senza pretesa di esaustività, si vedano R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in [SIPOTRA](#); F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giur. it.*, 2015, 4, 939; M. D'ORSOGNA, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 920-923; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 305; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 145; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017; A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 ss.; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *Judicium*; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; G. VERDE, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879-883; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; R. VILLATA, *«Lunga marcia della Cassazione» verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2009, 897 ss. In senso problematico, si veda R. RORDORF, *Il rifiuto di giurisdizione*, Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017, il quale afferma: «La giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, a partire dall'ultimo decennio circa, ha dato segno – sia pure con molta cautela e sempre in relazione a situazioni ben determinate – di volersi spingere un po' oltre il confine tradizionalmente segnato dalla già accennata distinzione tra limiti interni ed esterni; o forse si potrebbe dire che ha manifestato talvolta una certa tendenza a spostare quei limiti un po' più in là»; nello stesso senso, P. VITTORIA, *Sparse considerazioni in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, 1041 ss. È invece apertamente favorevole al nuovo corso 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, all'indirizzo telematico www.cortedicassazione.it, in quanto l'ampliamento del concetto di motivi inerenti alla giurisdizione sarebbe espressione del tendenziale orientamento del Costituente a favore della giurisdizione unica (dello stesso autore si veda anche *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto europolitano*, in [Questione Giustizia](#); favorevole, ma solo per il caso di abnormità della decisione, M. A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in [SIPOTRA](#).

³³ Oltre A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit., si pensi alla scuola fiorentina, che si rifà alla posizione di Calamandrei. Si veda, ad es., A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 22 ss.

preliminari di merito (ad esempio le norme che prevedono una decadenza sostanziale³⁴ o la prescrizione) – porrebbero delle questioni di giurisdizione³⁵.

3. *Il possibile difetto di rilevanza o di motivazione sulla rilevanza con riferimento alla tempestività del ricorso per cassazione*

Come si vedrà in prosieguo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dalle sezioni unite per difetto di rilevanza, in relazione all'insussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione.

Non è invece stato rilevato un altro aspetto problematico dell'ordinanza di rimessione, aspetto che pure avrebbe potuto condurre ad una dichiarazione di inammissibilità per difetto di rilevanza ovvero per difetto di motivazione sulla rilevanza, *sub specie* di incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che regola il c.d. termine lungo per la proposizione del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

Le sezioni unite, nell'affermare che il termine per l'impugnazione della sentenza gravata era annuale (e il ricorso tempestivo), hanno fatto riferimento esclusivamente all'art. 327, c. 1, cod. proc. civ. e agli artt. 46 e 58 della l. 18 giugno 2009, n. 69, che, per quanto qui rileva, hanno, rispettivamente, introdotto il termine semestrale e previsto l'applicazione delle modifiche al codice di procedura civile ai soli giudizi instaurati dopo il 2009 (tale non era il caso di specie).

Il rimettente ha invece ommesso di prendere in considerazione le norme di settore regolanti le impugnazioni delle sentenze del giudice amministrativo, ovverosia l'art. 92, c. 3, cod. proc. amm., il quale prevede, che per tali impugnazioni, compreso il ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione), il termine lungo è, a regime, di sei mesi, in piena consonanza con il novellato art. 327 cod. proc. civ.; e, soprattutto, l'art. 2 dell'allegato 3 allo stesso codice, ai sensi del quale i termini previsti dalla disciplina previgente (nel caso di specie quello annuale) si applicano solo «se in corso alla data di entrata in vigore del codice».

³⁴ F. SATTÀ, *Quid novi*, cit. L'Autore, che pure auspica un ampliamento del ruolo nomofilattico della Cassazione, afferma: «Sembra in verità difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione. La sentenza ricorda una serie di casi, propri del diritto civile, in cui la domanda di risarcimento del danno sarebbe ammissibile anche senza l'impugnazione dell'atto lesivo. Ma questa è una questione di merito, come ognuno vede. Il termine di decadenza è certamente un limite interno, storico, della giurisdizione amministrativa». Si veda anche G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit.: «Ha torto (*la Cassazione, n.d.r.*) quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia. Ha ragione il Consiglio di Stato quando non accetta una imposizione da parte della S.C. circa il modo di configurare la tutela all'interno dei suoi poteri cognitivi».

³⁵ A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «altrimenti, anche la sentenza che dichiarasse erroneamente l'inammissibilità di un ricorso per tardività diventerebbe, per la stessa ragione, impugnabile per motivi di giurisdizione». Nello stesso senso, R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; nonché V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte*, cit. Si veda anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 2002, 180: «Interessante la questione se il difetto di presupposti necessari per l'esercizio della funzione giurisdizionale comporti il difetto di giurisdizione: sembra chiaro che una eccessiva larghezza in questo campo porterebbe a vedere una questione di giurisdizione dappertutto»; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., ove, a proposito del sindacato sulla mancata somministrazione della tutela risarcitoria, si osserva: «Se è vero che quelli suindicati erano in realtà vizi di violazione di legge e non di difetto di giurisdizione, non ci sarebbe alcun ostacolo sistematico per generalizzare il principio e quindi per concludere che ogni volta che il giudice amministrativo per errore – "errore" beninteso, tale ritenuto dalle Sezioni unite, arbitro unico della questione – dichiara di non potere entrare nel merito della questione per inammissibilità o irricevibilità o improcedibilità del ricorso incorre in difetto di giurisdizione». E questo potrebbe essere soltanto il penultimo passo: perché, a questo punto, non ci sarebbe più nemmeno motivo per non ritenere sindacabili dalla Cassazione anche tutte le altre erronee applicazioni di legge eventualmente compiute dal giudice amministrativo in sede di decisione di merito».

È quest'ultima la disposizione, tralasciata dalla Corte di cassazione, che appare in grado di minare la correttezza della ricostruzione del quadro normativo di riferimento operata nell'ordinanza di rimessione.

Poiché, infatti, alla data di entrata in vigore del codice (16 settembre 2010) il termine per l'impugnazione della sentenza gravata non era in corso (non essendovi ancora la sentenza³⁶), esso, ai sensi di tale ultima disposizione di diritto transitorio e diversamente da quanto previsto dalle norme citate dal rimettente, sarebbe semestrale.

Se fosse questa la norma applicabile al caso di specie (come sembrerebbe, trattandosi di norma speciale e posteriore)³⁷, la questione difetterebbe di rilevanza già sotto questo profilo, essendo il giudizio *a quo* destinato a concludersi con una dichiarazione di irricevibilità (o inammissibilità) del ricorso per tardività.

Del resto, la Corte di cassazione, a sezioni semplici³⁸, quando si tratta di accertare la definitività delle sentenze del giudice amministrativo ai fini del riconoscimento dell'equo indennizzo previsto dalla c.d. legge Pinto, fa da sempre costante applicazione del combinato disposto dell'art. 92 cod. proc. amm. e della norma di diritto transitorio citata, affermando che il termine per l'impugnazione di tali sentenze dopo l'entrata in vigore del codice è di sei mesi, salvo che non fosse già pendente al 16 settembre 2010.

4. *Le altre possibili criticità della ordinanza di rimessione delle sezioni unite non rilevate dalla Corte*

Le parti intervenienti nel giudizio costituzionale hanno eccepito il difetto di rilevanza della questione sollevata dalle sezioni unite, perché il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione celerebbe, in realtà, una inammissibile censura di violazione di legge, non sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, c. 7 e 8, Cost.: i ricorrenti non avrebbero inteso ottenere dalle sezioni unite una statuizione sulla giurisdizione quanto, piuttosto, un ulteriore grado di giudizio, censurando un asserito *error in iudicando*.

A parere di chi scrive, la Corte costituzionale, a fronte di tale eccezione, aveva di fronte a sé più strade, che, mettendo a nudo alcune criticità dell'ordinanza di rimessione, avrebbero tutte condotto al medesimo risultato di inammissibilità della questione sollevata.

Quella che la Corte ha deciso di percorrere è la più netta e incisiva, perché lungo di essa si confronta apertamente con la conformità a Costituzione della nozione di giurisdizione dinamica, per arrivare, senza mezzi termini, a negarla.

Le strade non percorse dalla Corte, invece, avrebbero potuto portare ad una (forse più morbida) dichiarazione di inammissibilità per difetto di motivazione (per incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento) o per contraddittorietà o apoditticità della motivazione sulla rilevanza (sempre con riferimento alla statuizione del giudice *a quo* relativa alla sussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione).

Appare utile provare ad esaminare da vicino questi profili di criticità dell'ordinanza di rimessione.

In primissimo luogo, la posizione del rimettente che configura l'art. 69, c. 7, che prevede la decadenza incriminata, come norma sulla giurisdizione (dinamica), è, in realtà, del tutto isolata nella stessa giurisprudenza delle sezioni unite.

³⁶ Il rimettente riferisce nella parte in fatto che il TAR si era pronunciato con sentenza del 23 giugno 2009 e il Consiglio di Stato con sentenza del 30 luglio 2013.

³⁷ Si vedano A.M. PERRINO, *Corte cass., Sez. Unite civili, ord. 8 aprile 2016, n. 6891*, in *Foro it*, 2016, I, 1667, e R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.

³⁸ Si vedano, tra le tante, le sentenze della Cassazione civile, sez. II, 12 ottobre 2017, n. 23991; sez. VI, 7 aprile 2017, n. 9141; sez. VI, 22 febbraio 2017, n. 4637; sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 2549. Diversamente, le SS.UU., in almeno altri due casi di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (5 luglio 2013, n. 16886 e 22 aprile 2013, n. 9688), hanno affermato che il termine è annuale, sulla base delle stesse norme invocate nell'ordinanza di rimessione e anche in tali ipotesi omettendo di prendere in considerazione le quelle speciali del codice del processo amministrativo.

In ben 8 precedenti (dal 2001 al 2014, l'ultimo dei quali dopo le sentenze della CEDU [Mottola e Staibano](#), di cui si dà anche atto in motivazione) il giudice regolatore della giurisdizione, investito di questioni attinenti al riparto, ha affermato che la norma in questione non pone un limite alla persistenza della giurisdizione amministrativa con trasmutazione a quella ordinaria ma un termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale, «con conseguente attinenza di ogni questione sul punto ai limiti interni della giurisdizione»³⁹.

In secondo luogo, il rimettente, facendo leva sul proprio precedente n. 2242 del 6 febbraio 2015⁴⁰, equipara la situazione sottoposta al suo esame (sentenza del Consiglio di Stato asseritamente smentita da successiva sentenza della Corte EDU) a quella della sentenza del Consiglio di Stato che si sia rivelata contraria a successiva sentenza della Corte di giustizia, ma nella sua motivazione va più in là, perché ritiene sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione anche tutte le ipotesi di violazione del diritto convenzionale *tout court*, il che sembra ricomprendere tanto le ipotesi in cui il contrasto emerge da una sentenza della Corte EDU antecedente (e magari esaminata dal Consiglio di Stato) quanto quelle in cui ancora non vi sia stato un arresto della Corte di Strasburgo.

Tale disarmonia nella comparazione – che la Corte rileva al punto 14.1. della motivazione – sembra dovuta, in realtà e quanto meno in parte, anche ad una equivocità del precedente richiamato.

Esso ha configurato quale motivo inerente alla giurisdizione la violazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma comunitaria che abbia l'effetto di impedire una decisione di pieno merito, per come accertato da una sentenza della Corte di giustizia.

In motivazione⁴¹ tale sentenza sembra limitare il sindacato delle sezioni unite al solo caso eccezionale in cui il contrasto con il diritto comunitario sia emerso in forza di una pronuncia della Corte di giustizia intervenuta successivamente a quella impugnata con ricorso per cassazione.

Se questa fosse la corretta lettura della sentenza⁴², essa sembrerebbe illogica, perché il dato in questione (se la pronuncia comunitaria sia intervenuta prima o dopo a quella cassanda) appare neutro

³⁹ Si tratta delle sentenze delle SS.UU. 30 settembre 2014, n. 20566; 27 febbraio 2013, n. 4846; 3 novembre 2005, n. 21289; 3 maggio 2005, n. 9101; 30 gennaio 2003, n. 1511; 4 giugno 2002, n. 8089; 27 marzo 2001, n. 139.

⁴⁰ Vedi *supra* la nota 9.

⁴¹ Ivi si legge: «Siffatto solido assetto giurisprudenziale deve senz'altro essere confermato, con l'opportuno adeguamento, però, al caso del tutto particolare che oggi si prospetta, in cui, prima che la sentenza passasse in giudicato (perché impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione innanzi alle SU della Corte di cassazione) è sopravvenuta l'interpretazione della Corte di giustizia, sollecitata, in un caso analogo, da altro giudice. Interpretazione che - nel censurare l'orientamento (quello dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011) sul quale la sentenza oggi impugnata per cassazione ha fondato la propria decisione e che è stato, a sua volta, superato (proprio per adeguarsi all'enunciato della Corte di giustizia) dalla successiva pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 - decide (questo è il punto saliente) proprio sugli ambiti giurisdizionali del giudice amministrativo nelle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, allorquando interpreta la direttiva europea in maniera incompatibile con i limiti all'esercizio della giurisdizione che il GA aveva in precedenza fissato. Caso che - lo si ripete - è del tutto particolare ed è diverso sia da quello affrontato da Cass. SS.UU. n. 30254 del 2008 (in cui la parte faceva valere come motivo inerente alla giurisdizione un preteso errore in iudicando commesso dal GA), sia da quello affrontato da Cass. SS.UU. n. 2403 (in cui il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., ult. .c. affida alla Corte di cassazione - era richiesto con funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, anche sotto il profilo dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, c. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Soprattutto quest'ultimo precedente deve essere, dunque, confermato laddove stabilisce che le SS.UU. non hanno il potere di sindacare la scelta ermeneutica del giudice amministrativo (che, in ipotesi, possa riverberarsi nell'error in iudicando oppure in quello in procedendo), né la scelta di rinviare o meno la questione all'interpretazione alla Corte di giustizia europea, come previsto dall'art. 267 del TFUE, c. 3. Tuttavia, la particolarità della vicenda in trattazione impone la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perché la riesami alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla normativa di riferimento».

⁴² In questo senso si veda R. RORDORF, *Il rifiuto di giurisdizione*, cit.: «Va peraltro osservato che nelle menzionate sentenze della Cassazione e del Consiglio di Stato ci si riferisce a decisioni della Corte di Giustizia intervenute successivamente alla pronuncia con cui il giudice amministrativo ha negato la tutela che invece, secondo il *dictum* della Corte europea, avrebbe dovuto essere somministrata. È perciò dubbio se la medesima conclusione debba valere anche nel caso in cui la pronuncia del giudice amministrativo abbia negletto una decisione della Corte europea precedente, o quando la abbia presa in considerazione ma la abbia interpretata male, o comunque diversamente da come la parte ritiene corretto (Sez. un. 953/2017, cit., sembra però escludere che ecceda dai limiti della giurisdizione amministrativa il “*valutare la portata della sentenza della Corte di giustizia incidente nel giudizio in corso*”)). Nello stesso senso, ma auspicando un

nella delimitazione concettuale di ciò che è giurisdizione; né esso sposterebbe nulla ai fini risarcitori (argomento, come si dirà, speso dalla Cassazione per far rientrare questa violazione nei motivi inerenti alla giurisdizione), posto che il risarcimento per violazione del diritto comunitario spetterebbe in entrambi i casi (e spetterebbe anche in caso di chiara violazione del diritto comunitario in assenza di uno specifico arresto della Corte di giustizia); inoltre, e soprattutto, sembra più grave e quindi più anomala una decisione che si ponga in aperto e frontale contrasto con una precedente sentenza della Corte di giustizia, magari adita in via pregiudiziale proprio in quello stesso procedimento.

Quel precedente, tuttavia, pare essere stato interpretato da altre successive sentenze delle sezioni unite⁴³ nel senso più estensivo, ossia come riferentesi anche alle ipotesi di contrasto con il diritto comunitario (che si risolve in un impedimento in concreto all'erogazione della tutela giurisdizionale) accertato da pronunce europee precedenti a quella cassanda.

Questa lettura sembra essere, peraltro, quella fatta propria dalla recente sentenza delle sezioni unite n. 31226 del 29 dicembre 2017 (su cui si tornerà in prosieguo), con cui la Corte di cassazione ha affermato che l'esegesi della norma sovranazionale operata dal giudice amministrativo che sia in contrasto con l'interpretazione della Corte di giustizia va considerata un vero e proprio «stravolgimento» delle norme europee di riferimento.

Tale impostazione, però, appare, a sua volta, poco congrua con la giurisprudenza granitica delle stesse sezioni unite, secondo cui il sindacato sulla giurisdizione del giudice speciale «non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea e non include il controllo sull'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»⁴⁴, trattandosi di meri *errores in procedendo* o *in iudicando* interni alla giurisdizione.

Pare non conducente, poi, il rilievo, svolto nel precedente richiamato dall'ordinanza di rimessione, che tale sindacato risponderebbe all'esigenza di porre lo Stato al riparo da condanne risarcitorie, in primo luogo perché trattasi di argomento di fatto che difficilmente può fare mutare l'interpretazione

ampliamento del sindacato, si veda A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, cit.

⁴³ SS.UU. 29 febbraio 2016, n. 3915; 8 luglio 2016, n. 14042; 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953.

⁴⁴ SS.UU. 17 novembre 2015, n. 23460. Si veda anche, tra le più recenti, la sentenza 17 gennaio 2017, n. 956: «va qui ribadita la costante giurisprudenza di queste SS.UU. secondo cui deve escludersi che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice. La primazia del diritto dell'Unione europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (SS.UU., n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell'interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal CdS con la sentenza impugnata si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione. Rientra, in modo caratteristico, nel potere giurisdizionale del giudice amministrativo valutare la portata della sentenza della CGUE incidente nel giudizio in corso (indipendentemente, come è ovvio, dalla effettiva correttezza di tale valutazione) ed applicare alla fattispecie di causa le norme eurounitarie come interpretate dalla Corte di giustizia. In altri termini, come già rilevato in casi simili da queste sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., ult. c., affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'*error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme eurounitarie, quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex plurimis*, sezioni unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013)». Nello stesso senso, tra le tante, le sentenze delle SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2015, n. 14042; nonché 17 novembre 2015, n. 23460, ove si legge: «La prospettazione, come si è osservato nella sentenza da ultimo citata, "di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che - fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni Unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze - nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, c. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*ex art. 234 TCE*), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello *jus commune europaeum*»; nonché, ancora, le sentenze, 20 maggio 2016, n. 10501; 4 febbraio 2014, n. 2403; 20 gennaio 2014, n. 1013; 5 luglio 2013, n. 16886; 1° marzo 2012, n. 3236.

di importanti norme di garanzia costituzionale nell'assetto delle giurisdizioni (come si dirà meglio *infra*); in secondo luogo, perché anche esso è evidentemente neutro, dal punto di vista concettuale, rispetto alla determinazione di ciò che è o non è giurisdizione.

Esso, inoltre, è in aperta contraddizione con quanto affermato in numerosi precedenti delle stesse sezioni unite, ove l'esistenza del rimedio risarcitorio nell'ordinamento interno è stata valorizzata proprio all'opposto fine di escludere che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo ponga una questione di giurisdizione⁴⁵.

Ancora e soprattutto, l'equiparazione, ai fini dello spostamento della violazione di legge nel motivo inerente alla giurisdizione, tra il caso della sentenza del Consiglio di Stato contraria a sentenza della Corte di giustizia e quello della sentenza del Consiglio di Stato contraria a sentenza della Corte EDU non è motivata dal rimettente.

Una motivazione adeguata sarebbe stata tanto più necessaria, laddove si rifletta che la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (ormai recepita da tutti i giudici comuni, compresa la Corte di cassazione) assegna al diritto eurounitario e a quello convenzionale posizioni completamente differenti nella gerarchia delle fonti; e parimenti differente è il valore e il ruolo riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia e a quelle della Corte EDU.

È noto, infatti, che dal punto di vista delle fonti, in caso di contrasto non componibile con il diritto eurounitario direttamente applicabile, il giudice *a quo* deve disapplicare la norma interna senza passare dal giudizio di costituzionalità; mentre, nel caso di contrasto non componibile con il diritto convenzionale, non può disapplicare la norma interna e deve sollevare questione di costituzionalità della stessa (il che, traslato al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, comporta che nell'un caso la Cassazione potrebbe sostituire direttamente la sua *regula iuris* a quella del Consiglio di Stato; nell'altro, invece, avrebbe bisogno di sollevare questione di costituzionalità perché venga accertata la denunciata violazione del diritto convenzionale); è ancora noto che alla Corte costituzionale spetta decidere se la norma convenzionale sia o meno in contrasto con tutte le norme costituzionali, mentre per il diritto unionale essa può azionare i soli controlimiti.

Dal punto di vista del ruolo e del valore delle sentenze delle due Corti sovranazionali, la pronuncia della Corte di giustizia, rivolta all'interpretazione del diritto eurounitario, ha valore normativo, mentre quella della Corte EDU, rivolta all'accertamento della violazione del diritto convenzionale nel singolo caso, ha il valore di interpretazione eminente che diventa vincolante solo se consolidata ([sentenza n. 49 del 2015](#)).

Anche a prescindere dalla correttezza del concetto di giurisdizione dinamica (su cui *infra*), dunque, la evidente differenza tra i due sistemi normativi e tra il valore delle pronunce delle rispettive Corti sembra rendere non motivata l'equiparazione posta alla base dell'ordinanza di rimessione, ossia

⁴⁵ Si veda, tra le tante, la sentenza delle SS.UU. 4 febbraio 2014, n. 2403: «Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica». Nello stesso senso, tra le tante, SS.UU. 17 novembre 2015, n. 23460: «Del resto l'ordinamento giuridico interno assicura comunque un'effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria (Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886)». Si veda anche F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, cit., 939: «È interessante rilevare, con riferimento a quest'ultimo argomento, come esso venga qui utilizzato dalla Corte con un fine esattamente opposto a quello invalso in altre circostanze: si è visto sopra, infatti, che la possibilità di riparare in sede risarcitoria le violazioni del diritto europeo commesse dal giudice amministrativo, anche come conseguenza del mancato obbligatorio rinvio di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, è stata assunta dalla medesima Corte di cassazione come argomento a sostegno del proprio orientamento secondo cui non sono censurabili, in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, né l'errore di interpretazione/applicazione del diritto europeo, né, tanto meno, l'omesso rinvio di una questione pregiudiziale».

l'assunto che in entrambi i casi la violazione delle relative sentenze integri una decisione «anomala o abnorme» che faccia diventare la questione procedurale o sostanziale (la violazione di legge) una questione di giurisdizione.

L'equiparazione appare ancora più immotivata ove venga estesa – come sembra fare il rimettente – alle ipotesi in cui manchi del tutto un arresto della Corte EDU (in questo caso, infatti, paradossalmente, al diritto convenzionale verrebbe accordata una protezione maggiore di quella accordata al diritto eurounitario).

Colpisce, poi, come l'abnormità che si rimprovera al giudice *a quo* e che determinerebbe il trapasso dall'ambito della violazione processuale a quello della giurisdizione (cioè da limite interno non sindacabile a limite esterno sindacabile) sia data da una interpretazione della norma conforme al dato testuale, alla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁶, della Corte di cassazione⁴⁷ e della Corte costituzionale⁴⁸, ma asseritamente contraria (in realtà neanche contraria per le ragioni che si diranno al par. 7) a una sentenza isolata della Corte EDU⁴⁹.

Ancora, a ben vedere, a determinare l'abnormità sarebbe – atteso il tratteggiato meccanismo di efficacia del diritto convenzionale nel nostro ordinamento – la mancata sollevazione della questione di costituzionalità: sarebbe cioè sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione una scelta che sta non all'esterno ma nel vero cuore dell'esercizio di qualsiasi funzione giurisdizionale.

Questa soluzione, peraltro, non appare in linea con quella costantemente adottata dalle stesse sezioni unite con riferimento al mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera del Consiglio di Stato: si è già detto, infatti, che «per un verso, “il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato..., di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo... è determinazione che, essendo espressione della *potestas iudicandi* devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione”, e, per l'altro verso, “il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza... delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacché si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio” (Cassazione civile, sez. un., 01/03/2012, n. 3236)»⁵⁰.

5. L'implausibilità della nozione di giurisdizione dinamica

La Corte costituzionale ha scelto – come si diceva – di non percorrere le vie di fuga che i cennati profili di criticità dell'ordinanza di rimessione potevano offrire, per affrontare di petto l'eccezione sollevata dalle parti intervenienti, che hanno posto il problema della conformità a Costituzione della nozione di giurisdizione dinamica.

La risposta della Corte è di quelle che non lasciano adito a dubbi: l'interpretazione “evolutiva” della giurisdizione adottata dal rimettente è incompatibile con l'art. 111, c. 8, Cost., e ciò, con riferimento al caso di specie, rende irrilevante la questione sollevata dal giudice *a quo*, in ragione della sua «mancanza di legittimazione» (*id est*, la motivazione sulla rilevanza è implausibile con riferimento alla sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, quale condizione di valida instaurazione del giudizio principale⁵¹).

⁴⁶ A partire, quanto meno, dalla sentenza dell'adunanza plenaria, 21 febbraio 2007, n. 4.

⁴⁷ Vedi *supra* la nota 39.

⁴⁸ [Ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328 del 2005](#), [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#).

⁴⁹ *Rectius*, a due sentenze dello stesso giorno, rese, come si dirà al par. 7, sulla base di una incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale interno.

⁵⁰ SS.UU., 8 luglio 2016, n. 14042. Si veda anche la giurisprudenza richiamata *supra* alle note 44 e 45.

⁵¹ La Corte non qualifica espressamente la motivazione delle SS.UU. come implausibile, ma è evidente che è tale il giudizio che essa opera, in conformità alla sua consolidata giurisprudenza sui limiti del sindacato sulle valutazioni del rimettente relative alle condizioni processuali del giudizio *a quo* (si vedano, tra le tante, le [ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328 del 2005](#), [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#)).

Sembra utile analizzare da vicino e in sequenza i singoli passaggi motivazionali della sentenza in commento.

In primo luogo, essa si premura di chiarire che la verifica della tesi del rimettente sulla sussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione non può che essere (più) rigida (del solito), poiché impinge su norme costituzionali, e in particolare sui commi settimo ed ottavo dell'art. 111 Cost., che «regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali», rientrando, per ciò solo, nella sua competenza naturale, in quanto garante ed interprete ultimo della Costituzione.

Fatta questa premessa, segue immediatamente il punto nevralgico della motivazione, che si basa sulla «lettera» e lo «spirito» delle disposizioni costituzionali in esame.

Mentre il settimo comma dell'art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli altri giudici) speciali «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge» (sostanziale e processuale), il seguente ottavo comma, in chiara contrapposizione con la precedente disposizione, prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione».

La tesi della giurisdizione dinamica, nella misura in cui riconduce ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* ai motivi inerenti alla giurisdizione e «comporta una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso», si pone in contrasto con le citate disposizioni costituzionali⁵².

Essa, inoltre, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti, che hanno optato per un assetto pluralistico delle giurisdizioni, assetto – si può aggiungere – che ha la sua chiave di volta proprio nell'art. 111, c. 8⁵³, Cost., che sottrae le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al

⁵² Osserva A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «Le regole del riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo nel nostro ordinamento hanno un carattere istituzionale, sottolineato dallo stretto rapporto fra l'art. 103 e l'art. 111, c. 8, Cost. In queste disposizioni la nozione di giurisdizione è riferita alla "potestas iudicandi", a quelli che siamo soliti designare come limiti esterni della giurisdizione, dunque alla distinzione fra l'ambito demandato a una giurisdizione e quello demandato all'altra: si tratta dunque di un profilo ben diverso da quello che attiene alla verifica dell'esercizio della giurisdizione. Anche negli Atti dell'Assemblea Costituente (in particolare, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, interventi di Paolo Rossi e di G. Leone), emerge con chiarezza che questo era il significato delle norme costituzionali. La nozione di ricorso per motivi di giurisdizione che emerge dalle norme costituzionali è univoca e non si presta pertanto a interpretazioni forzate. E' la stessa nozione accolta anche dalla dottrina che si è espressa dopo la Costituzione (si pensi ad Andrioli, Satta, Liebman) ed è la nozione che trova riscontro in disposizioni diverse da quelle che riguardano il ricorso per Cassazione, contenute non solo nel codice di procedura civile, ma anche in altre leggi processuali, come il recente codice del processo amministrativo. In questo quadro non regge la tesi che propone il superamento di una nozione "tradizionale" o "statica" dei motivi di giurisdizione con una nozione "funzionale" o "dinamica", che si ispirerebbe agli art. 24 e 111, c. 1, Cost.. Ciò che è decisivo in ambito processuale è la legge: l'art. 111, c. 1, Cost. lo ribadisce con chiarezza». Nello stesso senso, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, cit: «La nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione", su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali»; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», cit., osserva che «la dilatazione del concetto di questione di giurisdizione si risolve in un inammissibile grimaldello atto a scardinare il sistema dualistico a Costituzione invariata».*

⁵³ A. ANDRONIO, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *sub art. 111*, Torino, 2006. L'Autore osserva «che l'Assemblea Costituente ha più che altro inteso consolidare principi già sostanzialmente presenti nell'ordinamento pre-repubblicano»; e che «l'art. 111, ult. c., Cost. si limita a recepire i principi già vigenti, con una disposizione formulata allo scopo di limitare l'ambito della funzione nomofilattica, attribuita alla Cassazione dal comma precedente in via apparentemente esclusiva. Il comma, infatti, prevede che «contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e deve essere inteso più come norma di garanzia della giustizia amministrativa contro le ingerenze della giustizia ordinaria sul merito delle decisioni che come norma che attribuisce alla Cassazione la giurisdizione sulla giurisdizione. Il fondamento di quest'ultima, che può essere ricondotta a pieno titolo alla funzione nomofilattica, è invece proprio il precedente 7° co. La norma in commento sancisce, quindi, la sostanziale parità delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, limitando l'intervento della Cassazione ai soli conflitti, e così escludendo, in concreto, dalla funzione nomofilattica di quest'ultima

controllo nomofilattico della Corte di cassazione e così implicitamente riconosce una riserva di nomofilachia ai rispettivi organi di vertice delle due giurisdizioni speciali⁵⁴.

Subito dopo la sentenza si cura di dimostrare come la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale abbia già messo in luce il nesso indissolubile che lega l'art. 111, c. 8, Cost. alla garanzia dell'autonomia costituzionale del giudice amministrativo e del giudice contabile⁵⁵.

A tal fine la Corte cita due passaggi delle note [sentenze n. 204 del 2004](#) (in materia di giurisdizione esclusiva) e [n. 77 del 2007](#) (in materia di *translatio iudicii*).

Con la prima, si è «rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni» e che i Costituenti⁵⁶, facendo propria la posizione di Mortati e Ruini (e non recependo quella di Calamandrei che avrebbe voluto una giurisdizione unica con un'unica funzione nomofilattica affidata

le norme che regolano i rapporti sottratti alla giurisdizione ordinaria». Secondo A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit., «il senso della "questione di giurisdizione"» nella norma costituzionale è dato dalla «garanzia di una disciplina del riparto». R. VILLATA, «*Sui motivi inerenti la giurisdizione*», cit., osserva che la nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» è «fondante» i rapporti costituzionali tra le giurisdizioni.

⁵⁴ Sulla funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si vedano E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2015, n. 1, 103 ss; M. BRANCA, La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa, in [Federalismi.it](#); S. IMPERIALI, *Appunti sulla nomofilachia delle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in [Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici](#); M. MENGOSI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, *Rivista AIC*, 3, 2015. Sull'esplicito riconoscimento alle sezioni riunite della Corte dei conti della funzione nomofilattica interna alla sua giurisdizione si veda la [sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2011](#) e la nota di M. CROCE, *La "lunga marcia" del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale (a proposito di Corte cost. 30/2011?)* in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

⁵⁵ A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss. Nesso che è sempre stato ben chiaro alle stesse SS.UU.: «L'art. 111 della Costituzione, entrato successivamente in vigore, ha ribadito tale principio, elevandolo a rango costituzionale, solo con riguardo alle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (...). Questo differente regime previsto dalla norma costituzionale nei confronti della decisione di alcuni giudici speciali, è rilevante sia sotto il profilo dell'autonomia dei detti giudici dall'autorità giudiziaria ordinaria sia sotto quello del contenuto che deve avere un ricorso per motivi attinenti alla sola giurisdizione. E' evidente, infatti, che, quando si consente contro le sentenze di alcuni giudici speciali un'impugnazione estesa anche alla violazione di legge si investe la Cassazione dei poteri propri di giudice dell'impugnazione e si limita notevolmente l'autonomia e la specialità di detti giudici, confinandola alla sola fase di merito. L'assoluta autonomia e parità fra il Consiglio di Stato e la Corte dei conti da una parte e l'autorità giudiziaria dall'altra non viene invece in alcun modo scalfita dalla possibilità di ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, in quanto le sezioni unite, quando decidono su tale ricorso operano non come giudice dell'impugnazione, ma come supremo organo regolatore della giurisdizione (...). non è possibile denunciare l'erronea o falsa applicazione da parte del Consiglio di Stato di norme giuridiche sostanziali (e tanto meno di vizi di motivazione) nemmeno sub specie di motivi di giurisdizione, perché l'esame di tale censure comporterebbe l'uso da parte delle Sezioni Unite dei propri poteri di giudice dell'impugnazione, potere che nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato esse non hanno, e concreterebbe una violazione dell'autonomia giurisdizionale del Consiglio di Stato, garantita dalla Costituzione» (SS.UU., 11 ottobre 1988, n. 5491).

⁵⁶ Si vedano, in particolare, la seduta del 21 novembre 1947 (interventi di Leone e di Ruini) e quella pomeridiana del 27 novembre 1947 (intervento di Mortati). Sul punto, M. D'AMICO - I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le Ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 2014, IV, 4 ss; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 363 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, cit.: E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente, tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2001; R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in [Nomos](#), 2017, I.

alla Corte di cassazione⁵⁷), «hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale⁵⁸, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi».

Si è ivi altresì osservato «come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della "soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione" e la sua limitazione "al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

Con la seconda si è aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, c. 8, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione».

Di tutto ciò – aggiunge la Corte costituzionale – è consapevole anche lo stesso orientamento maggioritario⁵⁹ delle sezioni unite, che, anche di recente, ha mostrato di restare fedele all'interpretazione tradizionale (o "statica"⁶⁰), secondo cui il rifiuto di giurisdizione sindacabile è solo quello in "in astratto" e giammai "in concreto", pena l'invasione nella nomofilachia del giudice di vertice della giurisdizione speciale, cui solo è rimessa la cognizione degli *errores in iudicando* o *in procedendo*⁶¹.

⁵⁷ Si veda in particolare l'art. 12 della Relazione di Calamandrei alla II sottocommissione, rubricato «Unicità della giurisdizione», secondo cui «L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa, appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in...la Corte di cassazione istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici». L'art. 13, c. 2, prevedeva, coerentemente, l'abolizione dei giudici speciali esistenti. In calce all'art. 13 si legge «(Eccezioni al divieto? Corte dei conti? Contenzioso tributario? Tribunali militari?)».

⁵⁸ Si veda, R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 2 ss.

⁵⁹ Tra le tante, SS.UU. 29 marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 17 novembre 2016, n. 23395; 14 gennaio 2015, n. 476; 14 gennaio 2015, n. 475; 29 marzo 2013, n. 7929; 29 aprile 2005, n. 8882; 26 luglio 2004, n. 14064; 16 gennaio 2003, n. 574; 1 luglio 2002, n. 9558; 12 aprile 2002, n. 5283; 17 ottobre 2002, n. 14751; 17 dicembre 1999, n. 910; 19 febbraio 1999, n. 86; 22 settembre 1997, n. 8344; 10 agosto 1996, n. 7410; 4 agosto 1995, n. 8550; 14 giugno 1995, n. 668; 17 novembre 1986, n. 6769.

⁶⁰ Così la definisce la sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126.

⁶¹ La Corte, in particolare, riporta interi brani della sentenza delle SS.UU., 6 giugno 2017, n. 13976, ove si legge: «Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno ad essa e, se tale errore porta a negare tutela alla situazione fatta valere, ciò si risolve in una valutazione di infondatezza della richiesta di tutela, ancorché la statuizione, in quanto proveniente dal giudice di ultimo grado della giurisdizione adita, comporti che la situazione rimanga priva di tutela giurisdizionale. Perché, invece, si configuri un vizio di giurisdizione per c.d. rifiuto dell'esercizio della giurisdizione da parte del giudice speciale cui invece essa compete, è necessario che quel giudice non decida sulla situazione giuridica valutando la fondatezza della domanda, e, quindi, negandole tutela nel concreto esercizio della giurisdizione, ma affermi – contro la regola *iuris* che la giurisdizione sulla domanda gli attribuisce – che la situazione fatta valere non ha tutela in astratto, cioè sul piano normativo, davanti alla propria giurisdizione perché la domanda riguardo ad essa formulata è estranea ad essa e nel contempo anche ad altra giurisdizione (...) Viceversa poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza *in iure* ed *in facto* di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite, assumendo che la negazione di tutela in concreto, cioè con l'applicazione da parte del giudice speciale delle regole sostanziali e processuali interne alle controversie devolute alla sua giurisdizione, si sia risolta in un vizio di violazione delle regole di giurisdizione»; nello

Segue poi l'esame degli argomenti posti a sostegno della tesi della giurisdizione dinamica, ossia, da un lato, la necessità di dare attuazione a principi fondamentali, quali la primazia del diritto comunitario, il giusto processo, l'effettività della tutela, l'unità funzionale della giurisdizione; e, dall'altro, quella di fronteggiare l'eccessiva proliferazione dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶².

Secondo la Corte, queste «considerazioni (...) sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione»⁶³.

In particolare, con specifico riferimento al principio di unità funzionale della giurisdizione, il giudice delle leggi ribadisce che esso non implica anche l'unità organica delle giurisdizioni, espressamente scartata dai Costituenti.

Quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, «non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione»⁶⁴: di qui la loro estraneità al concetto di giurisdizione in senso proprio⁶⁵ e la loro attinenza, semmai, alla diversa nozione di tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e al modo in cui essa deve essere somministrata (art. 111, c. 1, Cost.)⁶⁶.

Né, ancora, la giurisdizione dinamica può essere giustificata sulla base dell'osservazione che altrimenti, data l'incontrollata espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, si assisterebbe, con riferimento ai diritti soggettivi, a divergenti interpretazioni della legge da parte del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ognuno sottoposto ad una differente nomofilachia.

Alla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, infatti, si deve porre rimedio – come in effetti è avvenuto in passato ([sentenze n. 191 del 2006](#) e [n. 204 del 2004](#)) – sollevando questioni di legittimità costituzionale delle norme che delineino tali ipotesi oltre il presupposto costituzionale della inestricabile connessione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Abbandonata l'esperienza dei blocchi e ricondotta la giurisdizione esclusiva ai confini, tracciati dalla Costituzione, della particolarità delle materie, non ha alcun rilievo il temuto rischio di “disomogeneità” nomofilattica⁶⁷ (tra gli orientamenti delle sezioni unite e quelli del Consiglio di Stato), perché tale rischio è accettato dalla Costituzione: «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia nel senso sopra

stesso senso, tra le più recenti, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117; 21 marzo 2017, n. 7157; 10 febbraio 2017, n. 3561; 30 gennaio 2017, n. 2219.

⁶² Un'estensione del concetto di giurisdizione basata su tali argomenti è propugnata, prima della sentenza delle SS.UU. n. 30254 del 2008, da M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

⁶³ Osserva R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., che l'invocazione del principio di effettività⁶³ non può portare a trasformare «la verifica se un giudice ha giurisdizione su una determinata controversia nel controllo su come il giudice decide la controversia stessa».

⁶⁴ In questo senso F. CORTESE, *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511.

⁶⁵ Di ciò si mostra consapevole anche la recentissima sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126, ove, al par. 2.3., si legge: «E' bene chiarire che il riferimento ai fattori di cui sopra – e in particolare al principio del primato del diritto dell'Unione europea e al principio del giusto processo – costituisce soltanto un richiamo del contesto in cui si è sviluppata l'indicata evoluzione del concetto di giurisdizione, ma non postula certamente, nella sentenza in esame e nella successiva giurisprudenza delle Sezioni unite, la diretta attinenza di tali principi, in se stessi, alla giurisdizione nel senso che qui rileva».

⁶⁶ R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit., afferma che l'interpretazione evolutiva della Corte di cassazione «non trova fondamento nella Costituzione, e segnatamente nelle norme costituzionali invocate. Infatti gli invocati artt. 24, c. 1, 113 c. 1 e 2, 111, c. 1, Cost., attengono alle forme di tutela, ma non dicono che le forme di tutela rientrano nelle questioni di giurisdizione. Per converso la “giurisdizione” nel tessuto costituzionale indica il riparto di attribuzioni tra i diversi organi giurisdizionali, come si desume dagli artt. 102 e 103 Cost., in combinato con l'art. 111, ult. c., Cost.».

⁶⁷ Rischio che, in realtà, non consta mai essersi avverato con riferimento ai diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» ([sentenza n. 204 del 2004](#))⁶⁸.

Né infine, secondo la Corte costituzionale, l'ampiamiento del controllo sulla giurisdizione affidato alle sezioni unite «può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare».

La concisa ma densa motivazione sul punto, da un lato, sottolinea quella incertezza di fondo nella giurisprudenza della Corte di cassazione sull'ambito del controllo delle sentenze del giudice speciale in ipotesi di violazione del diritto comunitario e convenzionale di cui si è detto al par. 4⁶⁹, e, dall'altro, mette in luce la riconducibilità anche di questa ipotesi alla categoria della violazione di legge⁷⁰ e non ai motivi inerenti alla giurisdizione.

È intuitivo, del resto, come la contraria posizione dei sostenitori della giurisdizione dinamica faccia della Corte di cassazione non l'organo regolatore della giurisdizione ma il garante ultimo della legittimità comunitaria, convenzionale⁷¹ e addirittura costituzionale⁷² delle norme (di rito e di merito) applicate dal giudice amministrativo e dal giudice contabile⁷³.

La Corte costituzionale osserva, poi, che l'ipotesi della sopravvenienza di una sentenza delle Corti sovranazionali in contrasto con quelle interne (passate in giudicato) sicuramente costituisce un problema sul tappeto, ma «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU ([sentenza n. 123 del 2017](#))⁷⁴».

⁶⁸ In questo senso già le SS.UU. 17 luglio 1973, n. 2078, osservavano «Ma ciò, lungi dal rendere possibile la separata considerazione di tale giurisdizione per assoggettarne l'esercizio al sindacato di questa Corte per violazione di legge, importa soltanto che, qualora il legislatore ordinario attribuisse alla giurisdizione esclusiva un sempre maggior numero di materie (...) ad un certo punto potrebbe porsi il problema della legittimità costituzionale della normativa di attribuzione».

⁶⁹ Incertezza che dalle SS.UU. n. 31126 del 29 dicembre è risolta nel senso di dare rilievo alle ipotesi di contrasto con il diritto eurounitario reso palese da una sentenza (sopravvenuta e non) della Corte di giustizia.

⁷⁰ A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «D'altra parte, l'inconfigurabilità di una questione di giurisdizione nella violazione del diritto comunitario è coerente con la circostanza che una questione del genere non è identificabile neppure nella violazione di una norma costituzionale. Anche in questo caso non si configura un motivo di giurisdizione. E assegnare un rango superiore alla violazione di una norma comunitaria equivarrebbe a determinare una gerarchia rispetto all'ordinamento costituzionale che invece è sempre stata esclusa».

⁷¹ R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e Unità delle interpretazioni*, in questa *Rivista*, *Studi 2015/III*, 807.

⁷² Come, a ben vedere, nel caso di specie, posto che il rifiuto di giurisdizione starebbe nella mancata sollevazione della questione di costituzionalità.

⁷³ G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., osserva: «La Corte, così operando, dilata il concetto di giurisdizione — tradizionalmente intesa, anche all'epoca della Costituente, come sfera di attribuzioni di un giudice di un determinato ordine — penetrando nel cuore delle valutazioni che ciascun giudice fa nell'ambito delle attribuzioni assegnategli. Il sindacato finisce con l'essere quello che riguarda il corretto esercizio del potere giurisdizionale, inserendosi nel sistema un controllo delle violazioni di legge compiute dal giudice speciale in ipotesi particolarmente gravi, secondo l'insindacabile valutazione della Corte»; e ancora: «La Corte di cassazione da giudice regolatore dei conflitti fra giudici si è andata trasformando in organo di vertice delle magistrature, creando le premesse non solo di perniciosi conflitti, ma anche di rivendicazioni perché si intervenga sull'assetto che alle varie giurisdizioni è stato dato dalla Costituzione».

⁷⁴ Nella [sentenza n. 123](#), la Corte, da un lato, ha escluso la sussistenza, allo stato attuale della giurisprudenza convenzionale, di un obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi (par. 15), e, dall'altro, ha chiamato in causa il legislatore, cui spetta la delicata ponderazione tra gli interessi delle vittime di violazioni convenzionali e quelli dei terzi (par. 17).

Passati in rassegna e confutati nei termini ora cennati gli argomenti posti a fondamento della giurisdizione dinamica, la Corte, nei paragrafi successivi, conclude ribadendo, in positivo e in negativo, i confini costituzionali della nozione di motivi inerenti alla giurisdizione.

Dal primo punto di vista, «L'eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché in quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»⁷⁵.

In negativo, invece, deve escludersi che con i motivi inerenti alla giurisdizione si possano fare valere «le censure di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda»; né sono consentite soluzioni «intermedie come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, 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»⁷⁶.

Queste considerazioni fondano, dunque, la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

6. *L'inammissibilità della questione sollevata dal TAR Campania*

Anche l'ordinanza del Tar Campania viene dichiarata inammissibile ma (ovviamente) per altro ordine di ragioni.

Ad impedire l'esame del merito della questione è in questo caso un ritenuto difetto di motivazione dell'ordinanza con riferimento al verso dell'addizione.

Si è già detto, infatti, che, a differenza degli altri due rimettenti, il Tribunale Campano ha chiesto alla Corte non un'ablazione secca (e parziale) della norma indubbiata, ma una pronuncia additiva che attribuisca al giudice ordinario una ulteriore “fetta” di giurisdizione.

Secondo il rimettente tale addizione sarebbe in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 e con la esigenza di non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta.

La Corte ha ritenuto tale motivazione insoddisfacente, perché essa «nulla dice sul perché l'addizione invocata sia considerata costituzionalmente obbligata, specie ove si consideri che la giurisdizione che si vorrebbe attribuire al giudice ordinario riguarderebbe anche fatti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione della organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della l. 23 ottobre 1992, n. 421), quando, cioè, quel rapporto era ancora pienamente pubblicistico e quindi notoriamente contrassegnato anche e soprattutto da posizioni di interesse

⁷⁵ Si vedano le sentenze delle SS.UU. riportate *supra* alla nota 7.

⁷⁶ In questo senso R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.: «Si crea così una categoria potenzialmente illimitata, in cui la Cassazione si riserva di sindacare sia l'*error in procedendo* che quello *in iudicando*, in caso di ritenuto “radicale stravolgimento” delle norme di rito o di merito, che si traduca in un diniego di giustizia».

legittimo, che così verrebbero distratte dal giudice naturale, che è quello amministrativo ([sentenza n. 140 del 2007](#))».

La dichiarazione di inammissibilità tocca – o meglio sfiora – uno degli snodi più discussi⁷⁷ nella definizione dei possibili ambiti di attribuzione delle giurisdizioni, ossia quello della conformità o meno al disegno costituzionale di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

La posizione della Corte costituzionale sembra essere negativa: se è vero che è il giudice amministrativo ad essere il «giudice naturale» degli interessi legittimi⁷⁸, deve desumersi che solo in capo ad esso la Costituzione prevede la possibilità di configurare ipotesi di giurisdizione esclusiva (sussistendo il presupposto dell'inestricabile connessione tra diritti soggettivi e interessi legittimi).

7. La non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7

La Corte ha avuto comunque la possibilità di affrontare nel merito la questione di costituzionalità dell'art. 69, c. 7, sollevata dal TAR Lazio, risolta – come era prevedibile leggendo attentamente la [sentenza n. 123 del 2017](#) – con una pronuncia di non fondatezza.

Già con la sentenza da ultimo citata, infatti, si era messo in evidenza che le sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#), da cui hanno preso le mosse tutti i rimettenti, hanno accertato «la violazione del diritto dei ricorrenti all'equo processo, non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale, dal momento che il termine dell'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, è stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale. Secondo la Corte EDU, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (e non il termine previsto dalla norma, “finalizzato alla buona amministrazione della giustizia” e “in sé non eccessivamente breve”) ha impedito ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero “adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze”».

La Corte costituzionale, dunque, ribadisce, con la pronuncia in commento, che oggetto di censura da parte della Corte di Strasburgo non è la «coerenza della norma censurata dai rimettenti con i parametri convenzionali, poiché essa, di per sé, fissa un termine ispirato ad una finalità legittima e (più che) ragionevole⁷⁹, il che, evidentemente, esclude anche la sua illegittimità costituzionale»⁸⁰, ma esclusivamente l'impedimento all'accesso a un tribunale originato da un mutamento giurisprudenziale.

Aggiunge la Corte che tale inconveniente potrebbe condurre, semmai, sussistendone i presupposti, all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile⁸¹, attualmente disciplinato dall'art. 37 cod. proc. amm., ai sensi del quale «il giudice può disporre anche d'ufficio la rimessione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto».

⁷⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2016, 387 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 663.

⁷⁸ Il richiamo è alla [sentenza n. 120 del 2007](#), ove la Corte ha affermato che il giudice amministrativo è «il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica». In senso contrario si potrebbero leggere le [sentenze n. 377 del 2008](#) e [n. 240 del 2006](#), nonché l'[ordinanza n. 414 del 2001](#), ma vi è chi sostiene che in questi casi le situazioni soggettive prese in considerazione dal legislatore ed affidate al giudice ordinario sarebbero solo ed esclusivamente di diritto soggettivo.

⁷⁹ Si vedano i paragrafi 28 e 51 delle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#). In questo senso anche E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2017, 194 ss.

⁸⁰ Del resto, prosegue la sentenza, «questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7, sollevate sulla base di diversi parametri interni – nella sostanza coincidenti con quelli convenzionali invocati dal rimettente – sono state sempre rigettate da questa Corte ([ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328](#) e [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#))».

⁸¹ In questo senso E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione*, cit.

Tale norma – che ha una portata più ampia di quella che prevede la rimessione in termini nel processo civile (anche in seguito alla riformulazione dell’istituto con il suo spostamento dall’art. 184-*bis* all’art. 153, c. 2, cod. proc. civ. e anche alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di *prospective overruling*⁸²) – e quelle precedenti, delle quali essa è semplicemente ricognitiva⁸³, sono sempre state interpretate come applicabili anche alle decadenze dall’azione, quindi anche ai termini non processuali in senso stretto, e anche a fronte di diritti soggettivi e nella materia del pubblico impiego⁸⁴; e da sempre il contrasto giurisprudenziale sulla portata interpretativa di una norma o, a maggior ragione, il mutamento giurisprudenziale sono stati considerati idonei, in astratto, a giustificare la rimessione in termini per errore scusabile⁸⁵.

È evidente, poi, che la valutazione della sussistenza, volta per volta e in concreto, dei presupposti per la ricorrenza dell’errore scusabile spetta al giudice comune.

A tal riguardo, tuttavia, particolarmente utile appare la precisazione che la sentenza opera, ad altri fini, con riferimento al panorama giurisprudenziale interno.

Quest’ultimo, secondo la Corte, potrebbe far dubitare che nel caso che ha dato origine alle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#) vi sia stata davvero la «sorpresa» della buona fede⁸⁶ dei ricorrenti su cui esse poggiano.

Le pronunce in questione sembrano ignorare, infatti, che la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto meno dal 2001⁸⁷, afferma che l’art. 69, c. 7, non pone una questione di riparto di giurisdizione ma di decadenza dall’azione⁸⁸, con la conseguenza che il giudice regolatore della giurisdizione ha sempre escluso la cognizione del giudice ordinario sulle controversie in esame.

⁸² Cassazione civile, sez. III, 30 maggio 2017, n. 13522; sez. III, 17 gennaio 2017, n. 929; sez. I, 19 dicembre 2016, n. 26188; sez. VI, 27 luglio 2016, n. 15530; sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585; sez. VI, 30 luglio 2015, n. 16132; SS.UU., 21 maggio 2015, n. 10453; sez. VI, 11 maggio 2015, n. 9443; sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 950; sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174; sez. III, 17 dicembre 2014, n. 26541; sez. VI, 4 giugno 2014, n. 12521; sez. lavoro, 11 marzo 2013, n. 5962; sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23836; SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144; sez. II, 2 luglio 2010, n. 15811; si veda anche A. PANZAROLI, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 6, 1636 ss.

⁸³ Artt. 34 e 36 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato); art. 34 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali); art. 13, c. 1, lettera a), del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi). Si veda anche l’art. 11, c. 5, cod. proc. amm, che disciplina l’ipotesi specifica relativa alla *translatio iudicii*.

⁸⁴ A mero titolo esemplificativo, si vedano con riferimento alla erronea scelta della giurisdizione in seguito alla privatizzazione del pubblico impiego: TAR Lazio, sez. III, 7 giugno 2017, n. 6688; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2017, n. 454; Consiglio di Stato, sez. III, 18 agosto 2016, n. 3593; Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3031; Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3714; Consiglio di Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 254; TAR Sardegna, sez. II, 26 novembre 2014, n. 1017; TAR Abruzzo, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 42; Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2283; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 710; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 501; TAR Lazio, sez. III, 16 gennaio 2013, n. 416; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 novembre 2012, n. 5979; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 612; TAR Campania, sez. IV, 26 giugno 2012, n. 3011; TAR Puglia, sez. I, 22 marzo 2005, n. 1570.

⁸⁵ F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice nuovo processo amministrativo*, sub art. 37 (errore scusabile), Roma, 2012, 451; L. GILL, *Sulla rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e sui valori così tutelati*, in *Foro amm. TAR*, 10, 2002, 3216 ss.; A. TRAVI, *La plenaria interviene sul c.p.a., segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d’ufficio e concessione del beneficio dell’errore scusabile*, in *Urb. e app.*, 2011, 3, 326 ss.

⁸⁶ Si veda il par. 20 delle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#).

⁸⁷ Si veda *supra* la nota 39.

⁸⁸ Secondo la Corte costituzionale, la norma introdurrebbe «una misura processuale con effetti sul diritto sostanziale» ([ordinanza n. 213 del 2005](#)), ovvero una «decadenza sostanziale» ([sentenza n. 123 del 2017](#)); secondo le SS.UU. della Corte di cassazione, «è diritto vivente quello che prevede essere stata fissata la data del 15.9.2000 non quale limite alla persistenza (relativamente alle questioni caratterizzate dai già indicati requisiti temporali) della giurisdizione amministrativa, ma quale termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale, con conseguente attinenza di ogni questione sul punto ai limiti interni della giurisdizione» (tra le tante e da ultimo, SS.UU., 30 settembre 2014, n. 20566); secondo l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, «alle origini la giurisprudenza aveva ritenuto che la disposizione fosse rivolta a fissare la giurisdizione del giudice ordinario per i ricorsi proposti dopo la data del 15 settembre 2015. Tuttavia, successivamente è prevalso, nella giurisprudenza della Corte di cassazione ed in quella amministrativa, il diverso orientamento che ricollegava alla scadenza di tale termine la radicale perdita del diritto a far valere, in ogni sede, ogni tipo di contenzioso» (ordinanza 4 marzo 2015, n. 2; in termini identici anche la sentenza dell’adunanza plenaria 21 febbraio 2007, n. 4).

Tale ignoranza sarebbe dovuta, «secondo l'Università di Napoli, che lamenta di non aver potuto prendere parte al processo convenzionale, ad una carente esposizione dei fatti ad opera dello Stato italiano», il che dimostra, secondo la Corte, la serietà del problema della mancata partecipazione dei terzi al giudizio convenzionale già segnalato con la [sentenza n. 123 del 2017](#)⁸⁹.

Come si diceva, al di là di tale pure importante profilo, la precisazione può rivelarsi un ausilio interpretativo per il giudice comune chiamato (anche d'ufficio) a decidere sulla sussistenza dei presupposti della rimessione in termini.

Ferma la particolarità dei casi di volta in volta portati all'attenzione dei tribunali, infatti, laddove si assegnasse valore preminente alla interpretazione offerta dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione (in quanto organo regolatore della giurisdizione e in quanto vertice del plesso giurisdizionale che sulla base di quella interpretazione sarebbe stato "competente"), difficilmente potrebbe ritenersi sussistere un errore scusabile, quanto meno a decorrere dal consolidamento di quell'indirizzo giurisprudenziale; la prognosi sarebbe favorevole ai ricorrenti, invece, laddove si valorizzasse la presenza di sentenze del giudice amministrativo di segno contrario⁹⁰.

8. La sentenza n. 31126 della Corte di cassazione

Prima del deposito della sentenza della Corte costituzionale ma successivamente alla camera di consiglio nella quale essa è stata decisa, le sezioni unite, con la sentenza n. 31126 del 29 dicembre 2017, sono tornate *ex professo* sul tema del rifiuto di giurisdizione.

La pronuncia⁹¹ si segnala per l'apprezzabile tentativo di ricostruzione della pregressa giurisprudenza sulla giurisdizione dinamica o funzionale⁹², «quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive», e per la volontà di offrirne una interpretazione finale.

Secondo le sezioni unite, «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

Il punto di arrivo – secondo la sentenza in commento – è che pongono delle questioni di giurisdizione le censure con cui ci si dolga che il giudice amministrativo o contabile abbia "stravolto" le "norme di riferimento" (processuali o sostanziali, nazionali e non) – e che questo stravolgimento abbia comportato un diniego di tutela giurisdizionale in concreto.

⁸⁹ Ivi si legge: «È noto, infatti, che quest'ultimo vede come parti necessarie il ricorrente e lo Stato autore della violazione, mentre l'intervento degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno – cui peraltro il ricorso non deve essere notificato – è rimesso, ai sensi dell'art. 36, par. 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale "può invitare" "ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze". Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale».

⁹⁰ TAR Campania, sez. V, 7 dicembre 2001, n. 5845; TAR Puglia, sez. II, 29 giugno 2002, n. 3020; TAR Puglia, sez. I, 7 marzo 2003, n. 1095; TAR Sardegna, 21 marzo 2003, n. 350; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 agosto 2003, n. 4830, e, dubitativamente, l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2006, n. 2729. La tesi, tuttavia, già rifiutata da Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3120, può dirsi definitivamente abbandonata con la già citata sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 21 febbraio 2007, n. 4.

⁹¹ Molto attesa, anche perché giunta in seguito ad un seminario organizzato presso la Corte di cassazione il 21 settembre 2017 (con la collaborazione degli uffici studi della stessa Corte di cassazione e del Consiglio di Stato) ed avente ad oggetto proprio il tema dei limiti del sindacato delle SS.UU. in sede di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

⁹² Contrapposta in sentenza alla «tradizionale interpretazione "statica" – propria delle disposizioni codicistiche».

Porrebbe una questione di giurisdizione anche la censura con cui si lamenta che il giudice amministrativo o contabile abbia fornito della norma interna una interpretazione che implichi un diniego in concreto della tutela apprestata dal diritto dell'Unione europea, a condizione che vi sia stato un intervento della Corte di giustizia che abbia chiarito il significato delle disposizioni comunitarie rilevanti, sì da esaurire il margine di opinabilità interpretativa per il giudice nazionale.

Sulla base di tali principi – che si pongono in linea di sostanziale continuità con quella che la Corte costituzionale definisce la “soluzione intermedia” del filone evolutivo – la Corte di cassazione ha quindi cassato con rinvio l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, che avrebbe negato tutela alla impresa ricorrente, adottando una interpretazione delle norme processuali sulla legittimazione e l'interesse ad agire (ritenuti insussistenti in ragione della ravvisata legittimità della esclusione dalla gara) che ha condotto al mancato esame delle censure spiegate con i motivi aggiunti.

Tale decisione, infatti, sarebbe stata adottata in violazione delle norme europee di riferimento, e in particolare dell'art. 1, par. 3⁹³, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1989 (come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007), nella interpretazione datane dalla Corte di giustizia (con le sentenze 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*; 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; 11 maggio 2017, C-131/16, *Arczhus*).

9. I possibili scenari futuri

Sia la Corte di cassazione che il Consiglio di Stato saranno chiamati molto presto a fare i conti con le nette affermazioni della Corte costituzionale sulla contrarietà del concetto di giurisdizione dinamica all'art. 111, c. 8, Cost.

Per le sezioni unite ciò avverrà proprio nel prosieguo del giudizio principale dal quale è originata la questione di costituzionalità dichiarata inammissibile dalla Corte con la sentenza in commento.

La Corte di cassazione sembra avere, in astratto, tre alternative: quella di ripiegare sulla intempestività del ricorso per cassazione per le ragioni viste al par. 3, evitando così di doversi confrontare, quanto meno nell'immediato, con la bocciatura della giurisdizione dinamica proveniente dalla Corte costituzionale; ovvero quella, più probabile, di prenderne atto e dichiarare il ricorso inammissibile per insussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione; ovvero quella, meno probabile (perché segnerebbe la nascita di un conflitto istituzionale tra le sezioni unite e la Corte costituzionale, che vedrebbe le prime negare alla seconda il ruolo di «interprete ultimo» delle norme costituzionali per confermare un suo indirizzo giurisprudenziale minoritario), di ribadire la propria concezione dinamica della giurisdizione.

Quest'ultima soluzione, peraltro, non potrebbe condurre nel caso specifico ad una cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, perché vi osterebbe la permanenza in vita dell'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Il Consiglio di Stato, invece, si dovrà misurare con le affermazioni della Corte costituzionale nel giudizio di rinvio originato dalla sentenza n. 31126 della Corte di cassazione.

In quella sede sembra difficile ipotizzare che il giudice amministrativo ignori la posizione della Corte costituzionale che lo affranca dal controllo allargato che la Corte di cassazione si è andata attribuendo nell'ultimo decennio.

I giudici di Palazzo Spada dovranno allora valutare la percorribilità dei rimedi a loro disposizione per liberarsi dal vincolo posto dalle sezioni unite sul presupposto della natura dinamica della giurisdizione.

⁹³ Ai sensi del quale, «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

Le strade astrattamente percorribili sono tre: quella di considerare insussistente un obbligo di conformarsi alla pronuncia della Corte di cassazione, quella di sollevare questione di costituzionalità in via incidentale⁹⁴ e, infine, quella di promuovere un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

La prima, che è apparentemente la più radicale, è già stata sostenuta in dottrina⁹⁵ ed ha un importante precedente in una lontana pronuncia della Corte dei conti del 1965⁹⁶, che disconobbe l'effetto della sentenza resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, sul rilievo di fondo che una sentenza emessa in violazione della riserva costituzionale di giurisdizione, data la gravità del vizio, può considerarsi inesistente e/o inefficace.

Questo disconoscimento dovrebbe investire non l'aspetto procedurale dell'assenza di una norma che espressamente consenta alla Corte di cassazione il rinvio al giudice speciale in sede di statuizione sulla giurisdizione⁹⁷ ma quello sostanziale della impossibilità per le sezioni unite di rendere una pronuncia che, adottata sotto l'ombrello della giurisdizione (dinamica), vincoli il giudice amministrativo ad una determinata statuizione di rito o di merito⁹⁸, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost.

Tale soluzione è solo apparentemente la più radicale, perché, in realtà, essa consente di non coinvolgere nuovamente la Corte costituzionale in quella che potrebbe apparire una sorta di non commendevole guerra tra Corti (salvo che poi avverso la decisione del Consiglio di Stato, che

⁹⁴ La via incidentale sembra essere già stata indicata dalla Corte nell'unico caso di conflitto di attribuzioni tra organi giurisdizionali portato alla sua attenzione (sentenza n. 385 del 1996, punto 3.1. del *Considerato in diritto*), ove il conflitto è stato dichiarato inammissibile nella fase di merito ma – sembrerebbe – per assenza di tono costituzionale.

⁹⁵ Si veda, MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1693: l'Autore, nel citare V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss, afferma: «Una pronuncia del Giudice della giurisdizione che violi la “riserva costituzionale di giurisdizione”: - “potrebbe essere considerata *tamquam non esset*, secondo il principio in base al quale la carenza di potere in radice dà luogo ad un atto inesistente” (in modo analogo a quanto statuito qualche anno prima dalla Corte dei conti); - o, diversamente, “si dovrebbe allora configurare un conflitto di attribuzioni denunciabile davanti alla Corte costituzionale”». Si veda anche F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit.,

⁹⁶ Corte dei conti, Sezioni riunite, ordinanza 12 maggio 1965, n. 19, in *Foro Amm.*, 1965, I, 3, 107: «come non può farsi luogo a sospensione del procedimento innanzi la Corte di conti allorché sia illegittimamente instaurato innanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione il regolamento preventivo di giurisdizione, così non può riconoscersi effetto, negli stessi giudizi, della sentenza delle Sezioni Unite resa a seguito del proposto ricorso, posto che la inapplicabilità dell'istituto alle giurisdizioni speciali vizia in radice l'intero procedimento dal suo atto introduttivo a quello terminale».

⁹⁷ Dovendosi condividere il nuovo corso seguito dalle SS.UU. che affermano di poter rinviare al giudice speciale in seguito a cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 382 cod. proc. civ., nuovo corso inaugurato con la nota sentenza n. 22 febbraio 2007, n. 4109, in tema di *translatio iudicii*, ove si prende in espressa considerazione anche l'ipotesi, ricorrente in quel caso, del diniego di giurisdizione da parte del giudice speciale (che erroneamente si dichiara incompetente in favore di quello ordinario). Che, con riferimento all'ipotesi di diniego di giurisdizione, si trattasse veramente di nuovo corso viene escluso da R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Federalismi.it*. In ogni caso, il principio generale viene poi calato anche alle ipotesi di rifiuto di giurisdizione: «Come di recente considerato da queste Sezioni Unite (ord. n. 10174 del 2011) l'art. 382 del codice di rito civile, a seguito dell'introduzione nell'ordinamento delle norme che attuano il principio della *translatio iudicii* (delineato da S.U. n. 4109 del 2007 e applicato da [Corte cost. sent. n. 77 del 2007](#)), e segnatamente della L. n. 69 del 2009, art. 59 e del d.lgs. n. 104 del 2010, art. 11, deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto qualora non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, in tutti gli altri casi essendo statuito che il processo, ad impulso di parte e con atto di proposizione dell'interessato (art. 59, c. 2 ed art. 11, c. 4 appena citati), possa continuare. E nel predetto senso si sono del resto orientate queste Sezioni Unite (n. 25395 del 2010) con la cassazione di una pronuncia del Consiglio di Stato per indebito “rifiuto” dell'esercizio della propria giurisdizione in una vicenda di mancata concessione della tutela risarcitoria conclusa nel quadro normativo preesistente al d.lgs. n. 104 del 2010, art. 40» (17 febbraio 2012, n. 2312; nello stesso senso, SS.UU. 16 dicembre 2010, n. 25395; 10 maggio 2011, n. 10174; 5 ottobre 2015, n. 19787; 29 dicembre 2017, n. 31126). In senso adesivo si veda B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione*, cit. Per una critica articolata alla posizione poi fatta propria dalla Corte di cassazione (ma prima della l. n. 59 del 2009), si veda F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit.

⁹⁸ In aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 77 del 2007](#) (come ricordato al par. 5) e con l'art. 386 cod. proc. civ., ai sensi del quale «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

consideri non vincolante la statuizione sulla giurisdizione dinamica, non insorga la stessa Corte di cassazione).

La seconda opzione praticabile dal Consiglio di Stato, ossia quella di sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale, appare invece meno piana, in considerazione della non facile individuazione delle norme oggetto del dubbio di costituzionalità che siano anche rilevanti nel giudizio di rinvio.

Secondo una prima ipotesi, il giudice amministrativo potrebbe chiedere alla Corte costituzionale di accertare l'illegittimità delle norme che, nell'interpretazione della Cassazione, hanno portato ad una statuizione sulla giurisdizione che ha l'effetto di vincolarlo nella decisione di una questione – nel caso di specie – di rito, ossia di imporgli, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost., una certa interpretazione di determinate norme processuali (quelle sulla legittimazione e sull'interesse ad agire).

Resterebbe da capire quali possano essere, in concreto, le norme oggetto di censura: se quelle sulla giurisdizione dinamica (cioè quelle che, di volta in volta, prevedano una forma di tutela non somministrata in concreto o quelle processuali o sostanziali la cui erronea interpretazione precluda l'esame del merito della questione) oppure quelle che fondano e perimetrano la giurisdizione del giudice della giurisdizione (gli artt. 362, c. 1, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm.).

La seconda soluzione sembrerebbe, di primo acchito, quella più corretta, posto che oggetto della questione di costituzionalità dovrebbero essere le norme su cui la Corte di cassazione poggia, in generale, la sua ricostruzione dei motivi inerenti alla giurisdizione, e quindi lo spettro di operatività del suo controllo sulle sentenze del giudice speciale.

Si potrebbe obiettare che la questione, così congegnata, rischierebbe di andare incontro a una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza, alla stregua di quella giurisprudenza costituzionale secondo cui il giudice del rinvio è vincolato alle statuizioni del giudice superiore in punto di giurisdizione e di competenza, e quindi non deve fare applicazione della norma censurata⁹⁹.

Tale ricostruzione, tuttavia, sembrerebbe presupporre che il giudice superiore abbia statuito sulla giurisdizione o sulla competenza, mentre qui l'assunto del rimettente sarebbe proprio che la Cassazione, sotto le spoglie di un giudizio inerente alla giurisdizione abbia, in realtà, reso una vera e propria decisione di rito o di merito non consentita dalla Costituzione.

Laddove si dovesse ritenere che, anche a prescindere dall'inesistenza di un vincolo di conformazione in capo al giudice del rinvio, la questione vada incontro a un difetto di rilevanza, perché il giudice *a quo* non deve comunque fare applicazione delle norme in esame per la definizione del giudizio di rinvio (regolando esse, piuttosto, quello di cassazione), resterebbe da verificare la possibilità di investire dell'incidente di costituzionalità le singole norme sulla giurisdizione dinamica via via individuate dalle sezioni unite (nel caso di specie quelle processuali sulla legittimazione e l'interesse a ricorrere¹⁰⁰ male interpretate – *rectius* “stravolte” – dal Consiglio di Stato).

In tal caso la questione cadrebbe sulle disposizioni processuali o sostanziali restituite al rimettente (perché ne faccia applicazione sulla base dell'interpretazione fatta propria dalle Corte di cassazione), nella parte in cui pongono una questione di giurisdizione (dinamica) e, così facendo, impongono un vincolo interpretativo, di rito o di merito, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost.

Anche questa soluzione, tuttavia, potrebbe essere considerata non corretta, poiché anche le norme sulla giurisdizione dinamica, in realtà, potrebbero essere ritenute irrilevanti nel giudizio di rinvio, dove le disposizioni processuali o sostanziali stravolte verrebbero in rilievo non nella parte in cui (secondo le sezioni unite) pongono una questione di giurisdizione ma in quella in cui disciplinano un'attività processuale o una fattispecie sostanziale (e quindi recano una norma di rito o di merito).

⁹⁹ [Ordinanze n. 92 del 2016](#), [n. 410 del 1994](#), [n. 44 del 1994](#), [n. 465 del 1989](#), [n. 332 del 1987](#), [n. 237 del 1976](#); sentenze [n. 270 del 2014](#), [n. 294 del 1995](#), [n. 274 del 1995](#), [n. 110 del 1995](#), [n. 25 del 1989](#), [n. 116 del 1974](#), [n. 132 del 1970](#).

¹⁰⁰ Se è facile individuare la disposizione che reca la norma per l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.), lo stesso non può dirsi per la legittimazione a ricorrere (in genere si fa riferimento all'art. 81 cod. proc. civ., che andrebbe, forse, combinato con l'art. 276, c. 2, cod. proc. civ. e con gli artt. 35 e 76, c. 4, cod. proc. amm.).

Questa soluzione, peraltro, sembra presentare l'inconveniente – non certo di scarso rilievo pratico – di costringere il rimettente a sollevare tante questioni di costituzionalità quante fossero le future pronunce della Corte di cassazione adottate sulla base di un medesimo concetto di giurisdizione non conforme a quello presupposto dalla Costituzione.

A ben vedere, sembra allora più plausibile ritenere che le norme oggetto della questione di costituzionalità debbano essere individuate in quelle processuali che pongono in capo al Consiglio di Stato, in sede di rinvio, l'obbligo di conformazione alla pronuncia delle sezioni unite in punto di giurisdizione¹⁰¹, nella parte in cui tale vincolo si consideri esteso anche alle ipotesi di rifiuto di giurisdizione (dinamica).

E' certo, infatti, che di tali norme il giudice del rinvio deve fare applicazione (a meno di non considerare inesistente e/o inefficace la pronuncia della Cassazione, secondo la prima ipotesi prospettata); che l'accoglimento della questione di costituzionalità delle stesse spiegherebbe una influenza concreta nel giudizio *a quo*, liberando il giudice dall'obbligo di conformarsi alla pronuncia delle sezioni unite; e che esse recano il precetto che si assume in contrasto con la Costituzione (impongono al giudice del rinvio l'adozione di una pronuncia di rito o di merito, sotto la veste di una statuizione sulla giurisdizione).

L'altra via – probabilmente meno accidentata di quanto comunemente si pensi – è quella del conflitto di attribuzioni¹⁰².

Esso dovrebbe avere quale oggetto l'asserita violazione da parte della Cassazione, a mezzo della pronuncia in questione, delle spettanze costituzionali del Consiglio di Stato, spettanze che si assumerebbero lese perché la decisione delle sezioni unite sulla giurisdizione è in realtà una decisione di rito non consentita dall'art. 111, c. 8, Cost.¹⁰³, che sottrae il Consiglio di Stato e la Corte dei conti al controllo nomofilattico della Corte di cassazione.

La dottrina tradizionale¹⁰⁴ era scettica sulla configurabilità di un conflitto di attribuzioni tra organi giurisdizionali, sulla base di due ordini di motivi: 1) il conflitto è azionabile solo tra poteri dello Stato, mentre nel caso di specie saremmo di fronte a più organi del medesimo potere; 2) l'art. 37, c. 2, della l. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), nel regolare il conflitto tra poteri, afferma che «Restano ferme le norme vigenti per la questione di giurisdizione», con la conseguenza che quest'ultima non potrebbe essere conosciuta dalla Corte costituzionale ma solo dalla Corte di cassazione.

Entrambe queste obiezioni sembrerebbero superate alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle osservazioni della dottrina più recente¹⁰⁵.

Quanto al primo aspetto, infatti, nessuno ormai dubita più della legittimazione di ogni singolo giudice a sollevare conflitto davanti alla Corte, in ragione della natura diffusa del potere giurisdizionale¹⁰⁶, e tanto basta ad ammettere la legittimazione soggettiva (attiva e passiva) del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.

¹⁰¹ Si vedano *supra* le note 97 e 98. Andrebbero considerati, ai fini dell'esatta individuazione della disposizione da censurare, anche l'art. 59, c. 1, della l. n. 69 del 2009 e l'art. 384 cod. proc. civ.

¹⁰² Prospettato in dottrina da più parti. Si vedano F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit., 305; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte*, cit.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.; R. VILLATA, *«Lunga marcia della Cassazione» verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, cit.; R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit.

¹⁰³ Sulla riserva di nomofilachia degli organi di vertice delle giurisdizioni speciali si rinvia *supra* alla nota 54.

¹⁰⁴ Si vedano, A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, 1992, Milano, e A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Nov. Dig. It.*, 369, Torino, II, 1981.

¹⁰⁵ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale* 2012, 430 ss.; e, con specifico riferimento al possibile conflitto tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione in relazione alla vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa, si vedano gli Autori citati *supra* alla nota 102.

¹⁰⁶ Tra le tante, si vedano le sentenze della Corte costituzionale [n. 52 del 2016](#), [n. 29 del 2014](#); e le [ordinanze n. 244 e n. 69 del 2013](#), [n. 297 del 2011](#), [n. 332 del 2009](#).

Quanto al secondo aspetto, invece, la Corte, in ben quattro occasioni¹⁰⁷ (da ultimo con la [sentenza n. 2 del 2018](#)¹⁰⁸), ha chiarito che il citato art. 37, c. 2, non può essere inteso nel senso che la persistenza della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione escluda la competenza della Corte costituzionale a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali; ed ha quindi affermato che è ben possibile che oggetto del conflitto sia proprio la sentenza¹⁰⁹ della Cassazione resa in sede di regolamento di giurisdizione *ex art. 111, ult. c., Cost.*

Quali che siano i prossimi avvenimenti, è certo che essi non potranno che prendere le mosse dalla sentenza della [Corte costituzionale n. 6 del 2018](#), che, attesa la nitidezza della soluzione adottata nel tracciare i confini del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione e nel mettere in evidenza il nesso funzionale dell'istituto con l'autonomia costituzionale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, può a buon diritto dirsi una sentenza storica per la definizione dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quelle amministrativa e contabile.

¹⁰⁷ [Sentenze n. 2 del 2018](#), [n. 52 del 2016](#), [n. 259 del 2009](#) e [n. 150 del 1981](#).

¹⁰⁸ Al punto 9 del *Considerato in diritto* si legge: «Infine, anche questioni di giurisdizione, già prospettate come tali di fronte alla Corte di cassazione, possono essere oggetto di un conflitto di attribuzione: ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 362 del codice di procedura civile) e ricorsi per conflitto sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi, e non si può escludere che siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale ([sentenze n. 52 del 2016](#), [n. 259 del 2009](#) e [n. 150 del 1981](#))».

¹⁰⁹ La Corte costituzionale afferma, in via generale, che gli atti giurisdizionali possono essere oggetto del conflitto di attribuzioni, quando sia contestata radicalmente la loro riconducibilità alla funzione giurisdizionale ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. Il conflitto è invece inammissibile qualora si risolva in strumento improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale, valendo contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni (*ex multis*, [sentenze n. 52 del 2016](#), [n. 235 del 2015](#), [n. 107 del 2015](#), [n. 252 del 2013](#), [n. 81](#), [87](#) e [88 del 2012](#)).