



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

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](#))

ABSTRACT: *The article analyses the Supreme Court of Cassation's reference for a preliminary ruling [No. 19598 of 2020](#). The article focuses on the first and more important question, whereby the Joint Chambers – in open contrast with [Judgment No. 6 of 2018 of the Italian Constitutional Court](#) – asked the Court of Justice of the European Union to verify the compatibility of Article 111(8) of the Constitution with Union law. According to said constitutional provision, decisions of the Council of State and of the Court of Auditors can be appealed to the Supreme Court of Cassation “only for reasons of jurisdiction” (and not, therefore, for errores in iudicando or errores in procedendo). This expresses a deliberate choice to consolidate the pluralistic organization of jurisdictions in existence for over a century, an arrangement that constitutes a foundational and fundamental trait of Italian justice.*

SOMMARIO: 1. I quesiti pregiudiziali. – 2. L'organizzazione giudiziaria italiana: la pluralità delle giurisdizioni e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. – 3. Gli equivoci dell'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#). – 4. Riflessioni conclusive.

1. I quesiti pregiudiziali

1.1. Con l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale del 18 settembre 2020, n. 19598](#)¹, la Corte di Cassazione ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire:

1) se gli artt. 4, par. 3, e 19, par. 1, del TUE, e gli artt. 2, parr. 1 e 2, e 267 del TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino «ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111, Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo», secondo cui avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per fare valere la violazione di norme comunitarie;

2) se i medesimi articoli del diritto dell'Unione ostino «ad una prassi giurisprudenziale nazionale», secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) non può essere utilizzato per fare valere l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti);

3) se i principi affermati dalla Corte di giustizia, con le sentenze decima sezione, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, Grande sezione, 5 aprile 2016, in causa C-689/13, Puligienica, e decima sezione, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, siano applicabili anche all'ipotesi in cui con il ricorso

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

** Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Per i primi commenti all'[ordinanza](#) si vedano S. BARBARESCHI – A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598?*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020; R. BIN, *È scoppiata la “terza guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in [Federalismi.it](#), 18 novembre 2020; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in [Questione Giustizia](#), 19 ottobre 2020; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio giusto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in [Giustizia Insieme](#), 11 novembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2020, 675 ss; B. NASCIMBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?* in [Giustizia Insieme](#), 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in [Giustizia Insieme](#), 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, in [Giustizia Insieme](#), 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in [Foro News](#) 12 ottobre 2020.

principale venga fatta valere l'illegittimità dell'aggiudicazione «per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara».

1.2.- Con tali quesiti pregiudiziali, dunque, la Corte di cassazione chiede alla Corte di giustizia di accertare, rispettivamente:

1) la compatibilità con il diritto dell'Unione della generale scelta di fondo dell'ordinamento interno, consacrata in una norma costituzionale, di affidare la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo, con la conseguenza che le sentenze del suo organo di vertice non possano essere sindacate, in rito o in merito, dalla Corte di cassazione, anche nello specifico caso di violazione di norme comunitarie;

2) la compatibilità con il diritto dell'Unione della conseguente impossibilità di sindacare, quale motivo inerente alla giurisdizione, l'errore processuale del Consiglio di Stato che, in ipotesi, abbia violato l'obbligo di rinvio alla Corte di giustizia, ovvero della (del pari conseguente) inesistenza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale in capo alla Corte di cassazione, essendo il Consiglio di Stato l'organo giurisdizionale di ultimo grado della giustizia amministrativa;

3) nel merito (*rectius* in rito), la compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme di diritto interno del processo amministrativo che, a determinate condizioni, comportano, nella materia degli appalti pubblici, la preclusione dell'esame del ricorso principale proposto da un soggetto partecipante ad una gara, in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario (o da altro partecipante).

Il primo quesito attiene, *in generale*, alla individuazione del giudice chiamato a decidere, in ultima istanza, le controversie di diritto amministrativo che involvano la violazione del diritto comunitario; il secondo, del tutto consequenziale e sempre su un piano generale, al soggetto facoltizzato ovvero obbligato, quale giudice di ultima istanza, al rinvio pregiudiziale; il terzo, invece, attiene alla norma di diritto applicabile alla *specifica* controversia del caso concreto (vertente nella materia degli appalti pubblici).

Su quest'ultimo quesito, riconducibile alla *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, non ci si intende soffermare in questa sede, se non per segnalare che esso, di fatto, non è più attuale, dal momento che dopo la citata sentenza Lombardi della Corte di Giustizia (resa successivamente alla sentenza impugnata in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione²), la giurisprudenza amministrativa consolidata³ ha seguito l'interpretazione fornita dai giudici europei, secondo cui – in sostanza – l'accoglimento del ricorso incidentale non può in ogni caso precludere l'esame di quello principale, non potendosi escludere che l'eventuale accoglimento di quest'ultimo comporti la ripetizione della gara, con il conseguente soddisfacimento dell'interesse strumentale del concorrente⁴.

L'attenzione, dunque, va ora focalizzata sui primi due quesiti e, soprattutto, sul primo.

² La sentenza è del 7 agosto 2019.

³ Tra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6734; Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6732; TAR Calabria, sez. I, 2 novembre 2020, n. 1756; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; TAR Lombardia, 10 agosto 2020, n. 1538; Consiglio di Stato, sez. V, 30 luglio 2020, n. 4855; TAR Toscana, 23 luglio 2020, n. 960; Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 24 novembre 2020, n. 1103; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 1 giugno 2020, n. 334; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 17 dicembre 2019, n. 14; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2587.

⁴ Per una ricostruzione critica della soluzione adottata dalla Corte di giustizia sia consentito rinviare a P.L. TOMAIUOLI, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 7 ottobre 2020.

2. *L'organizzazione giudiziaria italiana: la pluralità delle giurisdizioni e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*

2.1.- L'ordinamento giuridico italiano accoglie un sistema di *giurisdizione pluralista*, che, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, prevede, sul modello francese, un giudice amministrativo (articolato nei Tribunali amministrativi regionali in primo grado⁵, e nel Consiglio di Stato, in secondo e ultimo grado) avente giurisdizione generale per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie (le cosiddette ipotesi di giurisdizione esclusiva), di diritti soggettivi (art. 103, settimo comma, Cost. e art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo): il giudice amministrativo, dunque, è «il giudice naturale degli interessi legittimi», ossia il giudice naturale dell'esercizio del potere pubblico ([Corte costituzionale, sentenze n. 6 del 2018](#), punto n. 18, e [sentenza n. 140 del 2007](#)), mentre la cognizione dei diritti soggettivi (al di fuori delle limitate ipotesi di giurisdizione esclusiva) è attribuita al giudice ordinario.

Conseguentemente, il codice di procedura civile (art. 362, comma 1, c.p.c.) e il codice del processo amministrativo (art. 110) escludono dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione le sentenze del giudice amministrativo, che possono essere sindacate non per violazione di legge processuale o sostanziale (ossia per aspetti di rito o di merito della controversia, i cosiddetti *errores in procedendo* o *in iudicando*) ma per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Questa regola di fondo del sistema giudiziario italiano è stata fatta propria dalla Costituzione, la quale all'art. 111, ottavo comma, prevede che «[c]ontro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso *per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*», a differenza delle sentenze pronunciate dagli altri organi giurisdizionali, ordinari e speciali, avverso le quali, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge».

Come osservato dalla [Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018](#), i Costituenti, nel vergare i commi settimo e ottavo della Costituzione, hanno dunque operato la consapevole «*scelta di fondo*» di consolidare il più che secolare⁶ «*assetto pluralistico delle giurisdizioni*»⁷.

⁵ Art. 125 Cost.

⁶ Scelta risalente quanto meno alla legge n. 62 del 1907. Si veda, sul punto, R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, ala sito di [Sipotra](#). L'Autore ricorda che la menzionata legge n. 62 del 1907, nel riconoscere natura giurisdizionale al ricorso al Consiglio di Stato, dispose la ricorribilità in cassazione delle sue decisioni per «difetto assoluto di giurisdizione», che si sommava all'ipotesi della denuncia dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione; la formula passò così nel Testo unico n. 638 del 1907 e poi nell'art. 48 T.U. n. 1054 del 1924. Si veda anche M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.

⁷ V. DENTI, *Art. 111-113, La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, 1, definisce l'art. 111, ottavo comma, Cost. come «*la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale*»; nello stesso senso, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss., che parla di «*nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni*». Si veda anche A. ANDRONIO, *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 le norme che regolano i rapporti sottratti alla giurisdizione ordinaria». R. VILLATA, «*Sui motivi inerenti la giurisdizione*», *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss, afferma che la nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" è «*fondante*» i rapporti costituzionali tra le giurisdizioni; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., da

Nella citata [sentenza](#) il giudice delle leggi, in particolare, ha affermato:

«12. –La corretta interpretazione dell’art. 111, ottavo comma, Cost. e il suo ruolo determinante, ai fini della posizione costituzionale del giudice amministrativo e di quello contabile nel concerto delle giurisdizioni, sono stati messi chiaramente in luce da questa Corte. Con la [sentenza n. 204 del 2004](#) si è infatti rilevato che l’unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l’assetto precostituzionale, 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. Nella stessa sentenza si è 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 [sentenza n. 77 del 2007](#), poi, occupandosi della *translatio iudicii*, questa Corte ha aggiunto che “perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, 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”».

La citata norma costituzionale – della cui compatibilità con il diritto dell’Unione l’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) dubita – è dunque norma *fondante e fondamentale* nel sistema italiano, perché «regola i confini e l’assetto complessivo dei plessi giurisdizionali» ([sentenza n. 6 del 2018](#)) chiamati a somministrare la giustizia ai cittadini: essa, cioè, caratterizza l’*identità nazionale* insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)⁸.

2.2.- Tale più che secolare architrave dell’assetto giudiziario dello Stato italiano, contrariamente a quanto erroneamente⁹ affermato nell’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), è sempre stato riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione, secondo cui «è principio consolidatosi nella giurisprudenza di queste Sezioni unite che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 c.p.a., è consentito ove si richieda l’accertamento dell’eventuale sconfinamento del Consiglio dai limiti esterni della propria 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 della giurisdizione, cui attengono gli *errores in iudicando o in procedendo*¹⁰».

ultimo, osserva che «il nostro ordinamento costituzionale è informato ad un principio di *pluralismo giurisdizionale*, sicché, accanto ai giudici ordinari, sono riconosciuti giudici speciali (Consiglio di Stato e Corte dei conti: artt. 100 e 103 Cost.) che, nel loro ambito di giurisdizione si atteggiano a *giurisdizioni “superiori”* (v. *per tabulas* art. 135. c. 2, Cost.). Come in tutti gli ordinamenti segnati dal pluralismo giurisdizionale occorre, ovviamente, che vi sia un organo deputato a risolvere questioni che attengono ai confini delle rispettive giurisdizioni». L’art. 111 Cost. affida alla Cassazione tale compito, ma solo per «regolare i confini “esterni” di ciascuna giurisdizione», vietandole di «ingerirsi nelle relative vicende “interne”, come se fosse un giudice di terzo grado, poiché appunto i giudici speciali sono, nel loro ambito, giurisdizioni superiori».

⁸ Cfr. [Corte costituzionale, ordinanza n. 27 del 2017](#).

⁹ Punto 26 della motivazione.

¹⁰ Così le Sezioni unite, 8 aprile 2016, n. 6891, che aggiungono: «Il rimedio in questione “è esperibile nell’ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l’ambito della giurisdizione in generale – ad esempio esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negando la giurisdizione sull’erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale – ovvero nell’ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione. Il giudice amministrativo incorre in tale ultima violazione laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell’erroneo convincimento che essa appartenga ad altro giudice” (sentenza 23.07.15 n. 15476)» (nello stesso senso, tra le tante: Sezioni unite, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 6 giugno 2017, n. 13976; 29 marzo 2013, n. 7929; 9 giugno 2011, n.

2.3.- E' vero piuttosto che negli ultimi anni è emerso un orientamento *minoritario*¹¹, che, in aperto contrasto con le norme di legge e della Costituzione, ha di fatto esteso il sindacato della Corte di cassazione ad ipotesi di violazione di legge processuale o sostanziale, facendo leva su un concetto più ampio di giurisdizione, "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), in virtù del quale sarebbe possibile sindacare non solo le norme sulla giurisdizione, ossia quelle che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Alla stregua di questa impostazione, rientrerebbero nel controllo sulla giurisdizione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo o quello contabile deneghi una particolare forma di tutela astrattamente prevista dalla legge, ovvero adotti una interpretazione di una norma processuale o addirittura sostanziale che impedisca la piena conoscibilità della domanda, e cioè l'esame del merito della questione¹².

In questi casi, la Corte di cassazione ha sostenuto che il rifiuto di giurisdizione non si avrebbe solo quando il giudice speciale affermi di non avere giurisdizione *in astratto* (come è sempre stato pacifico), ma anche quando, pur affermando (anche implicitamente) la sua giurisdizione, per «un ostacolo di carattere generale»¹³ (*id est* 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 concreto* la giurisdizione.

Si registrano, infine, anche arresti del medesimo minoritario filone evolutivo, ove si precisa che l'interpretazione della norma processuale o sostanziale, per fuoriuscire dall'ambito della violazione

12539; 16 febbraio 2009, n. 3688 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).

¹¹ Come pure rilevato dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 6 del 2018](#), la quale ha osservato che «la giurisprudenza maggioritaria delle stesse Sezioni unite» «continua ad affermare che "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 di essa"»; e che, «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"». Sul punto si vedano anche M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.; P.L. TOMAIUOLI, [L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica \(a margine della sentenza n. 6 del 2018\)](#), in questa *Rivista*, [2018/1](#), 1 ss. ; nonché A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

¹² I casi più eclatanti che hanno condotto alla cassazione con rinvio delle sentenze dei giudici speciali sono stati, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, quelli: 1) della pregiudiziale di annullamento, la cui assenza determinava secondo il giudice amministrativo la liceità dell'agire dell'amministrazione e quindi il rigetto nel merito della domanda risarcitoria (Sezioni unite, 23 dicembre 2008, n. 30254); 2) del mancato esame del ricorso principale in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante, in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia (Sezioni unite, 6 febbraio 2015, n. 2242.); 3) del mancato esame dei motivi aggiunti in ragione del rigetto del ricorso principale, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia (Sezioni unite, 29 dicembre 2017, n. 31126); 4) nonché, con riferimento alla giurisdizione contabile, quello del mancato esame di una istanza di definizione agevolata in presenza di appello interposto dal Procuratore generale (Sezioni unite, 12 marzo 2012, n. 3854). Ad essi si aggiunge il caso dell'interpretazione di una norma interna sulla decadenza dall'azione in asserito contrasto con le norme convenzionali, per come accertato da una sentenza della Corte Edu (Sezioni unite, 8 aprile 2016, n. 6891), che ha portato alla sentenza della [Corte costituzionale n. 6 del 2018](#), la quale, tuttavia, ha impedito alla Corte di cassazione di annullare la sentenza del giudice amministrativo.

¹³ Sezioni unite, 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345.

di legge ed essere sindacabile quale motivo inerente alla giurisdizione, dovrebbe essere anche «abnorme o anomala»¹⁴, ovvero frutto di uno «stravolgimento» (a volte definito «radicale»¹⁵) delle «norme di riferimento»¹⁶ (altre volte norme «di rito»¹⁷, altre volte ancora «di rito e di merito»¹⁸), stravolgimento che in alcune ipotesi sarebbe dato semplicemente dalla natura sovranazionale delle norme violate («europee»¹⁹).

2.4.- La nozione di giurisdizione dinamica è stata aspramente criticata in dottrina²⁰, la quale ha sottolineato come tale interpretazione “evolutiva” si ponga in contrasto con l’art. 111, ottavo comma, 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 fondamentale²¹).

Si è infatti osservato che, aderendo alla tesi della giurisdizione dinamica, tutte le norme la cui applicazione impedisca l’esame del pieno merito della domanda – per ragioni di rito (ad esempio quelle sulla tempestività, proponibilità, procedibilità, interesse ad agire, legittimazione) o finanche preliminari di merito (ad esempio quelle che prevedono una decadenza sostanziale²² o la prescrizione)

¹⁴ Sezioni unite, 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403.

¹⁵ Sezioni unite, 17 gennaio 2017, n. 956; 15 marzo 2016, n. 5070; 17 maggio 2013, n. 12106.

¹⁶ Sezioni unite, 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.

¹⁷ Sezioni unite, 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 964; 16 gennaio 2014, n. 774.

¹⁸ Sezioni unite, 15 marzo 2016, n. 5070.

¹⁹ Sezioni unite, 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.

²⁰ 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”)*, Sipotra; F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una “innovativa conferma”*, *Giur. it.*, 2015, 4, 939; M. D'ORSOGNA, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, 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 come motivo inerente la giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 5, 2009, 548; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, *ivi*, 1583 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.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, *cit.*; P.L. TOMAIUOLI, *L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, *cit.*; A. TRAVI *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111; 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, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 897 ss.; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?* *ivi*, 2017, 106 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, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, *cit.*

²¹ 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, a titolo esemplificativo, A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, 5, 22 ss.

²² F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni Unite?*, in *Giustamm.* L'Autore, nonostante auspichi 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

– o addirittura (come nel caso di specie) tutte le norme del diritto dell’Unione o convenzionali porrebbero delle questioni di giurisdizione, comportando l’assoggettamento delle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ad un non consentito, a Costituzione invariata, ricorso per violazione di legge²³ innanzi alla Corte di cassazione.

2.5.- Con la menzionata [sentenza n. 6 del 2018](#)²⁴ la Corte costituzionale ha, senza mezzi termini, affermato che il concetto di giurisdizione dinamica è *contrario a quello accolto dalla Costituzione*.

La Corte, in particolare, ha ricordato che:

«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 del rimettente, dunque, nella misura in cui riconduce ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* ai motivi inerenti alla giurisdizione, si pone in contrasto con la chiara lettera delle citate disposizioni costituzionali. La tesi della giurisdizione dinamica, inoltre, è contraria al loro stesso spirito, perché mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti, che, come dimostra in particolare l’art. 111, ottavo comma, Cost., hanno optato per un assetto pluralistico delle giurisdizioni»²⁵.

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».

²³ 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, cit. Si veda anche M. NIGRO, in *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 e gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, 4, 1 e ss, 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».

²⁴ M. BRANCA, *L’esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, ivi, 1537; M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 3, 704; D. PONTE, *Un segnale che punta a responsabilizzare gli attori del processo*, in *Guida al diritto*, 2018, 8, 90; L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità “sostanziale” della questione di legittimità*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2018, 5; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur., cost.*, 2018, 1, 122; P.L. TOMAIUOLI, [L’“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica \(a margine della sentenza n. 6 del 2018\)](#), cit; A. TRAVI *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.

²⁵ 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

La Corte costituzionale ha poi aggiunto:

«L'intervento delle Sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, *nemmeno 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. Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, 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). 15.– L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. 16.– Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, *non ammette 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». 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»²⁶.

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. È 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».*

²⁶ A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.: «Le questioni sollevate dalle sezioni unite riconducono tutte a un punto cruciale: quali sono «i motivi inerenti alla giurisdizione» che «soli» possono essere dedotti con ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato? Da questo punto di vista non si può trascurare che l'art. 111, ult. comma. Cost. avesse trovato per quasi un settantennio un'interpretazione chiara e univoca, coerente con la sua giustificazione storica emersa nei lavori dell'Assemblea costituente: i motivi inerenti alla giurisdizione sono soltanto quelli che pongano in discussione la spettanza a un giudice della giurisdizione su quella specifica controversia. Non sono invece inerenti alla giurisdizione i motivi con i quali sia

2.6.- Le Sezioni unite, dopo la [sentenza n. 6 del 2018](#) e in continuità con essa, hanno, in molteplici arresti, apertamente sconfessato e totalmente riassorbito²⁷ l'orientamento minoritario: «[n]on è infatti consentita la censura della sentenza con la quale il giudice amministrativo adotti una interpretazione di una norma processuale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda ed in tal senso è intervenuta la Corte costituzionale ([sentenza n. 6 del 2018](#)), che ha ridimensionato drasticamente quell'ambito non solo escludendo in radice ogni legittimità dell'interpretazione estensiva (sulla base del concetto funzionale od evolutivo o dinamico della giurisdizione), ma pure circoscrivendo sensibilmente l'operatività della giurisprudenza maggioritaria. Il Giudice delle leggi ha invero statuito che la tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi "evolutiva" o "dinamica", perché irrimediabilmente illegittima in quanto incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Pertanto, deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione che consenta una più o meno completa assimilazione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti alla giurisdizione" con il ricorso in Cassazione per violazione di legge (punto 11 delle ragioni in diritto della qui esaminata sentenza della Consulta), visto che l'intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu. Ne consegue che l'"eccesso di potere giudiziario" va riferito alle sole ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, nonché a quelle di difetto *assoluto* di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento). La medesima pronuncia della Consulta *esclude* poi che il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato, ammetta *soluzioni intermedie*, come quella 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"»²⁸.

E – si badi – tale ripudio dell'orientamento minoritario è avvenuto anche con riferimento ad ipotesi in cui la lamentata violazione di legge cadeva su norme del diritto dell'Unione (Sezioni unite, 21 agosto 2020, n. 17580; 6 marzo 2020, n. 64601; 6 maggio 2019, n. 13243).

E, si badi ancora – nonostante alcuni abbiano di recente offerto una lettura riduttiva della [sentenza n. 6 del 2018](#), quale più convincente od "opportuna" alternativa domestica alla soluzione del rinvio pregiudiziale, volta, in sostanza, a restituire ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione il diniego

contestata la conformità sostanziale della decisione giurisdizionale al diritto, sia esso il diritto costituzionale, o invece il diritto dell'Unione, o invece qualsiasi altro diritto vigente nell'ordinamento. Da questo punto di vista, la [pronuncia della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6](#) (...), con cui le sezioni unite oggi si pongono sostanzialmente in contrapposizione dialettica, appare ineccepibile».

²⁷ Tra le tante sentenze, si vedano Sezioni unite, 21 agosto 2020 n. 17580; 26 maggio 2020, n. 9775; 13 maggio 2020, n. 8842 e n. 8843, ove si legge: «La sentenza della Corte costituzionale, nella parte sopra richiamata, benché abbia dichiarato inammissibile la questione scrutinata, ha carattere vincolante, dato che detta pronuncia ha identificato gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso *ex art. 111 Cost.*, comma 8, così decidendo una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti (con riguardo a quelli tra le giurisdizioni contemplate dal parametro), che non può non spettare alla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali»; nonché Sezioni unite, 13 marzo 2020, n. 7215; 18 giugno 2019, n. 16338; 14 giugno 2019, n. 15992; 12 giugno 2019, n. 15744; 16 maggio 2019, n. 13243; 25 marzo 2019, n. 8311; 20 marzo 2019, n. 7926; 19 dicembre 2018, n. 32773; 17 dicembre 2018, n. 32621; 30 luglio 2018, n. 20168.

²⁸ Sezioni unite, 10 giugno 2020, n. 11125.

di giustizia in concreto o non meglio definite ipotesi di “stravolgimento” delle norme di riferimento²⁹ – la Corte costituzionale, come appena ricordato e come affermato dalle stesse Sezioni unite, ha recisamente negato la compatibilità a Costituzione sia del rifiuto di giurisdizione in concreto sia di soluzioni cosiddette “intermedie”, che affidino alla Corte di cassazione il sindacato su violazioni di legge «particolarmente qualificate» (quand’anche di provenienza sovranazionale), facendo leva sulla natura dell’errore o della norma violata.

Merita di essere sottolineato, poi, che anche dopo l’[ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia](#) le Sezioni unite hanno continuato, graniticamente, a respingere la teoria della giurisdizione dinamica e ad escludere che il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione possa essere utilizzato per lamentare violazioni di legge, processuali o sostanziali, interne o europee, del giudice amministrativo (Sezioni unite 20 ottobre 2020, n. 22811; 27 ottobre 2020, n. 23592; 27 ottobre 2020, n. 23596; 29 ottobre 2020, n. 23899; 30 ottobre 2020, n. 24103; 30 ottobre 2020, n. 24104; [30 ottobre 2020, n. 24107](#), 30 ottobre 2020, n. 24108; 10 novembre 2020, n. 25208).

2.7.- E’ evidente, allora, che l’[ordinanza](#) in commento invoca l’intervento della Corte di giustizia per avallare un orientamento minoritario e ormai superato delle Sezioni unite, volto a stravolgere l’assetto delle giurisdizioni disegnato dalla Costituzione italiana, che esclude il controllo nomofilattico della Corte di cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile, costituenti plessi giurisdizionali autonomi e con propri organi di vertice aventi anche funzione nomofilattica (l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite della Corte dei conti).

Tale intervento è però inammissibile, perché l’assetto delle giurisdizioni domestiche, consacrato in una norma costituzionale che caratterizza la struttura fondamentale dello Stato, non è e non può essere regolato dal diritto dell’Unione.

3. *Gli equivoci dell’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#)*

3.1.- L’*iter* argomentativo dell’[ordinanza](#), a proposito della prima questione, è il seguente:

1) il giudice nazionale che faccia applicazione di norme nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell’Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, «esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione — per avere compiuto un’attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale — censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione»;

2) «[d]iversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell’Unione lo Stato ha rinunciato all’esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall’Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell’applicazione del diritto dell’Unione»;

3) «l’esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione»;

²⁹ G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, cit.; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio giusto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit.

4) a tale esigenza non può sopperire lo strumento della revocazione, sia per la sua configurazione attuale che per suoi non modificabili limiti strutturali, non potendosi escludere che «anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione»;

5) l'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri, in base alla quale è rimessa ad essi l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, può essere invocata alla duplice condizione che le modalità prescelte non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività);

6) nel caso di specie, il principio di equivalenza non sarebbe rispettato, poiché nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale è ammesso il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, «cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore», mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, sarebbero inammissibili i ricorsi per cassazione «volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia»;

7) nemmeno sarebbe rispettato il principio di effettività, poiché esso, inteso «non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale», imporrebbe un esame del merito della controversia.

Tutte queste considerazioni, pertanto, porterebbero a ritenere che l'estremo rimedio a tutela del diritto dell'Unione violato dai giudici amministrativi (e contabili) sia dato dal ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, senza che rilevi la sua ristretta conformazione voluta dalla Costituzione (a tutela della pluralità delle giurisdizioni), perché anche le norme costituzionali devono essere disapplicate se lesive dei principi di primazia ed efficacia diretta del diritto dell'Unione.

3.2.- Anche volendo prescindere dai rilievi svolti al paragrafo che precede, l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) si basa su presupposti logici (e in parte ideologici) erronei o assiomatici, smentiti dallo stesso diritto dell'Unione.

A) È chiaro, infatti, che il giudice nazionale, che decida una controversia violando una norma dell'Unione, non esercita affatto un'attività di produzione normativa, ma – molto semplicemente e al pari di quello che accade nel caso di violazione di una norma interna – erra nell'esercizio dell'attività giurisdizionale. La violazione del diritto dell'Unione – al pari della violazione del diritto interno – è, purtroppo, un'evenienza possibile, perché la giustizia è somministrata dagli uomini e non dagli dei (ammesso che anch'essi non sbagliano), e per fare fronte a tale evenienza ogni ordinamento appresta degli strumenti processuali (le impugnazioni), esauriti i quali al cittadino spetta l'azione risarcitoria, anche per la violazione del diritto comunitario (Corte di giustizia, prima sezione, 4 aprile 2020, Telecom Italia spa, C- 34/19, punti 53-71; Corte di giustizia, quarta sezione, 29 luglio 2009, Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, C- 620/17, punti 50-65; Corte di giustizia, 30 settembre 2004, C-224/01, Kobler contro Repubblica d'Austria, punti 38 – 40).

B) Nelle materie interessate dal diritto dell'Unione il potere giurisdizionale non esiste affatto «esclusivamente» in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione. La giurisdizione esiste – sempre e solo – in funzione della risoluzione delle controversie tra cittadini: il ruolo del giudice nell'ordinamento, pertanto, non cambia ove alla regola di giudizio che deve somministrare per la risoluzione della controversia concorra l'applicazione del diritto dell'Unione³⁰.

³⁰ Per dirla con le parole delle stesse Sezioni unite: «La funzione interpretativa (del diritto UE) riservata dall'art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia e la vincolatività che deriva dalla pronuncia adottata dalla stessa Corte non può dunque confondersi con la funzione giurisdizionale riservata al giudice nazionale anche quando è in discussione una controversia

C) Se è vero che anche il giudice della revocazione (ove si ammetta, *de iure condendo*, che in tale sede si possa porre riparo all'errore) potrebbe violare il diritto dell'Unione, davvero non si capisce perché tanto non possa accadere anche al giudice della giurisdizione. Qualsiasi giudice può errare e violare la norma interna o comunitaria, ivi compresa – ovviamente – la Cassazione in sede di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, ma non per questo nessuno – fino ad ora – si è mai sognato di affermare che eventuali violazioni di legge (europee e non) da parte della Cassazione stessa siano sindacabili con inesistenti strumenti di impugnazione ovvero stravolgendo quelli già esistenti (come il ricorso per conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale³¹).

D) La materia amministrativa non è affatto ripartita tra giudici amministrativi e giudici ordinari sulla base di scelte del legislatore «discrezionali e variabili nel tempo»³²: la Costituzione affida al giudice ordinario la cognizione dei diritti soggettivi e al giudice amministrativo quella degli interessi legittimi³³, ossia delle posizioni giuridiche sostanziali che dialogano con l'esercizio del potere, vincolato o discrezionale che sia ([Corte costituzionale sentenze n. 6 del 2018](#), punto n. 18, e [sentenza n. 140 del 2007](#)), e tale non variabile (se non a mezzo di revisione costituzionale) ripartizione vincola – ovviamente – sia il legislatore che l'interprete.

3.3.- In secondo luogo, la tesi portante dell'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) è che è incompatibile con il diritto comunitario la norma ordinamentale e processuale dettata in Costituzione (art. 111, ottavo comma), secondo cui nel giudizio amministrativo, ove vi sono due gradi di giudizio di fatto e di legittimità, il giudizio di cassazione è limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione, che non investono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, e ciò quale logica conseguenza della pluralità organizzativa delle giurisdizioni.

Fermo restando quanto si è già detto sulla natura fondante e fondamentale di tale regola, la tesi delle Sezioni unite è fallace anche se riguardata sotto il semplice aspetto “processuale”, perché la scelta di quanti e quali gradi di giudizio assicurare alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (anche) comunitarie è, secondo la giurisprudenza della stessa Corte di giustizia, rimessa agli Stati membri, quale chiara espressione della loro *autonomia procedurale*: «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario», dal momento che «il Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale»³⁴, e tale discrezionalità, ovviamente, attiene anche alla

per la quale rileva il diritto UE, al cui interno si inserisce il rinvio pregiudiziale: al giudice nazionale appartiene in via esclusiva il potere sia di interpretare il diritto interno – cfr. Corte Giust., 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger, Racc. pag. 349, in particolare pag. 366; Corte Giust., 26 settembre 1996, causa C-341/94, Allain, punto 11, Corte Giust., 10 gennaio 2019, n. 97/18 – rendendolo conforme al diritto UE, salvo i poteri di disapplicazione ove esercitabili; sia di applicare il diritto UE come interpretato dalla Corte di Giustizia nel caso concreto – Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa C-45/94, Cemara de Comercio, Industria y Navegacion de Ceuta, punto 26 – non spettando tale potere alla Corte di Giustizia – cfr. Corte Giust. 15 luglio 1964, Van der Vewen, C100/63; Corte Giust., 10 luglio 2008, Feryn, C-54/07, p.19)» ([Sezioni unite, 30 ottobre 2020, n. 24107](#), successiva all'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#)).

³¹ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., osserva che, a seguire il ragionamento della Cassazione, «anche il giudice della giurisdizione dovrebbe rimanere estraneo al *genus* dei giudici di ultima istanza, non essendo escluso che le sue sentenze divengano oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale. Anzi, se fosse corretto il ragionamento della Cassazione si potrebbe dire che *mutatis mutandis* il Consiglio di Stato, con un conflitto di attribuzioni, e chiedendo, se del caso, al giudice costituzionale di sollevare pregiudiziale eurounitaria, potrebbe a sua volta sempre censurare una pronuncia del giudice della giurisdizione perché ha violato il diritto UE o ha immotivatamente omesso di sollevare la pregiudiziale eurounitaria, prendendo a pretesto, così come hanno fatto le Sezioni Unite, una questione che attiene ai confini dei rispettivi poteri».

³² [Punto n. 44 dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale](#).

³³ E, in alcuni casi, a condizione che vi sia una inestricabile connessione con i primi, anche dei diritti soggettivi (Corte costituzionale, [sentenze n. 6 del 2018](#), [n. 191 del 2006](#) e [n. 204 del 2004](#)).

³⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, 13 marzo 2007, Unibet, C-432-05: «39. Occorre altresì ricordare che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro

conformazione dei motivi di ricorso per cassazione: «27. Il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza» (Corte di giustizia, sezione prima, 17 marzo 2016, Abdelhafid Bensada Benallal, C-161/15).

Destinato al fallimento sembra il tentativo dell'[ordinanza](#) di dimostrare il mancato rispetto di tali principi, che condizionano il libero esplicarsi dell'autonomia procedurale.

La norma costituzionale, infatti, assicura senz'altro il principio di equivalenza, poiché il ricordato assetto processuale (due gradi di giudizio pieno e ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione) *vale per tutte le posizioni giuridiche affidate alla tutela del giudice amministrativo, sia che originino da norme interne sia che nascano da norme dell'Unione*³⁵.

Come si è visto, l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), al fine motivare la violazione del principio di equivalenza, assume che l'ordinamento interno consentirebbe il ricorso per motivi inerenti alla

designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze citate Rewe, punto 5; Comet, punto 13; Peterbroeck, punto 12; 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 29, nonché 11 settembre 2003, causa C-13/01, Safalero, Racc. pag. I-8679, punto 49). 40 Infatti, nonostante il Trattato CE abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono essere eventualmente esperite dai singoli dinanzi al giudice comunitario, *detto Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale* (sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe, Racc. pag. 1805, punto 44). 41. La situazione sarebbe diversa solo se risultasse dall'economia dell'ordinamento giuridico nazionale in questione che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punto 16, nonché Factortame e a., punti 19-23). 42 Pertanto, anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale (v., in particolare, sentenze 11 luglio 1991, cause riunite da C-87/90 a C-89/90, Verholen e a., Racc. pag. I-3757, punto 24, e Safalero, cit., punto 50). Spetta infatti agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto di tale diritto (sentenza Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, cit., punto 41). 43. A tale riguardo, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano *ricorsi analoghi* di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punti 13-16; Peterbroeck, punto 12; Courage e Crehan, punto 29; Eribrand, punto 62, nonché Safalero, punto 49)». I medesimi principi sono riaffermati da Corte di giustizia, Grande sezione, 24 ottobre 2018, XC, C-234/17. Si vedano, in particolare, i punti 22 [«In effetti, in ossequio al principio di cooperazione leale, sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano *ricorsi analoghi* di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in questo senso, sentenze del 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral, 33/76, EU:C:1976:188, punto 5; del 14 dicembre 1995, Peterbroeck, C-312/93, EU:C:1995:437, punto 12; del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 46, nonché del 27 giugno 2013, Agroconsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 36)»], 23 [«I dettami di questi principi valgono *sia sul piano della designazione dei giudici competenti a trattare le azioni fondate su tale diritto*, sia per quanto riguarda la definizione delle modalità procedurali che reggono tali azioni (v., in questo senso, sentenze del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 47, e del 27 giugno 2013, Agroconsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 37)»] e 51 [«In proposito va rilevato che il *Trattato FUE non ha inteso obbligare gli Stati membri ad istituire, per salvaguardare i diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, mezzi d'impugnazione, esperibili dinanzi ai giudici nazionali, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale* (v., in questo senso, sentenza del 13 marzo 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 40 e giurisprudenza citata)»].

³⁵ Corte di giustizia, prima sezione, 17 marzo 2016, Abdelhafid Bensada Benallal, C-161/15: «[s]i deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, il principio di equivalenza presuppone che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sui diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno aventi un oggetto e una causa *analoghi* (sentenza del 27 giugno 2013, Agroconsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 39). Il rispetto di tale principio presuppone un pari trattamento dei ricorsi basati su una violazione del diritto nazionale e di quelli, analoghi, basati su una violazione del diritto dell'Unione (sentenza del 6 ottobre 2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, punto 34)».

giurisdizione per l'analogia ipotesi di invasione, ad opera del giudice, della sfera riservata al legislatore nazionale.

Tale *tertium comparationis* invocato dall'[ordinanza](#) è tuttavia *eccezionale* (se non teorico) ed eccentrico (se non pretestuoso), per ciò solo incongruo ed *inidoneo*, secondo la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia³⁶, a fungere da grimaldello per l'applicazione del principio di equivalenza.

Basti ricordare, al riguardo, che per le stesse Sezioni unite è «chiara la implausibilità del tentativo di configurare un eccesso di potere a danni del legislatore rinvenendolo in una attività di individuazione interpretativa. È stata anche di recente affermata da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 20698 del 2013; Cass., S.U., n. 24411 dei 2011; Cass., S.U., n. 2068 del 2011) la non configurabilità del preteso eccesso di potere le volte in cui il Giudice speciale od ordinario individui una *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme. Si è in particolare ricordato che, con riguardo ai limiti al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (Cass., S.U., n. 20698 dei 2013, cit.)» (Cass. civ., Sezioni unite, 23 dicembre 2014, n. 27341)³⁷.

Il vero *tertium comparationis*, quindi, non è l'ipotesi eccezionale, se non meramente teorica, dell'invasione della sfera legislativa, *niente affatto analoga* alla violazione del diritto comunitario, ma la ordinaria ipotesi della violazione di legge interna, sostanziale e processuale, che non è sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione.

Quanto al principio di effettività, un sistema processuale che assicura un doppio grado di giudizio pieno (di fatto e di legittimità), un ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, la revocazione (ordinaria e straordinaria) l'opposizione di terzo e il giudizio di ottemperanza, nonché, a sua chiusura, ulteriori tre gradi di giudizio (più la revocazione) per fare valere l'eventuale azione risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione³⁸, in nessun modo può ritenersi che impedisca l'esame del merito

³⁶ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia riportate alle note precedenti, ove il termine di comparazione viene individuato nei «ricorsi *analoghi* di natura interna».

³⁷ Per una ipotesi in cui le Sezioni unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione sia sindacabile quale sconfinamento nell'attività legislativa si veda la sentenza 17 gennaio 2017, n. 956. Più in generale, sulla eccezionalità della c.d. invasione della sfera legislativa, si vedano, tra le altre, le decisioni delle Sezioni unite, 15 aprile 2020, n. 7839; 19 marzo 2020, n. 7453; 13 marzo 2020, n. 7215; 14 gennaio 2020, n. 413; 20 aprile 2017, n. 9967; 10 aprile 2017, n. 4094; 27 marzo 2017, n. 7758; 21 marzo 2017, n. 7157; 1° febbraio 2016, n. 1840; 21 novembre 2011, n. 24411. Sulla rara ipotesi dell'invasione del potere giurisdizionale nei confronti del potere legislativo si veda anche l'[ordinanza n. 334 del 2008 della Corte costituzionale](#), la quale esclude che la selezione e l'utilizzo del materiale normativo rilevante per la decisione (gli *errores in iudicando*) possano ricondursi a «meri schemi formali per esercitare» «funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo del Parlamento».

³⁸ *Ex multis*, Sezioni unite, 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, Sezioni unite, 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)»: nonché Sezioni unite, 4 febbraio 2014, n. 2403 e 5 luglio 2013, n. 16886. Si vedano anche F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, cit.

delle pretese basate su quel diritto, e quindi renda impossibile o eccessivamente difficile il loro esercizio.

Non è un caso che l'[ordinanza di rinvio](#) – *confondendo i piani* – citi la non pertinente sentenza Lombardi, secondo cui il principio di effettività è minato dalle norme processuali (sulla legittimazione e sull'interesse ad agire) che comportano la preclusione *totale* dell'esame del merito del ricorso principale, ossia dalla radicale *assenza* di un rimedio giurisdizionale³⁹, *che è cosa ben diversa* dalla norma ordinamentale e processuale che nella materia amministrativa affida a due gradi di giudizio il sindacato da parte del giudice amministrativo sulla violazione delle norme sostanziali e processuali, con conseguente esclusione del ricorso per cassazione.

La violazione del principio di effettività, cioè, può essere ascritta – secondo la Corte di giustizia – alle norme interne processuali sulle condizioni dell'azione (per come in passato interpretate in alcuni arresti del giudice amministrativo), ma di certo *non alla norma ordinamentale che stabilisce quanti e quali giudici possono somministrare quelle regole* (e le altre, processuali e sostanziali).

Ancora una volta, se il giudice amministrativo ha purtroppo nel caso specifico violato il diritto dell'Unione, quest'ultimo *non impone la creazione di un nuovo rimedio processuale*, per di più con la conseguente attribuzione della controversia ad un giudice diverso da quello prescelto dall'ordinamento interno in applicazione di una regola fondante e fondamentale dell'assetto organizzativo delle giurisdizioni, ma impone di assicurare *l'azione risarcitoria*⁴⁰: esattamente quello che accade ove a violare il diritto dell'Unione sia la Corte di cassazione.

3.4.- Con specifico riferimento alla seconda questione pregiudiziale, poi, le Sezioni unite, con una ulteriore fuga in avanti, mettono in dubbio la loro stessa granitica giurisprudenza mai fino ad ora contraddetta (neanche dalle pronunce adesive alla teoria della giurisdizione dinamica), secondo cui il sindacato sulla giurisdizione del giudice speciale «non include il controllo sull'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»⁴¹, trattandosi di mero *error in procedendo* interno alla giurisdizione amministrativa, e non consente alla Corte di cassazione di operare essa stessa il rinvio pregiudiziale, essendo il Consiglio di Stato, «in quanto *organo di vertice nell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza*»⁴², il *giudice di ultima istanza* ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, cui spetta garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione⁴³ (principio ribadito, anche dopo l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), da [Sezioni unite, 30](#)

³⁹ Così la Corte di giustizia, Grande sezione, 13 marzo 2007, Unibet, C-432-05, riportata alla nota 36.

⁴⁰ A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit., «La circostanza che l'ordinamento nazionale non avesse prodotto una decisione giurisdizionale conforme al diritto dell'Unione può costituire un titolo di responsabilità, ma non può introdurre un grado di giudizio non ammesso dall'ordinamento interno, anzi, nel nostro caso, non ammesso da una norma costituzionale. Il ragionamento può forse non apparire di piena evidenza se si considera solo il modello italiano, che ammette uno spazio, peraltro puntualmente circoscritto, per il ricorso alla Cassazione contro le sentenze in ultimo grado del giudice amministrativo, ma può risultare più chiaro se si considerano anche *altri ordinamenti, come quello francese, che non consente ricorsi, tanto meno alla Corte di cassazione, contro le decisioni del Conseil d'État*».

⁴¹ Sezioni unite, 17 novembre 2015, n. 23460.

⁴² Sezioni unite, 1° marzo 2012, n. 3236.

⁴³ Tra le tante pronunce delle Sezioni unite si vedano: 6 marzo 2020, n. 6460, secondo cui «[n]eppure può accedersi alla richiesta di rinvio pregiudiziale: la quale inutilmente si fonda (Cass. Sez. U. 22/5/2017, n. 12796) sulla denuncia dei medesimi vizi dedotti nei mezzi di censura ed attinenti alle modalità con le quali il Consiglio di Stato ha esercitato la propria giurisdizione nell'interpretazione delle norme alla stregua dei parametri Europeo e costituzionale: da un lato, tale richiesta così postula la soluzione, in senso favorevole alla ricorrente, di questioni sulle quali, come si è appena detto, questa Corte è priva di potestà di sindacato e sarebbe quindi non pertinente (o, con terminologia nazionale, irrilevante); e, dall'altro lato, difetta in radice il potere di questa Corte di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata, siccome spetta a queste Sezioni Unite solo di vagliarne il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (Cass. Sez. U. 08/07/2016, n. 14042; Cass. Sez. U. 19/09/2017, n. 21617)»; nonché Sezioni unite, 18 dicembre 2018, n. 32622; 15 novembre 2018, n. 29391; 17 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 956; 14 dicembre 2016, n. 2403; 20 maggio 2016, n. 10501; 8 luglio 2016, n. 14042;

[ottobre 2020, n. 24107](#), secondo cui «la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia costituisce elemento processuale interno al processo, senza che essa risulti suscettibile di divenire oggetto di autonoma valutazione nell'ambito del sindacato di cui all'art. 111 Cost., comma 8»).

E' peraltro ovvio che tale seconda questione pregiudiziale è intimamente legata alla prima, perché, una volta ritenuta la non incompatibilità con il diritto comunitario della limitazione del ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione con esclusione del controllo sulla violazione di legge sostanziale e processuale (anche comunitaria), l'organo giurisdizionale avverso le cui decisioni può proporsi un ricorso di diritto interno volto a fare valere i diritti nascenti dall'ordinamento europeo (*id est* il giudice di ultima istanza) è, ai sensi della ricordata norma del Trattato, il Consiglio di Stato e non la Corte di cassazione a Sezioni unite.

4. Riflessioni conclusive

Sembra chiaro, a questo punto, che i due quesiti pregiudiziali in esame, oltre a poggiare su argomenti logici e giuridici contraddetti dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (e della Corte di cassazione), si risolvono, in realtà, nell'estremo tentativo di un pugnace orientamento giurisprudenziale (prima minoritario e) ormai *isolato* di sovvertire – in questa sede limitatamente all'ipotesi di violazione del diritto comunitario – l'assetto plurale delle giurisdizioni scolpito nella legge e nella Costituzione della Repubblica italiana, assetto che rappresenta – piaccia o meno – una cruciale scelta di fondo dell'organizzazione giudiziaria rimessa alla libera determinazione degli Stati membri.

È peraltro intuibile che, per ragioni di equivalenza tra situazioni giuridiche di diritto interno e situazioni giuridiche protette dal diritto dell'Unione, l'inopinato scenario auspicato dall'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) comporterebbe il rischio dell'estensione del ricorso per motivi di giurisdizione anche alle violazioni di legge nazionale del giudice amministrativo e contabile.

Il vero è, allora, che la teoria della giurisdizione dinamica non è nient'altro che una poco originale bizzarria linguistica e un ormai neanche più celato *escamotage* per introdurre, in via pretoria e in contrasto (non con una «prassi giurisprudenziale domestica») ma con la Costituzione e la legge, un sistema di *giurisdizione unica* avente nella Corte di cassazione il suo esclusivo organo di vertice⁴⁴.

Avendo ricevuto la ferma bocciatura della Corte costituzionale, i suoi fautori hanno deciso di giocare l'ultima carta, sperando in un intervento della Corte di giustizia che li rimetta in pista, senza curarsi di avere esposto, per la prima volta nella storia della Repubblica, una norma della Costituzione al giudizio di compatibilità comunitaria e riaperto uno scontro tra istituzioni del quale non si sentiva affatto il bisogno⁴⁵.

Si confida, tuttavia, che la Corte di giustizia, confermando la sua giurisprudenza, respinga i dubbi avanzati nell'isolata [ordinanza delle Sezioni unite](#) (e l'inopportuno tentativo di trascinarla in una non commendevole vicenda, che in realtà – nonostante i soliti proclami e qualche non convincente *endorsement* di rito – ha poco a che fare con il diritto dell'Unione e la sua effettività⁴⁶), evitando così

8 luglio 2016, n. 14042; 17 novembre 2015, n. 23460; 4 febbraio 2014, n. 2403; 20 gennaio 2014, n. 1013; 05 luglio 2013, n. 16886; 1° marzo 2012, n. 3236.

⁴⁴ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

⁴⁵ Si vedano, sul punto, R. BIN, cit.; B. CARAVITA, *La cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla di*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020. Osserva A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.: «E' però significativo che, per cercare di superare un'affermazione della Corte costituzionale, le sezioni unite della Cassazione abbiano fatto ricorso alla medesima tecnica e abbiano deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia. Lo hanno fatto - e questo aspetto mi lascia molto perplesso - con una ordinanza che non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale e descrive come "prassi giurisprudenziale" l'orientamento che attraverso l'intervento della Corte di giustizia si vorrebbe superare».

⁴⁶ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.: «La Corte di giustizia non dovrebbe neanche sottovalutare i pericoli di una possibile strumentalizzazione del suo ruolo di garante del diritto UE per ragioni

di mettere i giudici della Consulta nella condizione di attivare i controlimiti⁴⁷ per difendere la scelta costituzionale di fondo della pluralità delle giurisdizioni.

che potrebbero soltanto avere a che fare con questioni interne agli ordinamenti nazionali, e nel caso di specie con conflitti che interessano i massimi organi giurisdizionali del sistema italiano, ed in particolare uno di questi organi, la Cassazione, che sembrerebbe mirare alla riaffermazione, dopo più di un secolo, della giurisdizione unica. A maggiore ragione poi se sei considera che si tratterebbe di derogare all'ordinamento costituzionale italiano, per come interpretato dalla Corte costituzionale, e che, come abbiamo visto, assegna alla Cassazione il solo compito di regolatore della giurisdizione, non anche la veste di giudice di terzo grado delle pronunce dei giudici speciali»; R. BIN, cit.

⁴⁷ G. TROPEA, *Il Golem europeo e "i motivi inerenti alla giurisdizione"*, cit.; R. BIN, cit.: «Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato».